

## Barbosa: Elementos subjetivos do tipo penal em sede de recurso

Com a estruturação do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, nasceu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e com ele a competência para julgar em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Território, nos arts. 915, inciso III, da Carta Magna.



A criação de um Tribunal nacional objetivou a liberação do

Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das causas federais, ou seja, relativo à matéria infraconstitucional. Fala-se isso, pois, a Corte maior antes da criação do STJ em 1988

*"tinha competência originária racione personae e materiae e recurso em sentido amplo, abrangendo matéria de direito constitucional e infraconstitucional"* [1].

Desta forma, diante da quantidade de recursos interpostos no STF, seja em matéria constitucional ou em matéria exclusiva de direito e, ainda, diante do número reduzido de ministros naquela Corte, houve a necessidade de criação de um Tribunal Superior com responsabilidade de ser o pacificador do entendimento da Lei Federal por meio de jurisprudência.

Há muito tempo, Arruda Alvim já dizia que cabia ao STJ *"ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional, assegurando-lhe a validade e bem assim uniformidade de interpretação"* [2].

Ainda, nas palavras de Vicente Greco Filho, *"o recurso especial pertence à categoria dos recursos extraordinários, que somente podem fundar-se em matéria de direito federal"* [3].

Como se sabe, não se figura questão federal a análise de fatos e provas, procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula nº 7 da Corte da cidadania que diz o seguinte: *"a pretensão de simples reexame de fatos e provas não enseja recurso especial"*.

No entanto, em sede de recurso excepcional, a jurisprudência do STJ, de modo uniforme, tem admitido a possibilidade de reavaliação de fatos incontroversos que se encontram delineados no acórdão impugnado, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre fundamentos apontados pelo Tribunal de origem em determinada causa.



A propósito, extrai-se o seguinte julgado do STJ: *"Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica, de acordo com entendimento pacificado nesta Corte, a revalorização jurídica dos fatos incontroversos constantes do acórdão de apelação é possível em sede de recurso especial, não havendo se falar em vulneração da Súmula 7 do STJ"* [4].

Em regra, o STJ deve analisar em sede de recurso especial apenas matéria que versa sobre direito objetivo, ou seja, quando há erro na interpretação de lei federal. No entanto, não raro haja discussão que beira o mérito da causa acerca de direito subjetivo do tipo penal (dolo direto, dolo indireto ou culpa consciente), cuja discussão, teria, em tese, que ser encerrada no Tribunal de apelação.

Ocorre, que nem sempre é fácil distinguir a diferença entre matéria de fato (elemento subjetivos) e matéria de direito (elementos objetivos), ficando a critério do julgador da causa a aferição predominante dessa ficção jurídica.

Desta forma, entramos na discussão sobre um dos casos mais emblemáticos nos últimos meses, que foi o da Boate Kiss, o qual o STJ no julgamento do recurso especial nº 1.790.039 — RS, deu provimento ao reclamo excepcional interposto pelo Ministério Público e, ao final, cassou a decisão do Tribunal de origem que, em embargos infringentes, havia desclassificado a conduta dos acusados para outros que não aqueles de competência do Tribunal do Júri (crime culposos).

O ministro Rogério Schietti Cruz, relator do processo na Corte cidadã, há época do julgamento, destacou que não iria *"examinar o mérito das pretensões punitivas, mas tão somente a admissibilidade ou não da acusação de crimes dolosos contra a vida"* [5].

Argumentou o digno ministro em seu voto que caberia ao colegiado do STJ analisar *"se as condutas praticadas pelos réus indicam que hajam atuado com dolo eventual e assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia — ou seja, 242 homicídios consumados e 636 homicídios tentados — ou se tais condutas ensejam a desclassificação para homicídios e lesões corporais, em sua modalidade culposa"* [6].

Com isso, a Corte cidadã em reiterados julgados, que aliás, divergem entre si, vem se posicionando pela análise ou não de elementos subjetivos do tipo penal, em recursos especiais interpostos pelas partes.

No caso da boate Kiss, a questão central também versava sobre a definição do elemento subjetivo que teria animado a conduta dos réus, ou seja, se os agentes agiram com dolo eventual ou com culpa consciente.



O ministro Rogério Schietti Cruz, inicialmente, traz em seu voto que *"somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do agente"*. Ao final, conclui que *"a decisão de pronúncia indicou fatores objetivos que permitem inferir que os recorridos estavam cientes desses riscos e das possíveis consequências que poderia causar o menor incidente decorrente do uso de fogo de artifício sabidamente impróprio para ambiente interno, acionado e direcionado a material altamente inflamável, a poucos centímetros de distância da chama"* [7].

Desta forma, não obstante, surge a discussão acerca da (im) possibilidade de análise do elemento subjetivo de determinado tipo penal, seja o dolo direto, indireto ou a culpa consciente, na via do recurso especial. Fala-se isso, pois, a verificação de elemento subjetivo do tipo penal depende de substrato probatório, porquanto, inadmissível nos termos do enunciado da súmula 7/STJ.

Acerca disso, o ministro Jorge Mussi, no julgamento do HC nº 199100/SP, destacou que *"Afirmar se agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pela Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício"* [8].

Na hipótese, a análise da conduta subjetiva foi atribuída ao Tribunal competente (Tribunal do Júri), no entanto, a matéria de fato já teria sido analisada em recurso em sentido estrito pelo Tribunal Paulista, que de certo modo, impediu a análise dessa circunstância subjetiva pela Corte cidadã, diante da necessidade de incursão no acervo fático-probatório.

Seguindo este entendimento, em momento diverso, já decidiu a Corte Superior que *"Verificar, in casu, a existência ou não da vontade livre e consciente de matar, traduzida no animus necandi (dolo direto ou eventual), demandaria o exame do material fático-probatório colhido durante a instrução criminal"* [9].

Deste modo, ao interpretar as decisões do STJ anteriormente destacadas, conclui-se, em um primeiro momento, pela impossibilidade de análise do elemento subjetivo (dolo direto, dolo eventual ou culpa consciente) pela Corte da cidadania, pois tal feito demandaria a incursão no arcabouço fático-probatório, que se encerra com o julgamento dos recursos ordinários (apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes e revisão criminal) pelos Tribunais locais.

De outra banda, surge divergência de entendimento entre os julgados do próprio STJ, pois, perscrutar direito subjetivo em sede de reclamo excepcional (REsp), cuja a análise de fatos e provas é vedada (súmula 7/STJ), seria possível em caso de erro na valoração das provas quando incontroversas nos autos, conforme foi decidido no caso da Boate Kiss?

Consiga-se que em momento diverso, o ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do REsp nº 1.689/SC, analisou causa que versava sobre direito subjetivo em sede de recurso especial. Na ocasião, deu provimento ao recurso defensivo a fim de reformar acórdão do TJSC, para desclassificar a conduta da recorrente para crime culposos (artigo 302 do CTB).



Destacou em seu voto que "*A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual*" [11].

A doutrina processual, ao parafrasear Rodolfo de Camargo Mancuso mais uma vez reafirma que o recurso especial "não se presta para o reexame de fato, que ou foi ou poderia ser dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam a subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário ou o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias" [10].

Desta forma, especificamente no caso da Boate Kiss, nos termos da jurisprudência do STJ, percebe-se que o recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul não deveria ter sido conhecido em razão do óbice da súmula 7/STJ, haja vista a impossibilidade de análise de elemento subjetivo (dolo direto, dolo eventual e culpa consciente), cuja competência se esgotou na instância de origem com o julgamento dos embargos infringentes.

Nesse caso específico, sem querer o autor atribuir opinião pessoal acerca do julgamento recursal da Corte Superior, tem-se a seguinte dúvida: Se no julgamento dos embargos infringentes o TJRS aferisse a existência de dolo eventual dos agentes, demandando possibilidade de interposição de reclamo especial por parte da defesa, haveria conhecimento da interposição e conseqüentemente análise meritória da causa?

De outra banda, tem-se a invocação jurisprudencial do erro na valoração da prova ou erro na aplicação da matéria jurídica, que em linhas gerais, possibilita o conhecimento do recurso especial, bem como a análise meritória da interposição recursal no STJ, conforme ocorreu no caso da Boate Kiss.

Portanto, diante desta discussão, conclui-se pela dificuldade de se traçar fronteiras entre o que é matéria de fato e o que é matéria de direito e, tal situação acaba por fomentar cada vez mais a divergência da jurisprudência na Corte cidadã, em específico, no que diz respeito a (im) possibilidade de análise dos elementos subjetivos do tipo penal, seja o dolo direto, dolo indireto ou a culpa consciente em sede de recurso especial.

### **Referências:**

[1] Mossin, Heráclito Antônio. Mossin, Júlio Cesar O.G. *Recurso Extraordinário e Especial. Aspectos Constitucionais e Sumulares*. Leme (SP). Ed. JHMizuno, 2018, p. 42.

[2] (artigo doutr. na coletânea de Recursos no STJ, Ed. Saraiva, 1991, pág. 155).

[3] Filho, Vicente Greco. Manual de processo penal. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 383.

[4] (AgInt no AREsp 661.530/DF, relator ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 24/10/2019).

[5] (REsp 1790039/RS, relator ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 02/08/2019).

[6] (REsp 1790039/RS, relator ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 02/08/2019).



- 
- [7] (REsp 1790039/RS, relator ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 02/08/2019).
- [8] (HC 199.100/SP, relator ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 29/08/2011).
- [9] (HC 26.902/SP, relatora ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18-12-2003, DJe 16-2-2004).
- [10] Mossin, Heráclito Antônio. Mossin, Júlio Cesar O.G. *Recurso Extraordinário e Especial. Aspectos Constitucionais e Sumulares*. Leme (SP). Ed. JHMizuno, 2018, p. 101.
- [11] (REsp 1689173/SC, relator ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 26/03/2018).