

RECURSO ESPECIAL Nº 1.621.504 - RS (2016/0219778-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO : GABRIEL ABREU SEMPER

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça daquele Estado** no Recurso em Sentido Estrito n. 70066010307 (CNJ n. 0286408-78.2015.8.21.7000).

Em suas razões, o recorrente aponta violação dos arts. 121, § 2º, V, c/c o art. 14, II, e 18, I, todos do Código Penal, ao argumento de que "é impossível identificar qualquer mácula na descrição a respeito do elemento subjetivo levada a efeito na peça acusatória, ao indicar que o réu desenvolveu sua conduta 'querendo e assumindo o risco de produzir o resultado', pois eventual exclusão do dolo direto não significa, necessariamente, o afastamento do eventual" (fl. 281).

Defende: "se a Corte responsável pela interpretação do direito federal infraconstitucional permite a utilização de ambas as modalidades dolosas como fundamento da pronúncia, não há razão para vedar que o Ministério Público desse modo formule a imputação e a sustente em plenário, perante aqueles a quem foi reservada a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (fls. 281-282).

Aduz inexistir incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado.

Sustenta que "as circunstâncias alheias à vontade do agente, as quais impediram a consumação do delito, dizem respeito aos motivos pelos quais o resultado – de ocorrência possível, previsível e aceita pelo imputado – não se concretizou e são independentes da forma de dolo presente em sua conduta, já que derivadas do fato de a vítima ter logrado êxito em desviar-se das investidas de golpe de face desferidas pelo réu" (fl.

284).

Requer o provimento do especial a fim de que seja reformado o acórdão impugnado, "para afastar o provimento jurisdicional que excluiu a acusação no que tange ao dolo eventual" (fl. 288).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 303-308) e admitido o especial na origem (fls. 310-316), o Ministério Público Federal opinou pelo seu provimento (fls. 327-332).

Decido.

Infere-se dos autos que o recorrido foi denunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 121, § 2º, V, c/c o art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, segundo narrou a peça de acusação (fls. 2-4):

1.º FATO:

No dia 07 de março de 2015, por volta das 04h30min, na Avenida João Teles, em frente ao estabelecimento empresarial recreativo *Stilus Vip*, nesta Cidade, o denunciado **GABRIEL ABREU SEMPER**, usando arma branca, faca, devidamente apreendida, **matou**, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou qualquer chance de defesa, **a vítima Cláudio Nilo Lemos da Rosa**, causando-lhe o ferimento mortal descrito no laudo de necropsia (fls. 29-30 do IP), que registra *choque hemorrágico por lesão perfuro cortante em artéria subclávia* como *causa mortis*.

2.º FATO:

Logo após o primeiro fato, na Avenida João Teles, anesta Cidade, nas imediações do estabelecimento empresarial Posto de Combustíveis Bailuarte, o denunciado **GABRIEL ABREU SEMPER**, querendo e assumindo o risco de produzir o resultado, com o fito de subtrair-se a iminente prisão em flagrante, ou seja, para assegurar a impunidade do crime anterior, **deu início ao ato de matar a vítima Daniel Simões Silva**, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que a vítima logrou se esquivar de dois golpes de faca desferidos pelo denunciado.

Consta dos autos do inquérito policial incluso que, na madrugada em que ocorreram os fatos, o denunciado estava no interior da casa de diversão noturna *Stilus Vip*. Por conduta inadequada dentro do estabelecimento, os

seguranças da boate, dentre os quais a vítima Cláudio Nilo, retiraram o denunciado para fora, expulsando-o.

Ato contínuo, por volta das três horas da madrugada, impedido de retornar para o interior da boate, premeditadamente, o denunciado resolveu ir a sua residência e pegar a faca que usaria no crime.

Ao retornar para o estabelecimento, após o intervalo de mais de uma hora, de imediato encontrou a vítima Cláudio Nilo Lemos da Rosa na parte exterior da boate, oportunidade em que, de inopino, aproximou-se do ofendido, sacou a faca que trazia consigo e desferiu-lhe golpe mortal, atingindo-o na região subclavicular, conforme laudo de necropsia, mapa anatômico e registro fotográfico.

Em seguida, com a vítima desfalecendo, o denunciado guardou a faca e saiu em disparada, oportunidade em que a vítima do segundo fato, Daniel Simões Silva, acompanhado de outro segurança, a ser oportunamente identificado, empreenderam perseguição a GABRIEL ABREU SEMPER.

Nas imediações do *Posto de Combustíveis Balluarte*, na iminência de ser detido em flagrante, o denunciado, **para assegurar a impunidade do crime anterior**, sacou novamente a faca que trazia consigo e tentou, **duas vezes**, estocá-la na vítima Daniel Simões Silva, que, por destreza, conseguiu escapar das investidas do denunciado.

Ao final, com a chegada de policiais militares, o denunciado largou a arma branca e se entregou, restando, assim, preso em flagrante delito.

O denunciado cometeu o primeiro fato descrito na denúncia por motivo fútil, manifestamente desproporcional, pois, aproximadamente uma hora e meia antes da prática delitiva, tinha sido retirado à força, contra sua vontade, do interior da boate pelos seguranças do local, dentre eles a vítima Cláudio Nilo Lemos da Rosa, em virtude de comportamento inapropriado no interior do recinto.

O crime descrito no primeiro fato também foi cometido mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, tendo em conta que o acusado, armado com uma faca, chegou ao local e, de inopino, sem que a vítima esperasse, sacou a arma branca e efetuou golpe que atingiu a vítima em região de imediata e alta letalidade, dificultando a defesa desta.

Encerrada a fase do *iudicium accusationis*, a Magistrada da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bagé/RS pronunciou o acusado, em

decisão assim fundamentada (fls. 201-204):

Quanto à materialidade dos delitos há o auto de necropsia de fl. 37 e auto de apreensão de fl. 20.

O réu, em juízo, confirmou ter desferido a facada contra a vítima Jamaica, alegando que o fez, em legítima defesa, pois teria sido agredido por ela e outro segurança, pois teria fumado dentro da boate. Ainda, negou ter tentado desferir facadas contra a vítima Daniel.

[...]

A tese sustentada pela defesa e pelo réu, de legítima defesa (primeiro fato) e de que ele não tinha a intenção de matar a vítima (segundo fato), não se mostrou estreme de dúvida, havendo indícios de autoria. Tendo em vista imperar, nesta fase processual, o princípio *in dubio pro societate* e não o princípio *in dubio pro reo*, impõe-se a pronúncia do réu

[...]

Quanto à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, destaco trecho do depoimento da testemunha Daniel, em juízo (fls. 112-119): "Ele estava de lado conversando com um colega dele que tava trabalhando de segurança também, nisso eu tava sentado na minha moto na frente da festa quando ta calmo no ponto a gente encosta na frente das festas pra pega mais algumas teles pra fazer, nisso o rapaz chegou pelas costas e deu uma batida, bateu no ombro direito dele, na hora que ele se virou ele estocou de cima pra baixo e saiu correndo e nisso eu sai atrás dele de moto."

Quanto à qualificadora do motivo fútil, o delito teria sido praticado, pois, cerca de uma hora antes, o réu tinha sido retirado de dentro da boate, em razão de não ter apresentado comportamento adequado. Disse a testemunha Pablo, em juízo (fls. 120-125): "[...] a minha parte era avisar o pessoal pra não fumarem entendeu, ai nisso o cara pegou e ascendeu um cigarro e eu disse pra ele, cara não pode fumar ai, ai nisso ele e não apagou o cigarro, e eu peguei e tirei, disse cara não pode fumar ai, tirei o cigarro da mão dele e ele começou a falar perto de mim, começou perto do meu rosto assim, me cuspir na cara e eu peguei e empurrei ele assim, cara não pode isso cara ai nisso ele quis vim pra cima de mim e o outra segurança pegou e deu uma chave nele assim e tirou ele pra fora da festa entendeu, e nisso lá fora lá ele pegou e quis vir pra cima de mim assim e eu peguei e fiquei quieto, [...]."

Quanto à qualificadora do art. 121, §2º, inciso V, do Código Penal, o delito teria sido praticado para assegurar a impunidade do crime anterior, já que o réu estava sendo

perseguido pela vítima Daniel e terceiro, os quais tentavam detê-lo, após ter desferido a facada contra a vítima do primeiro fato, Cláudio.

Assim, sendo hipóteses viáveis de terem ocorrido, devem ser submetidas a análise pelo Conselho de Sentença.

ISSO POSTO, julgo PROCEDENTE a denúncia e PRONUNCIO o réu GABRIEL ABREU SEMPER, já qualificado nos autos, com fundamento no art. 413 do Código de Processo Penal, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV e art. 121, § 2º, inciso V, combinado com o art. 14, inciso II, todos do Código Penal, para que se submeta a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Inconformada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, no qual pleiteou a despronúncia ou a absolvição sumária do réu e, alternativamente, o afastamento das qualificadoras. O Tribunal estadual negou provimento à insurgência defensiva e, de ofício, excluiu da segunda imputação a figura do dolo eventual, sob os seguintes fundamentos, no que interessa (fls. 265-268, destaquei):

No texto da denúncia, relativo ao delito de homicídio tentado, consta que o réu investiu contra a vítima "querendo e assumindo o risco de produzir o resultado".

Ocorre que o dolo direto e o dolo eventual não podem coexistir, não havendo como querer e assumir o risco, ao mesmo tempo, de um único resultado. Portanto, não estando o dolo do réu descrito de forma alternativa, mas sim aditiva, uma das modalidades deve ser excluída.

Ademais, tratando-se de crime tentado, o dolo eventual não poderia subsistir mesmo que a narrativa da denúncia fosse alternativa, uma vez que, no meu entendimento, não é compatível com o crime tentado.

[...]

independentemente de se tratar de culpa, culpa consciente ou dolo eventual, o certo é que, na falta de vontade de buscar um resultado danoso, o agente só pode ser punido por aquilo que praticar (por imprudência, imperícia, negligência, previsibilidade ou prévia aceitação de QUALQUER resultado danoso).

Desse modo, com relação ao segundo fato fica delimitada a quesitação apenas ao dolo direto, seja porque este não coexiste com dolo eventual, seja porque o dolo eventual é incompatível com a tentativa.

[...]

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso e, DE OFÍCIO, excludo da imputação relativa ao segundo fato a figura do dolo eventual.

Pela leitura das razões recursais, verifica-se que o *Parquet* afirma "que o dolo direto contém a forma eventual (**embora o contrário não seja verdadeiro**), por ser inegável que aquele que pretende deliberadamente a obtenção do resultado (querer) também assume o risco de obtê-lo" (fl. 281, grifei). Assim, ao narrar, na denúncia, que o réu agiu "querendo e assumindo o risco de produzir o resultado" (fl. 2), acaba confirmando que descreveu o dolo direto, pois se, realmente, fosse sua intenção relatar ambos os dolos, teria, conforme ressaltou o Tribunal *a quo*, utilizado a expressão **ou** (alternativa), e não o termo e (aditivo).

Afirma, ainda, o recorrente, que esta Corte Superior "assentou [...] ser plenamente possível que a pronúncia reconheça ambas as modalidades dolosas" (fl. 281). Entretanto, na ementa do julgado mencionado pela parte consta situação completamente diversa da descrita neste especial, senão vejamos (fl. 281, destaquei):

[...]

Na espécie, a Corte estadual empregou o dolo eventual apenas como reforço de argumentação, com a utilização de elementos que não alteraram a qualificação do crime, alegando que **caso não reconhecido que o paciente tivesse agido com dolo direto, no mínimo deveria reconhecer-se que ele vislumbrou a possibilidade de ocorrência do resultado morte de forma que, embora não o desejasse diretamente, ao menos o admitiu, aceitando-o, haja vista a região em que lesionou a vítima** (no abdomen região vital do corpo).

[...]

(HC n. 245.123/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 23/5/2013)

Conclui-se, pois, que o insurgente não rebateu o fundamento do aresto recorrido, qual seja: **se o dolo direto e o dolo eventual estão descritos de forma aditiva, não podem coexistir** – pois o agente não pode agir, ao mesmo tempo, querendo e assumindo o risco de um mesmo resultado –, **o que seria possível se estivessem narrados de maneira alternativa.**

Diante de tal cenário, não há outra solução senão reconhecer a deficiência de fundamentação no ponto, a atrair a incidência da Súmula n. 284 do STF.

No que se refere à exclusão do dolo eventual, embora a fundamentação do julgado refutado esteja desalinhada com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior – compatibilidade do dolo eventual com a tentativa –, é de rigor sua manutenção, mas por motivação diversa.

Com efeito, conforme já mencionado acima, **o órgão de acusação, na incoativa, ao narrar as modalidades dolosas com a utilização de termo aditivo, descreveu o dolo direto – o acusado agiu "querendo e assumindo o risco de produzir o resultado"** (fl. 2) –, pois aquele que quer um resultado sempre assume o risco de produzi-lo, o que não se pode concluir da situação inversa, ou seja, quem somente assume o risco de produzir o resultado (dolo eventual) não o deseja.

Nesse ponto, mister destacar: "Consoante firme orientação desta Corte, **o princípio da correlação entre a acusação e a decisão de pronúncia representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, uma vez que assegura que apenas podem fazer parte da pronúncia os fatos que foram narrados na inicial acusatória**, de forma a garantir a não submissão do acusado ao Conselho de Sentença por fatos novos, não descritos na denúncia (REsp 1.678.050/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 21/11/2017). [...]" (HC n. 379.923/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 23/8/2018).

Esclareço que há a possibilidade de, em uma mesma denúncia, o acusado ser denunciado pela prática de um mesmo fato por ambas as modalidades de dolo, entretanto, se o Ministério Público pretendesse incluir, além do dolo direto, também o dolo eventual em sua peça de acusação, deveria ter utilizado a forma alternativa.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser idônea incoativa que imputou ao réu conduta dolosa, indicando que teria agido com dolo direto **ou** com dolo eventual. Transcrevo excertos do referido julgado:

[...]

3. Como visto, a denúncia narra de forma objetiva as condutas atribuídas ao paciente, adequando-as, em tese, ao tipo penal de homicídio, na forma consumada e tentada. Ao

contrário da tese arguida pela defesa, não se identifica na descrição do fato imputação alternativa, ou seja, a peça acusatória não atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante (Afrânio Silva Jardim, in *Direito Processual Penal*. 11ª edição). Foi atribuído ao paciente conduta certa e determinada (“sacou sua arma e efetuou um disparo na direção dos indivíduos”), perpetrada de forma dolosa.

Sobre o elemento subjetivo, dispõe o art. 18, I, do Código Penal que o crime será doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, de modo que a distinção doutrinária entre dolo direto e eventual não tem efeitos para a demonstração da causalidade do tipo doloso. O dolo, embora eventual, é sempre dolo, ou seja, há o fator volitivo. Importa à exordial acusatória, portanto, descrever a conduta e todos os seus elementos, culminando com a subsunção dos fatos à norma penal incriminadora. E, em relação ao crime de homicídio doloso, o elemento subjetivo do tipo consiste na vontade do agente em causar lesão ao bem jurídico vida. Nessa perspectiva, a acusação foi capaz de apontar, precisamente, o *modus operandi* da conduta, especificando a atuação do paciente que, em meio a perseguição policial a motociclistas, **atingiu as vítimas pelas costas com disparo de arma de fogo, “imbuído de inequívoco animus necandi ou pelo menos assumindo o risco de produzir o resultado morte”**, fato que teria provocado a morte de uma das vítimas. Quanto ao ponto, não se verifica qualquer impropriedade do acórdão atacado, que assim enfrentou a questão:

“(…) Nota-se, portanto, que **o simples fato do Ministério Público ter declinado na exordial que o paciente agiu com a intenção de produzir o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo, não impede ou dificulta o exercício do direito de defesa que lhe é garantido constitucionalmente, tendo em vista que as duas formas são aptas a caracterizar o tipo de ação doloso**. Ambas tutelam condutas voltadas para a consecução de um fim penalmente tipificado, independentemente se o resultado era querido, ou se se assumiu o risco de produzi-lo.

Aliás, de acordo com as circunstâncias fáticas narradas na denúncia, a precisa adequação do elemento subjetivo da conduta atribuída ao paciente no momento no qual foi praticada, deveras irrelevante para fins de

viabilidade da ação penal, só por ele é conhecida, e deverá ser objeto de argumentação e comprovação no âmbito do devido processo legal regularmente instaurado perante o Juízo competente.

Ademais, o que se depreende da leitura da exordial acusatória é que se atribuiu ao paciente a prática de uma única ação - desferir o tiro de revólver contra as vítimas em sua perseguição -, descrita com riqueza de detalhes, o que não se amolda ao conceito de denúncia alternativa, conforme consignado alhures”.

[...]

(HC n. 114.223, Relator Min. Teori Zavascki, 2ª T., Dje de 12/11/2015)

À vista do exposto, **conheço em parte do recurso especial** para, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **negar-lhe provimento**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator