HABEAS CORPUS Nº 552.472 - ES (2019/0376566-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS E OUTROS
ADVOGADOS : FLÁVIO CHEIM JORGE - ES000262B
LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS - ES021748
LUCAS PAGCHEON RAINHA - ES025773
CAMILA BATISTA MOREIRA - ES025799
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : OSWALDO VENTURINI NETO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DO CRIME COM A QUALIFICADORA APLICADA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL COM A IMPUTAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES, POR DUAS VEZES, CONTRA O PACIENTE.
Ordem concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Oswaldo Venturini Neto**, em que se aponta como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, III, do Código Penal, por duas vezes, e art. 308 da Lei n. 9.503/1997.

Em sede de *habeas corpus*, a defesa alegou que existe incompatibilidade entre a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, III, do Código Penal, perigo comum, e o crime cometido com dolo eventual. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo denegou a ordem de *habeas corpus* (fls. 26/36).

No presente *writ*, sustenta a defesa que, se o paciente não tinha a intenção de produzir o resultado, por se tratar de dolo eventual, não há como afirmar que existiu a qualificadora de perigo comum (fls. 3/8).

Parecer ministerial opinando pela denegação da ordem (fls. 48/50).

É o relatório.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 481895BB-478D-4A2C-BF16-A3DA1823504C

Verifica-se do *writ* que a matéria diz respeito à possível dúvida acerca da classificação do crime, no que diz respeito ao elemento volitivo do paciente, e que, segundo a defesa, por se tratar de dolo eventual, não poderia existir a qualificadora de perigo comum. Razão assiste à defesa, como verificado no seguinte precedente:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A QUALIFICADORA OBJETIVA DESCRITA NO ART. 121, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal não se compatibiliza com a figura do dolo eventual, pois **enquanto a qualificadora sugere a ideia de premeditação, em que se exige do agente um empenho pessoal, por meio da utilização de meio hábil, como forma de garantia do sucesso da execução, tem-se que o agente que age movido pelo dolo eventual não atua de forma direcionada à obtenção de ofensa ao bem jurídico tutelado, embora, com a sua conduta, assuma o risco de produzi-la.**
>
> 2. *Habeas corpus* concedido para afastar a qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal e, por consequência, desclassificar a conduta para o delito de homicídio simples, redimensionando a pena à 6 anos de reclusão, bem como fixando o regime semiaberto para o início de desconto da sanção.
>
> (HC n. 429.154-SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Dje 6/12/2018 - grifo nosso)

Nesse julgamento, o Ministro Nefi Cordeiro assim se manifestou, citando outros precedentes, inclusive de minha relatoria:

> [...] Como já narrado em linhas anteriores, o ponto nodal da presente impetração é definir se a qualificadora de natureza objetiva, disposta no art. 121, § 2º, III, do Código Penal, é compatível com a figura do dolo eventual, prevista no art. 18, I, *in fine*, do estatuto repressivo.
>
> Por primeiro, aponto que diversamente do que ocorre com o dolo direto, o agente que age movido pelo dolo eventual não atua de forma direcionada à obtenção da ofensa ao bem jurídico tutelado, embora, com a sua conduta, assuma o risco de produzi-la e responda, por consequência, de maneira dolosa pelo resultado atingido.
>
> Ao nos depararmos com uma situação como a presente, em que se discute a possibilidade de incidência da qualificadora objetiva descrita no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal, a diferenciação entre os aspectos conceituais dos institutos do dolo eventual e do dolo direto ganha maior relevo.
>
> Isso porque, a qualificadora citada incidirá sobre o homicídio praticado *com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum*, ou seja, naqueles casos em que o agente atua de maneira direcionada à obtenção do resultado, em que prevendo a morte da vítima, não só a deseja, como também atua de maneira mais vigorosa, empregando meio hábil a garantir o sucesso da execução.
>
> Com efeito, tal modo de agir evidencia que a incidência da qualificadora em debate pressupõe, por parte do agente, uma percepção bastante clara e definida do resultado almejado, razão pela qual conclui-se pela sua total incompatibilidade

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 481895BB-478D-4A2C-BF16-A3DA1823504C

com a figura do dolo eventual, em que, como já visto, o agente não age direcionado à prática do delito, a despeito de assumir o risco de produzi-lo. A propósito, confiram-se os seguintes julgados no mesmo sentido:

> ILEGALIDADE FLAGRANTE. QUALIFICADORAS. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTA OU IMPOSSIBILITA A DEFESA DA VÍTIMA. MODO DE EXECUÇÃO QUE PRESSUPÕE O DOLO DIRETO. MEIO DE QUE POSSA RESULTAR PERIGO COMUM. DESCRIÇÃO QUE SE CONFUNDE COM A DESCRIÇÃO DO DOLO EVENTUAL ATRIBUÍDO AO RÉU. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.
>
> 1. Quando atua com dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.
>
> 2. Entretanto, a mera assunção do risco de produzir a morte de alguém não tem o condão de atrair a incidência da qualificadora que agrava a pena em razão do modo de execução da conduta, já que este não é voltado para a obtenção do resultado morte, mas para alguma outra finalidade, seja ela lícita ou não.
>
> 3. Não é admissível que se atribua ao agente tal qualificadora apenas em decorrência da assunção do risco própria da caracterização do dolo eventual, sob pena de se abonar a responsabilização objetiva repudiada no Estado Democrático de Direito.
>
> 4. A qualificadora do perigo comum, tal como exposta na peça vestibular, não extrapola o conceito do dolo eventual atribuído ao acusado no caso concreto, revelando-se manifestamente improcedente.
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para excluir da decisão de pronúncia as qualificadoras previstas nos incisos III e IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, submetendo-se o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri pela prática dos crimes de homicídio simples consumado e tentado.*
>
> (HC n. 360.617/RR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 28/3/2017)

> RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. EMBARGOS INFRINGENTES. DECISÃO DE PRONÚNCIA. ART. 121, § 2º, III E IV, C/C O 14, II, (TRÊS VEZES), DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO. TENTATIVA É COMPATÍVEL COM O DELITO DE HOMICÍDIO PRATICADO COM DOLO EVENTUAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL.
>
> 1. Este Superior Tribunal reconhece a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa, consequentemente cabível a decisão de pronúncia do agente em razão da suposta prática de tentativa de homicídio na direção de veículo automotor.
>
> 2. As qualificadoras de natureza objetiva previstas nos inciso III e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal não são compatíveis com a figura do dolo eventual, prevista na segunda parte do art. 18, I, do mesmo diploma legal.
>
> 3. O dolo eventual não se harmoniza com a qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, porquanto, a despeito de o agente ter assumido o risco de produzir o resultado, por certo não o desejou. Logo, se não almeja a produção do resultado, muito mais óbvio

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 481895BB-478D-4A2C-BF16-A3DA1823504C

> concluir que o agente não direcionou sua vontade para impedir, dificultar ou impossibilitar a defesa do ofendido.
>
> 4. A qualificadora descrita no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal sugere idéia de suposta premeditação do delito e, consequentemente, o desejo do resultado. Ambas, portanto, são características da intenção do agente, não podendo, à semelhança do que ocorre com a tentativa, ser aceita na forma de homicídio cujo dolo é o eventual.
>
> 5. A análise das pretensões, quanto à desclassificação do delito ou a não ocorrência do dolo eventual demandariam por certo o revolvimento de matéria fático-probatória, não sendo possível pela via estrita do recurso especial, em razão do disposto no enunciado da Súmula 7/STJ.
>
> *6. Recurso especial do Ministério Público de São Paulo provido para, ao cassar o acórdão a quo, reconhecer a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa e manter a decisão de pronúncia do recorrido na forma do acórdão proferido no Recurso em Sentido Estrito n. 0041713-69.2011.8.26.0001/SP. Agravo de Felipe de Lorena Infante Arenzon conhecido para negar provimento ao recurso especial.*
>
> (REsp n. 1.486.745/SP, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 12/4/2018.)
>
> Afastada, portanto, a única qualificadora reconhecida em face do paciente, desclassifico a conduta para o delito de homicídio simples, previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal.
>
> [...]

Na hipótese, embora o paciente tenha participado de um "racha", em via pública, assumiu o risco de produzir o resultado, mas não agiu de forma premeditada, com um empenho pessoal, por parte dele, para a garantia do sucesso da execução, o que afasta a qualificadora objetiva de perigo, prevista no art. 121, § 2º, III, do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para excluir a qualificadora apontada na denúncia, prevista no art. 121, § 2º, III, do Código Penal, e determinar que a Ação Penal tenha prosseguimento pela acusação de prática de homicídio simples, art. 121, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, contra o paciente.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 481895BB-478D-4A2C-BF16-A3DA1823504C