

PARECER

CASO “BOATE KISS” – SANTA MARIA/RS

CULPA CONSCIENTE E DOLO EVENTUAL E A IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME
PROBATÓRIO EM RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

CONSULENTE

Doutor Jader Marques

OBJETO

Valoração probatória pelo TJRS. Elementos subjetivos do tipo legal de crime – componentes ontológico e valorativo dos elementos subjetivos do tipo penal. Diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual. Necessidade de demonstração empírica do conhecimento fático para a prova do dolo direto e do dolo eventual. Impossibilidade de presunção negativa de conhecimento empírico. Inadequação e descabimento de reexame do conjunto fático-probatório por via dos Recursos aos Tribunais Superiores (STJ/STF). Aplicabilidade dos e mentários sumulares números 7 (STJ) e 279 (STF). Desinteresse e ilegitimidade recursal do assistente da acusação na reclassificação do crime.

SUMÁRIO

1. Consulta
2. Fato e imputação jurídica da denúncia
3. Síntese processual
4. Dimensões objetiva e subjetiva do tipo legal do crime – os elementos do tipo penal
5. Elementos subjetivos gerais (dolo e culpa) e especiais (motivo e finalidade) do tipo penal
6. Diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual
7. Necessidade de comprovação empírica do conhecimento da previsibilidade do resultado para a culpa consciente e da aceitação do resultado e sua anuência para o dolo eventual
8. Correção científica da decisão do TJRS no reconhecimento da figura da culpa consciente e no afastamento do dolo eventual
9. Recursos Federais aos Tribunais Superiores
 - 9.1. Objeto recursal eminentemente jurídico (questões de direito – *in iure*)
 - 9.2. Inadequação e descabimento do reexame probatório (Súmulas n. 7, do STJ e n. 279, do STF). Impossibilidade do recurso do Ministério Público. Desinteresse e ilegitimidade recursal do assistente da acusação na mudança da capitulação legal
 - 9.3. Manifestação do Ministério Público em Parecer ofertado ao STJ – Recurso Especial n. 1.790.039/RS
10. Síntese e respostas da consulta

1. CONSULTA

O eminente advogado **Doutor JADER MARQUES**, atuando na defesa do **Sr. ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**, no âmbito do processo-crime n. 027/2130000696-7 originário da comarca de Santa Maria/RS (Caso Boate Kiss), apresenta os autos do processo e questões científicas sobre categorias de direito penal e de processo penal. Trata-se de duas perguntas fundamentais:

1º quesito. É cientificamente correta a desclassificação da imputação jurídica da figura do dolo eventual para a da culpa consciente feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no acórdão fruto dos Embargos Infringentes n. 70075120428¹, diante das condutas imputadas na denúncia e do conjunto probatório reunido na instrução processual?

2º quesito. Os Recursos aos Tribunais Superiores possuem cabimento e adequação (elementos do juízo de admissibilidade) para a revisão do conjunto probatório necessário para a redefinição do elemento subjetivo geral do tipo?

Os dois questionamentos formulados pelo eminente advogado exigem a revisão e a diferenciação das categorias estruturantes do tipo subjetivo na Teoria Geral do Crime e da especificidade dos recursos aos Tribunais Superiores na Teoria Geral dos Meios de Impugnação. Esses são os dois questionamentos científicos que passamos a analisar.

¹ TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, 1º GC, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, j. em 01/12/2017, DJe 22/01/2018.

2. FATO E IMPUTAÇÃO JURÍDICA

ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR foi acusado, conjuntamente com MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS e LUCIANO AUGUSTO BONILHA, da prática dos crimes de homicídio doloso qualificado por motivo torpe e pela crueldade (art. 121, § 2º, I e III, do CP) em 241 vezes e homicídio doloso qualificado tentado por motivo torpe e crueldade (art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, do CP) em 636 vezes. A denúncia narra que os fatos teriam ocorrido em 27 de janeiro de 2013, aproximadamente às 3h15min, nas dependências da Boate Kiss, na cidade de Santa Maria/RS.

Conforme descreve o Ministério Público, MAURO LONDERO HOFFMANN e ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR teriam supostamente concorrido para o crime:

“(...) implantando em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando o show descrito, que sabiam incluir exibições com fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na boate, revelando total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, **assumindo assim o risco de matar.**” (p. 5, da denúncia).

Em síntese, a acusação acredita em “homicídio qualificado” por “motivo torpe” na “revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local” por parte dos acusados, com base em elementos articulados no sentido de que teriam “assumindo assim o risco de matar.”

Fundamentalmente, eis os elementos articulados pela acusação pública:

(1º) Implantação de espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso em paredes e no teto da boate.

(2º) Contratação de show que sabidamente incluía exhibições com fogos de artifício.

(3º) Manutenção da casa noturna superlotada e sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza.

(4º) Equipe de funcionários sem treinamento obrigatório.

(5º) Ordem prévia e genérica para que os seguranças impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo.

O presente parecer pretende examinar tecnicamente o caso e fixar as premissas elementares no sentido de verificar se os elementos trazidos pela acusação pública são suficientes, isoladamente ou em conjunto, para legitimar o entendimento categórico de “revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local”, configurando-se, assim, a figura do dolo eventual imputada na denúncia. Sem esse entendimento do Ministério Público, não é possível falar em imputação dolosa eventual, uma vez que a hipótese jurídica está fundada exclusivamente nessa suposição. Isto é, sem a demonstração efetiva das condições objetivas que conduzem ao elemento subjetivo de “revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança”, não há hipótese legítima para fixação de dolo eventual.

Os elementos articulados pela denúncia serão estudados isoladamente a fim de determinar a qualidade de indícios de dolo eventual. A avaliação deve atentar se há condições lógicas e materiais adequadas à conclusão peremptória de “total indiferença e desprezo pela vida” ou se está diante de mera suposição, ilegítima, presuntiva, sem respaldo na realidade do fato e nas diretrizes legais, sobretudo identificado se é possível constatar a “assunção de risco” e a obrigatória “anuência” do resultado típico essenciais para o dolo eventual.

3. SÍNTESE PROCESSUAL

A instrução processual na primeira fase do rito procedimental do Tribunal do Júri resultou na **pronúncia** dos acusados por homicídio doloso qualificado e homicídio doloso tentado nos termos da denúncia, em 27 de julho de 2016. As Defesas de ELISSANDRO SPOHR, MAURO HOFFMANN, LUCIANO BONILHA e MARCELO DE JESUS DOS SANTOS interpuseram **Recursos em Sentido Estrito** contra a decisão de pronúncia.

A colenda Primeira Câmara Criminal do e. **TJRS** rejeitou as preliminares por unanimidade e deu parcial provimento aos meios de impugnação, por maioria, para **afastar as qualificadoras da pronúncia**. O e. Relator, **Des. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS**, concedeu parcial provimento aos Recursos para **desclassificar** os fatos denunciados para crimes diversos dos elencados no art. 74, § 1º, do CPP, restando vencido no julgamento em 22 de março de 2017.

Os acusados opuseram **Embargos Infringentes**, com base no voto vencido do Relator Des. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS. No dia 1 de dezembro de 2017, foram acolhidos os embargos diante do empate dos votos dos Desembargadores integrantes do **Primeiro Grupo Criminal do TJRS**², conforme os artigos 615, § 1º, *in fine*, do CPP³ e 21, § 2º, I, do RITJERGS vigente até 18 de junho de 2018.⁴ A decisão **desclassificou** os fatos imputados para delitos comuns – não da competência do Tribunal do Júri – nos termos exatos do voto vencido **Des. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS** no julgamento dos Recursos em Sentido Estrito.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e a Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), Assistente da Acusação, interpuseram

² Os Des. Victor Luiz Barcellos Lima (Relator), Des. Manuel José Martinez Lucas, Des. Honório Gonçalves da Silva Neto e Des. Luiz Mello Guimarães acolheram o recurso, ao passo que os Des. Jayme Weingartner Neto, Des. Sylvio Baptista Neto (Presidente), Des. Rosaura Marques Borba (Revisora), e Des. José Antônio Cidade Pitrez rejeitaram os Embargos Infringentes.

³ **Art. 615.** O tribunal decidirá por maioria de votos. **§ 1º** Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; **no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.**

⁴ **Art. 21.** Os 4 (quatro) Grupos Criminais são formados, cada um, por 2 (duas) Câmaras: a 1ª e 2ª compõem o 1º Grupo; a 3ª e 4ª, o 2º Grupo; a 5ª e 6ª, o 3º Grupo; e a 7ª e 8ª, o 4º Grupo, exigindo-se, para seu funcionamento, a presença de, no mínimo, 5 (cinco) julgadores, incluindo o Presidente. **§ 1º** As sessões dos Grupos de Câmaras Criminais serão presididas: **a)** ordinariamente, pelo Desembargador mais antigo do Grupo; **§ 2º** Ocorrendo empate na votação, serão observadas as seguintes regras (parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 02/02): **I** – na hipótese da letra a, do parágrafo 1º, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (CPP, arts. 615, § 1º e 664, parágrafo único)(...).

Recursos Especiais e Extraordinários, bem como assim o fizeram os acusados MAURO HOFFMANN e ELISSANDRO SPOHR.

Em 13 de julho de 2018, o i. **Vice-Presidente TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS** (**a**) **não conheceu** os Recursos Especial e Extraordinário de MAURO HOFFMANN e (**b**) **não admitiu** os Recursos Especial e Extraordinário de ELISSANDRO SPOHR e, ainda, (**c**) **admitiu** os Recursos Especiais e Extraordinários do Ministério Público e da Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM). As Defesas interpuseram agravos nos Recursos aos Tribunais Superiores contra a decisão que não admitiu os Recursos Especial e Extraordinário defensivos.

A questão central deste parecer versa sobre a adequação científica da decisão do Primeiro Grupo Criminal do e. **TJRS**, fundamentalmente se o tipo subjetivo da conduta pode ser verificado exclusivamente por meios lógicos – sem depender da revisão do material probatório dos dados empíricos juntado aos autos.

4. DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA DO TIPO LEGAL DE CRIME – OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Iniciamos pela questão de direito material acerca do conceito analítico de crime e de seus elementos. O **conceito jurídico de crime** é dividido tradicionalmente em duas dimensões, quer no sistema romano-germânico, quer no *common law*. A **dimensão objetiva** descreve as características objetivas da conduta, do nexa causal e do resultado criminal observados na realidade externa do fenômeno criminal. **A dimensão subjetiva** trata da relação intelectual e anímica do autor com a própria conduta e com o resultado causado e, por isso, recebe a denominação de dimensão subjetiva, uma vez que se refere ao sujeito da conduta.

As duas dimensões – objetiva e subjetiva – permitem a graduação das condutas e dos resultados em diferentes níveis de reprovação, cuja expressão possibilita as tradicionais valorações jurídico-penais do desvalor da conduta e do desvalor do resultado.

É de conhecimento dogmático geral que o crime é analiticamente conhecido por meio de três categorias que formam a cognominada Teoria Geral do Crime: **tipo, ilícito** e

culpa.⁵ Cada uma dessas categorias do conceito analítico de crime orienta um juízo necessário para a confirmação da ocorrência do fenômeno penal. O juízo de adequação da conduta praticada às características descritas no tipo penal chama-se de tipicidade da conduta. O juízo de adequação da conduta praticada ao conteúdo juridicamente proibido no ilícito penal denomina-se ilicitude. O juízo de reprovação ou de censura da conduta, avaliada anteriormente como típica e ilícita, materializa o juízo de culpabilidade.

Resumidamente, as dimensões tradicionais – objetiva e subjetiva – do crime estão presentes nas três categorias analíticas do conceito jurídico e nos respectivos juízos penais. Tipo é, pois, o elemento responsável pela descrição legal universal e abstrata dos elementos da conduta criminal, que adquiriu notoriedade e relevância científica na dogmática penal alemã, espanhola, portuguesa e latino-americana, desde a divulgação da obra de Ernst von Beling. Então, o tipo penal é o “contorno do tipo de crime” que descreve as dimensões do crime nas suas duas partes: objetiva e subjetiva.⁶

A **parte objetiva do tipo** narra os elementos objetivos da conduta ativa ou omissiva ligada causalmente ao resultado. A denominação **elementos objetivos** toma em consideração os elementos do fato em si exteriorizados pelo autor e não a relação intelectual e anímica do autor da conduta com o seu comportamento e com o resultado causado. A denominação parte objetiva do tipo remete à prescindibilidade de verificação interna do comportamento do autor da conduta.

A **parte subjetiva do tipo** é justamente a relação interna que o autor guarda com a sua conduta e com o resultado causado. O dolo e a culpa, que se situavam na esfera da culpabilidade na estrutura analítica do crime do causalismo, passaram a integrar o tipo ou “tipo de ilícito” penal na dogmática de vários países ocidentais, após o acolhimento do finalismo de Hans Welzel.⁷

⁵ No Brasil, REALE JÚNIOR, Miguel, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 126; SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito penal: parte geral*, 2ª ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 74-75; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de direito penal: parte geral*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 253; PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, 13ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 204; TAVARES, Juarez, *Fundamentos de teoria do delito*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 104; na Itália, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto, *Elementi di diritto penale, parte generale*, 6ª ed, Vincaza: Wolter Kluwer, 2015, p. 189; PULITANÒ, Domenico, *Diritto penale*, 4ª ed., Torino: Giappichelli, 2005, p. 62-63.

⁶ BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen: Mohr, 1906, p. 1 e 110; BELING, Ernst von, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen: Mohr, 1930, p. 12.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I, p. 270-271, nm. 58 e 59; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto, *Elementi di diritto penale, parte generale*, 6ª ed., Vincaza: Wolter Kluwer, 2015, p. 191; e, sobretudo,

Destarte, basicamente, os crimes dolosos e culposos diferenciam-se entre si já na descrição legal da conduta típica, prevendo molduras penais diversas e sujeitando-se a competências jurisdicionais diversas no Brasil. O tipo subjetivo permite que crimes com resultados iguais (*desvalor do resultado*) consigam expressar juridicamente distintos graus de reprovação penal da conduta (*desvalor da conduta*) próprios da diferença entre os fenômenos doloso e culposo.

Evidente que o desvalor da conduta é a razão pela qual o fato doloso é apenado com mais severidade que o culposo. Trata-se do reconhecimento jurídico de diferenças ontológicas de desvalor prévias à intervenção do direito penal, que devem ser objeto de prova para a configuração do crime.

É importante registrar alguns entendimentos clássicos, como o fato de que as características do crime descritas no tipo penal aparecem como dados da realidade reconhecidos juridicamente pelo direito penal a partir da sua metodologia científica. O ordenamento penal apenas reconhece elementos da realidade prévia à intervenção legislativa, não podendo presumir ou criar artificialmente características do fato proibido, sob pena de ilegitimidade da punição e de ineficácia preventiva.

Então, as características objetivas e subjetivas da descrição legal do crime devem ser sempre **provadas** na instrução processual, em respeito à legalidade penal e à legitimidade do juízo condenatório. Portanto, a descrição típica de elementos como conduta, causalidade, dolo ou culpa e resultado criminal é feita com base na realidade, exigindo comprovação empírica para a sua verificação concreta. São elementos que não podem ser concebidos ou imputados exclusivamente por meio de presunções ou criações jurídicas.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS GERAIS (DOLO E CULPA) E ESPECIAIS (MOTIVO E FINALIDADE) DO TIPO PENAL

A parte subjetiva do tipo é a ligação que o autor ou agente tem com a sua conduta ativa ou omissiva, podendo ser observada em relação ao resultado causado, que pertence ao tipo objetivo.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlin: De Gruyter, 1969, p. 64.

A doutrina costuma dividir a parte subjetiva do tipo penal em: elemento subjetivo geral e elemento subjetivo especial. O elemento subjetivo geral é requisito fundamental para a criminalização da conduta. A conduta em relação ao resultado causado pode: **(a)** prever e querer o resultado, **(b)** prever e aceitar o resultado, **(c)** prever e não querer, nem aceitar o resultado, ou, simplesmente, **(d)** não prever o resultado. Aqui, colocamos as **quatro hipóteses** em ordem decrescente de reprovabilidade do desvalor da conduta, que correspondem a um dos quatro conceitos sintéticos do tipo subjetivo: **(a)** dolo direto, **(b)** dolo eventual, **(c)** culpa consciente e **(d)** culpa inconsciente.

O Código Penal brasileiro segue a regra clássica de que as condutas são proibidas penalmente quando dolosas e, apenas excepcionalmente se previstas expressamente na lei, quando culposas (art. 18, § único, do CP).⁸ No mesmo sentido são os Códigos Penais alemão (§15, do StGB) e italiano (art. 42, comma 2 CPI).⁹ A legislação brasileira exige para a criminalização que a conduta tenha sido praticada, ao menos, culposamente (art. 18 e 20 e §1º, do CP), sempre diferenciando legalmente o tipo subjetivo doloso (art. 18, I, do CP) do culposo (art. 18, II, do CP).

O **dolo direto** é a modalidade mais tradicional de imputação subjetiva no direito penal. Os componentes do **dolo direto** são **(a)** representação e **(b)** vontade do resultado, conforme disciplina a primeira parte do art. 18, I, do CP, referindo-se aos elementos do tipo objetivo.¹⁰ A verificação prática do dolo direto não impõe grande dificuldade quanto à verificação do dolo eventual. O **dolo eventual** é a previsão do resultado como altamente provável e a aceitação do resultado no momento de realização da conduta (art. 18, I, do CP). A **culpa consciente** é a previsão e não aceitação do resultado perigoso e indesejável, que acaba sendo causado por imprudência, negligência ou imperícia (art.

⁸ **Art. 18 - Diz-se o crime:** Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. **Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.**

⁹ **§ 15 - Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht. Art. 42 - Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.**

¹⁰ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg, *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*, 12ª ed., Bielefeld: Giesecking, 2016, p. 249, nm. 7 e 250, nm. 10; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto, *Elementi di diritto penale, parte generale*, 6ª ed, Vinca: Wolter Kluwer, 2015, p. 336 e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 295.

18, II, do CP). O autor da conduta “pode, apesar de um tal conhecimento, *confiar*, embora levemente, em que o preenchimento do tipo se não verificará e age então só com negligência (consciente)”.¹¹ A **culpa inconsciente** é a não previsão do resultado como possível que ocorre causado pela conduta imprudente, negligente ou imperita (art. 18, II, do CP).

O **elemento subjetivo especial** é a descrição de característica especial da conduta que poderá integrar especialmente o tipo penal: o motivo e a finalidade da conduta. **Motivo** é a razão que impulsionou o autor da conduta, uma espécie de atitude interna e pessoal do agente, assim como os sentimentos, as convicções e os modos de pensar. Pode constar na narrativa da conduta incriminada na forma básica (*e.g.* art. 208, do CP), privilegiada ou minorada (*e.g.* art. 121, §1º, do CP), qualificada (*e.g.* art. 121, §2º, I, do CP) ou agravada (art. 61, III, a, do CP, por exemplo). O motivo é sempre uma característica do fenômeno criminal reconhecida pelo direito dentro dos parâmetros de tipicidade e legalidade.

A finalidade é a intenção, o fim, o objetivo ou a utilidade prática da realização da conduta¹², que forma os denominados crimes de intenção reconhecíveis pelas expressões legais “com o fim de” (*e.g.*, art. 131, do CP), “a fim de” (*e.g.*, art. 218-A, do CP), “para o fim de”, “com a finalidade de” (*e.g.*, art. 288-A, do CP), “com intenção de” ou “para” (*e.g.*, art. 155, do CP) obter algo. A finalidade e o motivo do crime (elemento subjetivo especial) especificam o dolo (elemento subjetivo geral), sendo igualmente abrangidos por ele.

6. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Existe discussão sobre a teoria que seria mais capaz de definir e diferenciar os conceitos de dolo eventual e de culpa consciente, sendo os resultados práticos e jurídicos muito semelhantes. Atualmente, os principais grupos teóricos estão fundados nos seguintes critérios: **(a)** probabilidade do resultado, **(b)** aceitação do resultado ou

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I, p. 371, nm. 44.

¹² RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade financeira, contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133.

conformação com a possível ocorrência do resultado e (c) a fórmula hipotética da previsibilidade de Frank.¹³

Resumidamente, explicamos:

(1º) **Probabilidade do resultado** – haveria dolo eventual quando o resultado fosse altamente previsível (representação qualificada do resultado). Já a culpa consciente teria lugar quando o resultado não fosse altamente previsível. É uma teoria que considera mais importante o elemento intelectual que volitivo da conduta.

(2º) **Aceitação ou conformação com o resultado** – haveria dolo eventual quando o autor da conduta aceitasse o risco do resultado e haveria culpa consciente quando o autor negasse o resultado previsível como possível de acontecer.

(3º) **Fórmula hipotética da previsibilidade de Frank** – a diferenciação ocorre a partir da resposta à pergunta: o autor teria praticado a conduta se soubesse, com certeza, que o resultado ocorreria? O dolo eventual deveria ser afirmado se o autor respondesse positivamente que teria praticado a conduta independentemente do resultado. A culpa consciente deveria ser afirmada quando a resposta do autor fosse negativa, de que não praticaria a conduta ao saber da certeza do resultado.

Então, temos que a “prova” do conhecimento do perigo ao bem jurídico tutelado pode caracterizar dois tipos de condutas com *desvalores* sociais absolutamente diversos: culpa consciente e dolo eventual.

Em nosso sentir, o dolo eventual somente se configura caso exista prova do (a) conhecimento do perigo ao bem jurídico protegido pela norma penal que era (b) aceito, anuído, com absoluta indiferença.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais da doutrina do crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2007, t. I, p. 369, nm. 39.

Veja-se que, **sem a demonstração probatória da anuência ou aceitação do resultado, não se pode falar em dolo eventual, pois segue em aberto a real hipótese de culpa consciente.** Então, a comprovação de que uma conduta social é juridicamente uma conduta dolosa eventual deve demonstrar que o resultado ofensivo ao bem jurídico era conhecido e, sobretudo, aceito pelo autor.

No caso da Boate Kiss, as três teorias convergem no sentido da impossibilidade de imputação jurídica por dolo eventual. Veja-se sinteticamente:

(1º) **na teoria da probabilidade**, era preciso provar que os acusados conheciam a alta probabilidade de ocorrência do resultado;

(2º) **na teoria da aceitação ou conformação com o resultado**, deveria ser provado que os acusados previram e aceitaram ou conformaram-se com o resultado;

(3º) **segundo a fórmula de Frank**, seria necessário provar que os acusados teriam praticado as mesmas condutas se, no momento da ação, tivessem certeza que o resultado ocorreria.

O acurado exame do conjunto fático-probatório da presente na ação penal não comprova o dolo eventual e indica claramente a ocorrência da culpa. Aliás, este é o entendimento corretamente afirmado no último acórdão do **TJRS** – Embargos Infringentes n. 70075120428.

Em caso semelhante de rumoroso incêndio em boate, a doutrina comparada acompanha rigorosamente a diferenciação fenomenológica e técnica entre o dolo eventual e a culpa consciente no sentido do **TJRS**. Diante do incêndio da **Boate Utopia no Peru**, a doutrina afirmou que uma mera representação do resultado não significa a afirmação do dolo eventual¹⁴, considerando que igualmente há a representação do resultado acreditado como impossível na culpa consciente.

¹⁴ CARO JOHN, Jose Antonio, *Dogmática penal aplicada*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 39.

7. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO EMPÍRICA DA PREVISIBILIDADE DO RESULTADO PARA A CULPA CONSCIENTE E DA ACEITAÇÃO DO RESULTADO PREVISÍVEL PARA O DOLO EVENTUAL

A parte subjetiva do tipo expressa a desconsideração do autor da conduta em relação à ordem jurídica e ao bem jurídico tutelado. A doutrina costuma referir que o dolo é uma “relação psicológica”¹⁵ de “desprezo pelo mundo do direito”¹⁶, “desprezo pelo bem jurídico tutelado”¹⁷ ou “decisão para a possível lesão ao bem jurídico”.¹⁸

Esse desprezo pelo bem jurídico e pelo conteúdo de proteção da norma faz parte da essência do fenômeno criminal, portanto não pode ser presumido, imputado ou criado normativamente pelo direito. Ao contrário, é um dado da realidade que integra o tipo penal, exigindo prova empírica de que os acusados efetivamente expressaram a integralidade dos elementos da conduta descrita no tipo penal.

A imputação por culpa consciente exige a prova do conhecimento da previsibilidade do resultado e a imputação por dolo eventual requer fundamentalmente o conhecimento da previsibilidade e a aceitação do resultado provável. Essa compreensão do dolo eventual foi cientificamente apresentada em publicação no final da década de noventa¹⁹, sendo recentemente reafirmada diante dos riscos de ampliação injustificada do conceito.

A manifestação técnica aqui apresentada decorre de reflexão teórica que tem sido desenvolvida e comprovada há mais de duas décadas.²⁰ Trata-se de entendimento

¹⁵ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg, *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*, 12º ed., Bielefeld: Gieseking, 2016, p.256, § 11, nm. 26; EISELE, Jörg In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30 º ed., München: Beck, 2019, p. 193-223, nm. 120/121.

¹⁶ ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Neudruck der Ausg. Berlin 1930, Aalen: Scientia, 1964, p. 179.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*, 5º ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 300.

¹⁸ ROXIN, Claus Roxin, *Strafrecht, allgemeiner Teil, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4º ed., München: Beck, 2006, v. I, p. 447-448, nm. 27.

¹⁹ WUNDERLICH, Alexandre, “O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada”, *Revista dos Tribunais*, 1998, n. 574, p. 461-479.

²⁰ A primeira publicação encontra-se em WUNDERLICH, Alexandre, “O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada”, *Revista dos Tribunais*, n. 574, p. 161-479. O texto foi republicado na coletânea de trabalhos científicos que marcaram a década, organizada pelo Professor Gustavo BADARÓ (*Doutrinas Essenciais de Direito penal e Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.169 et seq). Recentemente, o entendimento foi aprofundado em artigo publicado no livro em homenagem ao Professor René Ariel DOTTI, WUNDERLICH, Alexandre, “O dolo eventual nos homicídios de trânsito como

que pertence aos elementos clássicos da Teorias Geral do tipo subjetivo, não tendo sido pensado exclusivamente para atender as dificuldades técnicas de uma tragédia de alta repercussão e clamor social.

8. CORREÇÃO CIENTÍFICA DA REJEIÇÃO DA HIPÓTESE DE DOLO EVENTUAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

O esclarecimento dogmático da diferenciação entre os conceitos de dolo eventual e de culpa consciente permite analisar as questões formuladas aos pareceristas com mais clareza científica. Em nosso pensar, os acórdãos do TJRS, com especial destaque o julgamento dos Embargos Infringentes n. 70075120428, são compostos por votos bem fundamentados em argumentos práticos e teóricos que determinaram a desclassificação da imputação penal formulada na denúncia. **O respaldo na ciência penal contemporânea culminou no julgamento do caso com prudência e Justiça.**

A principal decisão que determinou a desclassificação da imputação está assim ementada:

EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CRIMES DE HOMICÍDIO. INCÊNDIO EM ESTABELECIMENTO NOTURNO. ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE FATOS DOLOSOS. INCONFORMIDADE DA DEFESA DOS RÉUS. DIVERGÊNCIA RESTRITA À NATUREZA DOLOSA DAS INFRAÇÕES PENAS.

1. Fatos delituosos relativos à incêndio em estabelecimento noturno na comarca de Santa Maria. Réus **pronunciados pela prática de homicídios qualificados, consumados e tentados**, que agiram na condição de sócios da casa noturna, e como integrantes de uma banda musical que se apresentou na oportunidade, levando a efeito “show” pirotécnico com emprego de fogos de artifício, o que deu azo a incêndio que terminou por causar a morte e lesões dos freqüentadores.

2. Circunstâncias fáticas que não podem ser havidas como **demonstrativas de agir doloso pelos denunciados**, ora pronunciados. O emprego de fogos de artifício impróprios para o local, o fato de o ambiente interior do imóvel encontrar-se revestido de madeira,

uma tentativa frustrada: a reafirmação de uma posição”, In: BUSATO, Paulo, SÁ Priscila P., SCANDELARI, Gustavo (Coords.), *Perspectivas das Ciências Criminais*, Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 293-308.

cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, a superlotação com número de pessoas além da capacidade, a inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situação de emergência, somadas ao fato de que dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido o “show” pirotécnico, sem nenhum incidente, **constituem dados que informam agir culposo em sentido estrito** a ser examinado pelo juiz singular competente.

3. Conduta dolosa que, à luz do disposto no art. 18, I, do CP, **exige a manifestação da vontade em relação ao resultado morte**. Assumir o risco de produzir a morte significa **aprovar o resultado, o que não restou evidenciado nos autos**. Regra do art. 413 do CPP que impõe ao juiz a pronúncia do acusado, quando convencido da materialidade do fato (não de qualquer fato, mas de fato que configure crime doloso contra a vida), e quando verificar presentes indicativos suficientes da autoria. Dever do juiz em declinar os fundamentos por que vê, na espécie delituosa, a existência de agir doloso na conduta do agente do crime. Impossibilidade de pura e simplesmente transferir-se o exame do elemento volitivo do fato aos jurados. Desclassificação da espécie que se impõe para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri.

4. Recurso, de um dos réus, que transcende os limites da divergência, postulando a absolvição do acusado. Impossibilidade. Não pode o recurso ser conhecido quanto ao pedido de absolvição, vez que ultrapassa os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito. RECURSOS CONHECIDOS, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

(TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70075120428, 1º Grupo Criminal, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, julgado em 01/12/2017, DJe 22/01/2018)

Algumas passagens fundamentais desse acórdão evidenciam o seu acerto. A análise do conjunto fático-probatório à luz do direito vigente aponta a inexistência de qualquer das modalidades de dolo pela falta da representação do resultado e, portanto, pela impossibilidade concreta de aceitação do resultado não representado:

Primeiro. Falta de narrativa do dolo direto e mesmo eventual em condutas praticadas pelos denunciados. Em nosso entendimento, a acusação não cumpriu o dever jurídico-legal de narrar todos os elementos do tipo penal que imputou. Há meras

suposições de vontade, abstrações sem amparo em dados objetivos concretos. Não há descrição do “desígnio criminoso”, ou seja, a “vontade dos agentes” que “integra a tipicidade da ação e que, por conseguinte, diz respeito à essência do crime” e ao elemento fundamental do tipo penal imputado. [Voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 25, 27 e 29-30.]

Segundo. Absoluta falta de indícios que manifestem a vontade de “matar”. Não há nos autos nem mesmo indícios mínimos indicativos da suposta vontade de matar dos acusados. O conjunto probatório é, em nosso juízo, inegável. [Na linha do voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 27.]

Terceiro. Falta de previsibilidade do resultado como provável. Os autos atestam que o estabelecimento comercial funcionava regularmente, cumprindo os requisitos exigidos pelas autoridades públicas para funcionamento. O “show pirotécnico” havia sido realizado anteriormente, sem qualquer incidente ou reclamação. [No sentido do voto do i. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, p. 34, e. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, p. 64, 64-65 e 66, e. Voto Des. Luiz Mello Guimarães, p. 68-70.]

Quarto. Falta de indícios que manifestem indiferença ou demonstrem a aceitação do resultado mortes e lesões corporais. A argumentação acusatória está baseada estritamente na suposta previsibilidade da conduta e não na indiferença ou no necessário aceite do resultado, o que impede a imputação por dolo eventual. Muito pelo contrário, “é que não há como admitir que os réus Mauro e Elissandro, ao usarem espuma inflamável, contratarem o espetáculo, superlotarem a boate etc., tudo visando maior lucro, eram indiferentes a, além de matar centenas de jovens, incendiar todo o seu patrimônio, perdê-lo e ter de indenizar diversas famílias”. [Na linha do voto do i. Des. Luiz Mello Guimarães, p. 67-68.]

Quinto. Elementos articulados na denúncia (item 2) não permitem afirmar previsibilidade, menos ainda “aceitação” do resultado. “A colocação de espuma imprópria, de guarda-corpos que teriam dificultado a evacuação e a existência de uma só porta de saída referem-se ao local” e “não determinariam a representação do resultado havido como possível, nem mesmo se associadas ao eventual descaso na manutenção dos extintores e à superlotação que, comum e indevidamente, ocorre em boates, em especial nas mais frequentadas”. É correto o racional apresentado no sentido de que “o somatório de tais condutas”, por si só, “não enseja a conclusão de que tal resultado foi previsto pelos agentes”, senão a de que deixaram de observar o dever objetivo de cuidado ao não prevê-lo. A conduta situa-se no máximo na esfera da culpa. [Voto do e. Des. Honório Gonçalves da Silva Neto, p. 65-66 do acórdão.]

O fato é que a afirmação do eventual conhecimento de algum risco não significa, de maneira alguma, a aceitação de um perigo que extrapole os limites da culpa. Menos ainda a “**aceitação**” ou a “**anuência**” do resultado danoso ao bem jurídico. Bem ao contrário, em nosso entender, a relação psíquica dos autores da conduta com o fato e o bem jurídico tutelado é parte essencial do tipo subjetivo que caracteriza o crime, sendo justamente o que o diferencia de outras condutas penais. Essa relação psíquica deve ser objeto de produção probatória séria e idônea, e não meramente de conjectura, presunção ou mera imputação.

Logo, por todo o exposto, o conjunto de decisões tomadas pelo e. **TJRS** acerta na resolução técnica e justa do caso penal. O conjunto de provas somente permite a conclusão de que os acusados não previram o resultado como provável e, portanto, não “**consentiram**” com o resultado do acidente.

9. RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

9.1. OBJETO RECURSAL EMINENTEMENTE JURÍDICO (QUESTÕES DE DIREITO – *IN IURE*)

O segundo aspecto do presente parecer versa sobre a eventual reversão do caso nos Tribunais Superiores, por meio de Recursos interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e pela Assistente de Acusação Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM).

Os Recursos aos Tribunais Superiores estão concebidos como meios de impugnação intensamente **limitados** no cabimento e na finalidade na Constituição Federal. O objeto recursal é sempre atinente a **questões de direito**, nomeadamente de verificação jurídica (*in iure*) da qualidade das decisões proferidas por Tribunais Regionais ou dos Estados.

O Recurso Especial está destinado aos casos de negação ou má aplicação da lei federal em julgado de Tribunal Regional ou Estadual ou em ato de governo local (art. 105, III, da CF). Já o Recurso Extraordinário segue a natureza de Recurso de Revisão de tribunal inferior nas hipóteses taxativas relacionadas à Constituição Federal e ao conflito entre lei local e lei federal (art. 101, III, da CF), sendo de competência do Supremo Tribunal Federal.

A tradição brasileira de cabimento dos Recursos aos Tribunais Superiores restrito a questões jurídicas encontra semelhanças profundas na tradição europeia dos Recursos de Revisão. O Código de Processo Penal alemão (StPO) restringe a admissibilidade do Recurso de Revisão (*Revision*) igualmente a questões eminentemente de direito²¹ suscitadas em decisões de câmaras ou Tribunais Regionais (§ 333, do StPO).²² Os fundamentos para a revisão da decisão do Tribunal Regional estão previstos expressamente na lei processual penal (§337, do StPO)²³ indicando a

²¹ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, 28^o ed., München: Beck, 2014, p. 461, nm. 1; BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, 9^o ed, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 329, nm. 359; KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht, eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8^o ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 634, nm. 1071.

²² § 333 - *Zulässigkeit Gegen die Urteile der Strafkammern und der Schwurgerichte sowie gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Urteile der Oberlandesgerichte ist Revision zulässig.*

²³ § 337 - *Revisionsgründe (1) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. (2) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.*

finalidade de “proteção da unidade do direito”²⁴ positivada pelo legislador. O conceito central é a “violação da lei” que pode ocorrer por meio da “não aplicação” ou “aplicação não correta” da lei (§337, (1) (2), do StPO).²⁵

O direito processual italiano também delimita acentuadamente o cabimento e o âmbito de devolutividade aos “motivos de direito” no Recurso para a Corte de Cassação²⁶ contra o julgamento da apelação, evitando a existência de uma terceira instância recursal.²⁷ O recurso contra a “violação de lei” está previsto na própria Constituição Italiana (art. 111, *comma* 7, da CI)²⁸ e no Código de Processo Penal com a indicação de taxativas hipóteses de cabimento²⁹ (art. 606, *comma* 1, CPPI).³⁰

O sistema de impugnações recursais ordinário possibilita o exame fático probatório. Residualmente, o esgotamento dos recursos ordinários permite o prosseguimento da revisão eminentemente de direito nos Tribunais Superiores. A impugnação das decisões judiciais tem como protagonista o cidadão-acusado, sendo o recurso uma garantia processual constitucionalizada.³¹

²⁴ BEULKE, Werner, *Strafprozessrecht*, 9ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 327, nm. 559; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, 28ª ed., München: Beck, 2014, p. 463, nm. 8.

²⁵ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, 28ª ed., München: Beck, 2014, p. 464, nm 10 e 465, nm. 16.

²⁶ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta, *Compendio di procedura penale*, 8ª ed., Vicenza: Cedam, 2016, p. 874.

²⁷ SCALFATI, Adolfo, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino : G. Giappichelli editore, 2015, p. 792.

²⁸ Art. 111 - La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (...) Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

²⁹ CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta, *Compendio di procedura penale*, 8ª ed., Vicenza: Cedam, 2016, p. 87.

³⁰ Art. 606 - 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi (1): a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri (2); b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale (3); c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità [177-186], di inutilizzabilità [63, 103, 191, 195, 228 3, 240, 254 3, 267 2, 270, 350 6, 360 5, 403, 407 3, 526] (3), di inammissibilità [41, 46, 78, 84, 93, 393, 397, 410, 435, 461, 586, 591, 613, 634, 645] o di decadenza [21, 79, 80, 85, 86, 95, 175 3, 182, 458, 585, 646 4] (4); d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2 (5); e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame (6).

³¹ DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de, *El derecho de acceso a los recursos: doctrina constitucional*. Madrid: Colex, 1998, p. 15.

Nesse sentido, existe compreensão dogmática sobre a impossibilidade da interposição recursal pela acusação quando a decisão judicial de primeiro grau for absolutória. O e. **Professor Geraldo Prado**, seguindo a lição do maestro argentino **Julio Maier**, afirma que o recurso deveria ser “**exclusivo da defesa**”.³² Se seria correta a otimização da tutela do cidadão no sistema processual acusatório, eliminando a possibilidade impugnatória por parte do Ministério Público diante da sentença ou acórdão absolutório, há mais razão para a vedação dos Recursos manejados pelo órgão acusatório ou pelo assistente da acusação para a **reclassificação da tipicidade**.

Feitas as observações, passa-se ao exame da possibilidade jurídica de eventual reversão da decisão do **TJRS** pelas Cortes Superiores – **STJ** e **STF**.

9.2. INADEQUAÇÃO E DESCABIMENTO DO REEXAME PROBATÓRIO (SÚM. 7, DO STJ E 279, DO STF). IMPOSSIBILIDADE DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESINTERESSE E ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO NA MUDANÇA DA CAPITULAÇÃO LEGAL

É de amplo conhecimento que a jurisprudência vigente das Cortes Superiores brasileiras manifesta pacificamente a inadequação do reexame profundo de questões de fato e de provas por via dos Recursos Especial e Extraordinário. Esse é o sentido que indiscutivelmente orienta as doutrinas brasileira³³ e internacional dos Recursos aos Tribunais Superiores e dos Recursos de Revisão.

³² PRADO, Geraldo, “Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da convenção americana de direitos humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier” In: BONATO, Gilson (Org.), *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 115. A revisão da decisão só pode ser realizada em favor do cidadão-acusado, assim como ocorre no Embargos Infringentes e ocorria no Protesto por Novo Júri. A pretensão de reforma nos Tribunais Superiores da desclassificação jurídica realizada após ampla análise probatória na Corte Estadual subverte a noção do recurso como garantia. Mais detalhes, WUNDERLICH, Alexandre, “Por um sistema de impugnações no Processo Penal Constitucional brasileiro” In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito Penal e Processo Penal: em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 a. p. 15-46.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarence, *Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie, Ações de Impugnação, Reclamação aos Tribunais*, 3º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 269-270 e BADARÓ. Gustavo, *Processo Penal*, 4º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 896.

Veja-se alguns exemplos da jurisprudência massiva e recente das 5ª e 6ª Turmas do e. STJ³⁴, órgão uniformizador de julgados, até mesmo sobre a específica revisão probatória para fins de reavaliação do dolo, como pretendido no caso dos autos, e.g.:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. INJÚRIA RACIAL. **ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA 7/STJ. REGIMENTAL IMPROVIDO.** 1. Tal como já referido, para esta Corte rever a condenação do agravante e concluir pela inexistência dos fatos ensejadores da punição, **teria, necessariamente, de esmerilar todas as provas dos autos, o que é, categoricamente, proibido pela Súmula 7/STJ e incompatível com a vocação constitucional desta Casa Superior de Justiça** de dizer o direito. 2. Portanto, a decisão agravada deve ser mantida intacta pelos seus próprios termos. 3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 1193717/DF, 5ª Turma, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO - ART. 148 DO CÓDIGO PENAL. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE. PRECEDENTES. I. Afastar a conclusão do Tribunal de origem, quanto à ausência do elemento subjetivo do réu, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via do Recurso Especial, a teor da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça. II- A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. III - Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1133709/MG, 5ª T, Rel. Min. Regina Helena Costa, Julg 08/05/2014, DJe 14/05/2014)

Igualmente nesse sentido é a jurisprudência pacífica das 1ª e 2ª Turmas do STF³⁵:

³⁴ STJ, AgInt no REsp 1684306/SP, 6ª T, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julg 19/04/2018, DJe 11/05/2018; STJ, AgRg no AREsp 1332809/SP, 6ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, Julg 06/11/2018, DJe 30/11/2018; STJ, AgRg no REsp 1612200/SC, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, Julg 04/12/2018, DJe 14/12/2018; STJ, AgRg no AREsp 652627/SP, 6ª T, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Julg 13/11/2018, DJe 06/12/2018.

³⁵ No mesmo sentido, STF, ARE 1107575 AgR, 1ª T, Rel. Min. Rosa Weber, Julg. 30/11/2018, Proc Elet DJe-265 Divulg 10/12/2018, Public 11/12/2018; STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Julg 06/11/2018, Proc Elet DJe-241 Divulg 13/11/2018, Public 14/11/2018; STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel Min. Roberto Barroso, Julg 06/11/2018, Proc Elet DJe-244 Divulg 16/11/2018, Public 19/11/2018.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. CONTAGEM CONTÍNUA DO PRAZO EM MATÉRIA PENAL. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELO EXTREMO INTEMPESTIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, LXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STF, ARE 1161459 AgR, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, Julg 23/11/2018, Proc. Elet. DJe-256 Divulg 29/11/2018, Public 30/11/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. NECESSIDADE DE REAPRECIÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 660). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Para chegar-se à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, seria necessária a reinterpretção da legislação infraconstitucional aplicável ao caso, sendo certo que a ofensa à Constituição seria apenas indireta, bem como o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai o óbice da Súmula 279/STF. Inviável, portanto, o recurso extraordinário. II - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 748.371-RG/MT (Tema 660), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, rejeitou a repercussão geral da controvérsia referente à suposta ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da prestação jurisdicional, quando o julgamento da causa depender de prévia análise de normas infraconstitucionais, por configurar situação de ofensa indireta à Constituição Federal. III - Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, ARE 1132000 AgR, 2ª T., Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julg 26/10/2018, Proc Elet. DJe-235, Divulg 05/11/2018, Public 06-11-2018)

Há um óbice jurídico intransponível: os julgados indicam unanimemente a impossibilidade de examinar todas as provas produzidas na ação penal no âmbito do objeto do recurso federal, seja ele Recurso Especial ou Recurso Extraordinário.

A impossibilidade de admissão dos Recursos Especial e Extraordinário com a finalidade reexaminar o material probatório produzido em graus de jurisdição anteriores encontra-se evidenciada na edição de **duas súmulas** atentamente observadas

pela jurisprudência. O STJ editou a **súmula n. 7** que diz “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”. O STF, rigorosamente no mesmo sentido, estabeleceu a **súmula n. 279**: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*”

Ante o cenário exposto, é visível que a pretensão de reforma do acórdão recorrido não pode ser atendida. A mudança da decisão do TJRS para alcançar o injustificado processamento das condutas narradas como se fossem dolosas, não pode ser realizada sem que se proceda ao juízo empírico de completo e profundo reexame do material probatório.

Aplicação diversa da lei penal não tem respaldo na legislação e na ciência penal brasileira e internacional nesse caso. Todavia, apenas por hipótese, se eventualmente houvesse razão para a mudança da imputação penal do tipo subjetivo, essa mudança **jamais** poderia ocorrer sem a revisão do conjunto do material probatório e sem a verificação da adequação da capitulação legal pelo Poder Judiciário.

Por fim, não há interesse e legitimidade recursal do Assistente da Acusação constituído pela Associação dos Familiares das Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM). O interesse recursal do Assistente da Acusação restringe-se à busca da condenação criminal capaz de servir como título executivo para a reparação do dano patrimonial sofrido pela vítima.³⁶ Nesse sentido é a previsão taxativa das atividades que podem ser exercidas pelo Assistente de Acusação no **art. 271, do CPP**.³⁷

O Assistente da Acusação tem legitimidade para interpor recurso autonomamente em apenas duas hipóteses: (1) impronúncia do acusado no rito escalonado do júri e (2) extinção da punibilidade. As duas hipóteses são casos que impedem a obtenção do título executivo judicial na conclusão do juízo penal (**art. 63, do CPP**).³⁸

Logo, no caso em questão, falta interesse e legitimidade recursal para que o Assistente de Acusação rediscutir o conjunto probatório por meio de Recursos aos

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 498-499.

³⁷ **Art. 271.** Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os **recursos interpostos** pelo Ministério Público, ou **por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.**

³⁸ **Art. 63.** Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. **Parágrafo único.** Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IX do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Tribunais Superiores. A pretensão de requalificação jurídica do fato a partir das provas obtidas na instrução não é essencial para a reparação de eventual dano patrimonial, haja vista que os acusados não estão inocentados ou com as suas punibilidades extintas. As corretas decisões do **TJRS** não inocentaram os acusados que seguem respondendo processo penal.

9.3. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PARECER OFERTADO NO STJ – RECURSO ESPECIAL N. 1.790.039/RS

A avaliação dos conceitos de culpa consciente e de dolo eventual não pode ser feita por meio de **presunções**. As consequências processuais na determinação da competência penal são evidentes e precisam ser ressaltadas diante do perigo de deterioração dos conceitos clássicos do Direito Penal.

Infelizmente é frequente que, em casos como o presente, **as denúncias apresentem intencionalmente visão redutora da realidade**, ampliando a responsabilidade subjetiva sobre os elementos objetivos, dando elasticidade demasiada ao conceito de dolo eventual. **É isso que se observa e se denuncia há mais de duas décadas** alcançando eco na doutrina e na jurisprudência.

O Ministério Público com atuação no **STJ**, fiscal da legalidade por ordem constitucional, agiu como mero acusador no **Parecer** n. 20.180/2019/GAB/AM, ofertado nos autos do Recurso Especial n. 1.790.039/RS em tramitação na Sexta Turma, sob relatoria do Exmo. **Ministro Rogério Schietti Cruz**, sendo recebido pelos subscritores durante a redação do parecer.

Após os estudos realizados e o acurado exame dos autos, entendemos que não há como proceder à alteração da capitulação legal pretendida pelo Ministério Público, de forma puramente jurídica, sem revisitar materialmente a totalidade do conjunto probatório. O pedido é impossível.

A afirmação de que a decisão de pronúncia encerra um simples juízo de admissibilidade da acusação não é razoável e nem aplicável ao caso em concreto, exigindo a manifesta existência de indícios de autoria e materialidade do crime doloso contra a vida.

O caso em questão trata da correta classificação jurídica dos fatos objeto da produção probatória, como sendo hipótese manifestamente diversa do dolo eventual. Afirma-se isso sob pena de distorcer o material probatório e a diferenciação científica entre os conceitos técnicos de dolo eventual e de culpa consciente. Não há qualquer tipo de usurpação de competência constitucional do Júri. Aliás, a acusação deveria ter sido ajuizada no juízo comum por crime culposos e, se assim tivesse sido, muito provavelmente a ação penal de Santa Maria estaria julgada e os réus responsabilizados.

Veja-se que o afastamento da imputação de dolo eventual ocorreu justamente pelo confronto da descrição da denúncia com as provas colhidas na instrução probatória. A pretensão recursal trazida pelo Ministério Público e pela Assistência da Acusação significa, no fundo, o reexame do material probatório em grau de revisão recursal não ordinária (terceiro grau). Essa pretensão não se apoia na ciência jurídica e contraria o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores.

10. SÍNTESE DA CONSULTA

O resumo das razões que fundamentam o nosso parecer diante dos fatos apresentados e da ciência penal pode ser apresentado na seguinte forma:

1º quesito. É cientificamente correta a desclassificação da imputação jurídica da figura do dolo eventual para a da culpa consciente feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no acórdão fruto dos Embargos Infringentes n. 70075120428³⁹, diante das condutas imputadas na denúncia e do conjunto probatório reunido na instrução processual?

Sim, é correta a decisão de desclassificação determinada pelo e. TJRS. Pontuam-se as seguintes razões: **(a)** as diversas teorias científicas do dolo eventual apontam para a inexistência de dolo eventual no caso analisado; **(b)** os argumentos acusatórios são insuficientes para a prova da alegada aceitação

³⁹ TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, 1º GC, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, julg. em 01/12/2017, DJe 22/01/2018.

do perigo do resultado, servindo, no máximo, como indicativo do conhecimento do risco não aceito próximo à culpa consciente; (c) a natureza dos fatos, as repercussões pessoais e patrimoniais da catástrofe, indicam a inexistência de previsão e, menos ainda, de aceitação do resultado pelos acusados; já que as **circunstâncias fáticas desenhadas não são demonstrativas de agir doloso mesmo diante dos elementos elencados para essa imputação**. No caso, o aludido “homicídio qualificado” por “motivo torpe” em razão da “revelação de total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores” do centro da tragédia, sequer seria possível, pois seria o mesmo que os acusados aceitarem a colocação da vida pessoal, de amigos e familiares e do patrimônio em perigo. Particularmente para o consulente ELISSANDRO SPOHR, a eventual responsabilização por dolo eventual **significaria dizer que anuiu em sua própria morte e da sua esposa “grávida”**, que também estava no local. E, por fim, (d) a rejeição da imputação por dolo eventual em caso semelhante de incêndio referido na jurisprudência e na ciência jurídica comparada.

2º quesito. Os Recursos aos Tribunais Superiores possuem cabimento e adequação (elementos do juízo de admissibilidade) para a revisão do conjunto probatório necessário para a redefinição do elemento subjetivo geral do tipo?

Não, os Recursos aos Tribunais Superiores possuem natureza e finalidade próprias que impedem o reexame total do conjunto probatório necessário para alterar a imputação do *tipo penal subjetivo*. Isso ocorre sinteticamente pelas seguintes razões: (a) a necessidade de verificação empírica dos elementos subjetivos do tipo penal, incapaz de pura análise lógico-jurídico, (b) a inadequação e o não cabimento recursal para a revisão total do conjunto probatório, impossibilitando nova classificação jurídica do tipo com base no profundo exame probatório e (c) a eficácia do âmbito de cobertura das súmulas n. 7, do **STJ** e n. 279, do **STF**, bem como a jurisprudência corrente nos Tribunais Superiores.

Esse é o nosso parecer.

Porto Alegre, 18 de março de 2019.



Professor Doutor Alexandre Wunderlich

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e
Professor de Direito Penal na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul



Professor Doutor Marcelo Almeida Ruivo

Doutor em Ciência Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Visiting Professor nas Faculdades de Direito das Universidades de Turim e de Ferrara