



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000495110

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0832268-64.2013.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ALEX KOZLOFF SIWEK.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso ministerial e, em consequência, declararam competente o Juízo da 25ª Vara Criminal da Capital para apreciar e julgar o caso, com determinação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BRENO GUIMARÃES (Presidente), PAULO ROSSI E VICO MAÑAS.

São Paulo, 21 de agosto de 2013.

Breno Guimarães
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 24.460

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0832268-64.2013.8.26.0052

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

RECORRIDO: ALEX KOZLOFF SIWEK

Trata-se de recurso em sentido estrito, tirado em face da r. decisão de fls. 192/195, na qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo-SP, Dr. Alberto Anderson Filho, entendendo ser o Tribunal do Júri incompetente para apreciar e julgar o caso, ao argumento de ser inadmissível o crime de tentativa de homicídio sob a forma de dolo eventual, determinou o retorno dos autos ao Departamento de Inquéritos Policiais – DIPO, a fim de que sejam redistribuídos a uma das Varas Criminais da Capital.

Inconformados, recorrem os representantes do Ministério Público e, nos termos das razões recursais de fls. 02/17, postulam a reforma da decisão, requerendo seja declarada a competência do Tribunal do Júri.

Recurso regularmente processado, com resposta (fls. 201/212) e despacho de manutenção da decisão recorrida (fls. 213), subiram os autos a esta Eg. Corte, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu provimento (fls. 220/227).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No caso vertente, **ALEX KOZLOFF SIWEK**, ora recorrido, foi preso em flagrante delito, porque, no dia 10 de março de 2013, por volta das 05:45 horas, na Avenida Paulista, nesta Cidade e Comarca da Capital, conduzindo o automóvel marca Honda, modelo Fit, placas DAS-1543/SP, supostamente em estado de embriaguez e ziguezagueando pela pista, adentrou na faixa esquerda da aludida via pública, que estava cercada por cones e reservada aos ciclistas, onde atropelou a vítima Davi Santos Souza, ocasionando-lhe ferimentos. Consta, ainda, que logo após o acidente, o indiciado empreendeu fuga do local sem prestar imediato socorro à vítima e que, momentos depois, dispensou o braço dela em um córrego situado na Avenida Ricardo Jafet.

Manifestando-se sobre a regularidade formal da prisão, o Ministério Público afirmou que se tratava do crime de tentativa de homicídio, requerendo, assim, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, com fundamento no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 154/156).

Logo após, a defesa constituída do indiciado requereu a concessão da liberdade provisória (fls. 158/159), ocasião em que a Dra. Promotora de Justiça oficiante reiterou a manifestação anterior, opinando pelo indeferimento do pedido (fls. 188).

Conclusos os autos ao Juízo da 1ª Vara do Júri, foi proferida a r. decisão vergastada (fls. 192/195), cumprindo aqui transcrevê-la em parte:

“O indiciado ALEX KOZLOFF SIWEK, foi autuado em flagrante delito por infração aos artigos 121 caput, c/c 14, II, ambos do Código Penal, bem como por infração aos artigos 305, 306 e 312 do Código de Trânsito Brasileiro.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

No caso em tela, já de pronto se verifica que o Tribunal do Júri não é competente para apreciar e julgar o caso.

Com efeito, a Autoridade Policial, assim como a Promotora de Justiça que se manifestou nos autos, embora não façam menção expressa, deixam claro que o caso não é de dolo direto, ou seja, que o indiciado tenha, deliberadamente, atropelado a vítima com seu veículo, pretendendo matá-la.

Em sua manifestação de fls. 60 a Promotora de Justiça consigna: “Segundo se depreende dos autos, ALEX conduzia seu veículo Honda Fit, de forma tresloucada, sob a influência de álcool, em alta velocidade e fazendo ziguezague pela pista, inclusive, conduzindo pela pista destinada à ciclovia, momento em que atropelou a vítima Davi Santos Souza, que se dirigia ao trabalho em sua bicicleta. Com o impacto do veículo a vítima teve o braço decepado. ALEX, por sua vez, sem demonstrar o mínimo sentimento de piedade, compaixão e humanidade, evadiu-se do local, sem prestar socorro, deixando a vítima largada na via pública”.

Considerasse o crime doloso, na modalidade do dolo direto, obviamente não teria utilizado as expressões que utilizou, a princípio características da culpa e não do dolo direto. Muito menos tanto a Autoridade Policial quanto a Promotora de Justiça, fariam em omissão de socorro do Código de Trânsito Brasileiro, pois, esta, à evidência é reservada para os casos de acidente de trânsito com culpa.

Quem age com dolo direto, ou seja, quer o resultado, não é obrigado a prestar socorro, ou seja, não pode ser punido por não ter prestado socorro para a vítima.

Portanto a única conclusão a que se pode chegar é que, para a Autoridade Policial e para a Promotora de Justiça o indiciado agiu com dolo eventual, ou seja, assumindo o risco de produzir um resultado.

É justamente por isso que a competência do Tribunal do Júri deve ser de plano afastada, pois, se o caso fosse de homicídio consumado, seria perfeitamente possível o dolo eventual.

Mas, o dolo eventual é incompatível com a tentativa.

(...)

Se não há resultado morte, como no caso em exame, impossível falar em homicídio tentado pelo dolo eventual.

O resultado foi lesão corporal e se o indiciado agiu com dolo eventual, por lesão corporal consumada ou outro delito cuja descrição e capitulação caberá ao Ministério Público, ele deve responder.

E como o Tribunal do Júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, bem como porque não se pode admitir o dolo eventual na forma tentada, os autos devem ser, imediatamente, remetidos ao DIPO para redistribuição a uma das Varas Criminais da Comarca, cujo juiz singular é competente para apreciar e julgar o caso”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Daí, sustentam os Promotores de Justiça subscritores do recurso, preliminarmente, que o magistrado fez análise do mérito do inquérito policial em momento inoportuno, antes mesmo da tipificação legal a ser dada pelo titular da ação penal, asseverando que não poderia fazê-lo quando da apreciação da regularidade da prisão em flagrante.

Vejamos.

De fato, não há como negar que houve uma certa precipitação do magistrado em declinar sua competência, pois poderia aguardar o momento mais adequado para tanto, vale dizer, por ocasião do recebimento da denúncia, quando então formada a “opinio delicti”.

Se assim agisse, talvez não tivesse havido tanto tumulto processual, com a redistribuição do feito ao Juízo da 25ª Vara Criminal da Capital, a quem coube analisar a regularidade da prisão, a situação prisional do indiciado e o pedido de liberdade provisória, obrigando esse Juízo suscitar conflito negativo de jurisdição (Processo nº 0065729-22.2013.8.26.0000), o qual não foi conhecido pela Eg. Câmara Especial deste Tribunal, em razão da interposição do presente recurso em sentido estrito, que, por sua vez, originou a impetração de mandado de segurança almejando efeito suspensivo, denegado por esta 12ª Colenda Câmara Criminal em 29 de maio do corrente ano (Processo nº 0049626-37.2013.8.26.0000).

Todavia, ao adiantar sua posição naquele primeiro momento, não se vislumbra que o MM. Juiz da Vara do Júri tenha cometido qualquer abuso ou ilegalidade, nem tampouco que tenha feito análise indevida do mérito da causa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isso porque a inicial acusatória foi oferecida, posteriormente, com a mesma imputação, ou seja, o increpado acabou sendo denunciado **“como incurso no artigo 121, § 2º, inciso III (nos termos do artigo 18, inciso I, segunda parte), c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal”**. Logo, constata-se que o magistrado estava certo em sua intuição, já que o dolo eventual e a tentativa foram expressamente descritos na denúncia, de modo que a discussão sobre o momento em que a decisão foi proferida restou superada.

Ademais, tratando-se de competência em razão da matéria, ou seja, competência absoluta, cabe ao juiz reconhecer sua incompetência em qualquer fase do processo, devendo declará-la até mesmo de ofício (art. 109 do CPP).

Em assim sendo, passa-se a analisar os fundamentos jurídicos da r. decisão recorrida.

Ao declinar de sua competência, argumentando que o crime de homicídio tentado é incompatível com o dolo eventual, o douto magistrado da 1ª Vara do Júri alterou, indiretamente, a classificação jurídica dada ao fato pelo “dominus litis”.

Assim, emergem dos autos duas questões estritamente teóricas para o deslinde da causa, as quais independem de exame aprofundado das provas colhidas no inquérito policial. São elas: compatibilidade ou incompatibilidade da tentativa com o dolo eventual e a possibilidade ou impossibilidade do juiz corrigir e/ou alterar a classificação jurídica dada ao fato na denúncia pelo Ministério Público.

Sobre a primeira "quaestio juris", que, de longa data, vem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provocando acalorados debates entre os profissionais do direito, assim como o ilustre magistrado da 1ª Vara do Júri da Capital, filio-me aos que sustentam que há impossibilidade lógica de se admitir a compatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual, com todas as vênias aos partidários da tese contrária, que equiparam aquele com o dolo direto.

Ora, para a configuração do crime tentado, é necessária a vontade do agente em produzir o resultado lesivo, que não se consuma por circunstâncias alheias àquela mesma vontade (art. 14, inc. II, do CP). Tal elemento volitivo, ou seja, o querer produzir o fato descrito no tipo penal, não se encontra presente no dolo eventual, pois nele há apenas a anuência de que determinado resultado possa ocorrer. Em outros termos, no dolo eventual o agente prevê o resultado como possível ou provável, mas não se importa com a sua ocorrência, aceitando-o. Não há, portanto, a real vontade de produzir o resultado, o que o torna incompatível com o conceito de tentativa inculcado no Código Penal.

Em linguagem simples e direta, não há nenhuma lógica em tentar fazer algo que não se quer com consciência e vontade.

A respeito do tema, precisa é a doutrina do Procurador de Justiça mineiro ROGÉRIO GRECO, pontificando que *"a própria definição legal do conceito de tentativa nos impede de reconhecê-la nos casos em que o agente atua com dolo eventual. Quando o Código Penal, em seu art. 14, II, diz ser o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, nos está a induzir, mediante a palavra vontade, que a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção de um resultado,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e não nas hipóteses em que somente assuma o risco de produzi-lo, nos termos propostos pela teoria do assentimento. O art. 14, II, do Código Penal adotou, portanto, para fins do reconhecimento do dolo, tão somente, a teoria da vontade" (in "Código Penal Comentado", Editora Impetus, 4ª Edição, 2010, p. 44).

Também é esse o entendimento do ilustre Professor e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, quando diz: *"De outra parte, é incompatível a figura da tentativa com o dolo eventual. Como não há vontade diretamente dirigida à produção do resultado, assumindo o agente apenas a possibilidade do dano ao bem jurídico penalmente tutelado, inconcusso é que ou nada se produz sequer havendo que se cogitar da forma tentada, ou se produz alguma coisa de relevância criminosa, ainda que 'menor' à prevista, e por ela deve o sujeito ativo, sob a forma consumada, ser responsabilizado criminalmente" (in "Direito Penal", Parte Geral - doutrina e jurisprudência, Volume 1, Editora Método, 4ª Edição, 2008, p. 452/454).*

Defendendo nossa posição há muito tempo, ainda temos o magistério do festejado JULIO FABBRINI MIRABETE, o qual leciona que *"há hipóteses evidentes de impossibilidade da tentativa com dolo eventual nos crimes de homicídio e de lesões, pois quem põe em perigo a integridade corporal de alguém voluntariamente, sem desejar causar a lesão, pratica fato típico especial (art. 132); quem põe em risco a vida de alguém, causando-lhe lesão e não querendo sua morte, pratica o crime de lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, II). Deve-se entender que, diante do texto legal, se punirá pelo crime menos grave quando o agente "assume o risco" de um resultado de lesão ou morte, respectivamente, que ao final não*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vem a ocorrer" (in "Manual de Direito Penal", Parte Geral, Editora Atlas, 7ª, Edição, 1993, p. 152/153).

Por fim, ainda temos o escólio doutrinário de ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, para os quais é impossível a cogitação de tentativa de crime em hipóteses em que se imputa dolo eventual. (in "Código Penal Comentado", Editora Saraiva, 8ª Edição, 2010/2011, p. 138/139).

Na esteira desse posicionamento, a jurisprudência pátria também vem se manifestando sobre impossibilidade de se admitir a tentativa no dolo eventual, especialmente em casos de acidente de trânsito.

Nesse sentido:

*"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITOS COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. HOMICÍDIO TENTADO COM DOLO EVENTUAL E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO CONTRA A VIDA PARA OUTRO DE COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR. **IMPOSSIBILIDADE LÓGICA DE ADMITIR-SE A TENTATIVA NO DOLO EVENTUAL.** PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. Recurso improvido". (Recurso em Sentido Estrito nº 70034503961, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 31/03/2010). Destacamos.*

"PRONÚNCIA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DELITO DE CIRCULAÇÃO NO TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. PROVA. A submissão de quem se envolve em delito de circulação de veículos no trânsito ao julgamento popular, através de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*imputação de dolo eventual, exige a presença de circunstâncias excepcionais, bem determinadas, visto que a regra, em casos do gênero, é a culpa. Circunstâncias não presentes na espécie. **Dificuldade, outrossim, de conciliar conceitos de crime tentado, cujo resultado só não se obtém por circunstâncias alheias à vontade do agente, com o dolo eventual, onde não há essa vontade de obtenção do resultado lesivo.** Recurso provido para a desclassificação da infração". (Recurso em Sentido Estrito nº 70001042415, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 31/08/2000). Destacamos.*

Portanto, sob esse prisma a decisão hostilizada não merece censura, porque está de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência sobre o tema. Assim, sem levar em consideração as circunstâncias em que ocorreu o caso concreto, em nosso sentir decidiu com acerto o magistrado titular da Vara do Júri, ao declinar sua competência com base na incompatibilidade entre tentativa de homicídio e dolo eventual.

Cabe analisar, agora, a segunda “quaestio juris”, já que, indiretamente, a r. decisão combatida deu nova classificação jurídica ao fato delituoso descrito na denúncia.

Ao discorrer sobre os requisitos da denúncia, ensinava-nos JULIO FABBRINI MIRABETE, com sua clareza peculiar, em seu didático manual processualístico, que: “*É necessário também que se indique o dispositivo legal que contém o tipo penal relativo ao fato concreto, ou seja, que dê o Ministério Público a “classificação do crime”.* Não basta que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*denúncia contenha o **nomem juris** do delito, eis que há, por vezes, delitos com a mesma denominação na legislação penal comum e na lei especial. (...)*

*Não tem o juiz poderes para alterar a classificação do crime; só o **dominus litis** o pode fazer”* (in “Processo Penal”, Editora Atlas, 4º Edição, 1995, p. 129).

Contudo, nos dias de hoje, em que muito se fala em “juiz de garantias” ou “juiz garante”, que não se limita a ser simples destinatário mediato do inquérito policial ou recebedor automático e burocrático de denúncias ou queixas-crime, temos que a parte final do clássico magistério parece estar defasada, uma vez que alguns operadores do direito, com os quais concordamos, criticam ou contestam o mito da intangibilidade da denúncia.

Nesse sentido, o Advogado ANTONIO SÉRGIO ALTIERI DE MORAES PITOMBO escreveu interessante e recente artigo doutrinário intitulado “Justiça tem de levar a sério o recebimento da denúncia”, publicado no portal “Consultor Jurídico” em 07 de fevereiro de 2013, donde se extraí sua construtiva crítica ao sistema tradicional. Diz ele que:

“Aqui e ali, ouve-se que tribunais estão abarrotados de Habeas Corpus e recursos. Logo não se consegue entender o porquê de manter a burocracia no juízo de admissibilidade da acusação, quando deveria ser política judicial o controle ab initio da legitimidade das acusações públicas, por meio de rejeições, ou de determinações de emenda à inicial.

Quem não se encanta com o discurso embasado nos direitos individuais do imputado, pode, ao menos, sucumbir ao pragmatismo de impedir, logo de plano, a continuidade de processos criminais nos quais a denúncia mostra-se imperfeita na forma, ou no conteúdo.

O efetivo controle judicial das acusações públicas implica em menos processos criminais, menos réus, menos trabalho para as cortes, mesmo que alguns teimosos recorram para ver os erros reafirmados em segundo grau de jurisdição. Pode ocasionar aprimoramento da qualidade técnica das denúncias e maior cuidado dos integrantes do Ministério



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Público, antes da propositura das ações penais". (consultado no sítio <http://www.conjur.com.br>).

Mas é sob a rubrica de “controle jurisdicional da denúncia” ou “possibilidade de “emendatio libeli” na denúncia” ou, ainda, “correção da capitulação jurídica da denúncia”, que muitos juristas tecem comentários a respeito do tema ora em exame, merecendo destaque aqueles que o fizeram a partir da recente reforma do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.719/2008.

Acerca do assunto, disserta com propriedade RENATO MARCÃO, o qual, após afirmar que em regra não é cabível a desclassificação da conduta por ocasião do despacho de recebimento da inicial acusatória, pois a oportunidade para tal desclassificação é por ocasião da sentença, a teor do disposto nos artigos 383 e 384 do CPP, pondera que tal regra atende a generalidade dos casos, **mas não a todos**. Extraí-se do artigo doutrinário do membro do Ministério Público paulista o seguinte trecho:

“A instauração de ação penal, por si, é suficiente para gerar depreciação moral; para acarretar baixa no conceito social do acusado; para causar repercussões negativas em seu ambiente de trabalho e danos na harmonia familiar, além de queda na auto-estima e outros dramas psicológicos.

Diante de tais repercussões, que são graves, se houver descompasso entre a prova apresentada com a denúncia ou queixa-crime e a conclusão do autor da ação penal, exposta no requisitório inicial, a intervenção judicial visando ajustar os limites da acusação, já no primeiro despacho, será de rigor.

A imputação não pode afastar-se do conteúdo probatório que lhe serve de suporte.

Para ser viável e comportar recebimento a denúncia (e também a queixa-crime) deve estar formalmente em ordem (arts. 41 e 43 do CPP) e substancialmente autorizada. Deve haver correlação entre os fatos apurados e a imputação, não sendo razoável imaginar que ao juiz caberia apenas o papel de fiscalizador dos aspectos formais do pedido de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instauração da ação penal.

Sendo cabível e recomendada a rejeição total da denúncia ou queixa quando faltar “justa causa” para a ação penal, também deverá ocorrer rejeição parcial da acusação inicial quando evidente o descompasso entre a prova apresentada e a adequação jurídica procedida pelo acusador.

(...)

O processo não tem espaço para criações intelectuais que acarretam excesso acusatório.

O “poder de acusar” não é ilimitado, e bem por isso deve sofrer restrições jurídicas quando as restrições do bom senso e do bom uso não tiverem sido suficientes”. (in “Controle Jurisdicional da Denúncia”, consultado no site <http://www.conamp.org.br>).

No sentido do exposto, o autor cita os seguintes julgados:

“O oferecimento da denúncia pelo Ministério Público submete-se, após a sua formalização, a estrito controle jurisdicional. Essa atividade processual do Poder Judiciário exercida liminarmente no âmbito do Processo Penal condenatório, objetiva, em essência, a própria tutela da intangibilidade do status libertatis do imputado”. (STF, RHC 68.926–MG, 1ª T., v.u., Rel. Min. Celso Mello, DJU de 28-8-1992, p. 13.453).

“O juiz não está absolutamente impedido de fazer, no recebimento da denúncia, exame superficial de imputação. Se verificado abuso completo do poder de denunciar ou ‘excesso de capitulação’, poderá proferir a rejeição total da peça acusatória ou proceder alguma correção. Desta forma, se a denúncia é aproveitável, embora com excesso de capitulação, porque descreve, na verdade, outra modalidade delitiva com reflexos imediatos no status libertatis, é realizável a correção com o recebimento da opinio delicti”. (STJ, RHC 12.627-RJ, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, RT 787/564).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em abono, confira-se ainda os seguintes precedentes:

“Se se tem, na denúncia, simples erro de direito na tipificação da imputação de fato idoneamente formulada é possível ao juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afastar de logo as conseqüências processuais ou procedimentais decorrentes do equívoco e prejudiciais ao acusado”.

“Na mesma hipótese de erro de direito na classificação do fato descrito na denúncia, é possível, de logo, proceder-se a desclassificação e receber a denúncia com a tipificação adequada à imputação fática veiculada, se, por exemplo, da qualificação jurídica do fato imputado depender a fixação da competência ou a eleição do procedimento a seguir”. (STF – 1ª Turma, HC nº 84.653-0/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02/08/2005).

“Não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade, acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem gravidades completamente diversas, com reflexos jurídicos imediatos na defesa no acusado. Nessas hipóteses, é patente o abuso na acusação”. (STJ – APN nº 290 – Rel. Min. Felix Fischer – j. em 16/03/2005).

“Com o recebimento da denúncia, não pode o juiz, desde logo e em regra, dar nova definição jurídica ao fato, pois apenas o dominus litis tem poderes para indicar a classificação do delito ao oferecer a peça acusatória. Somente se admite nova e judiciária classificação, fora das etapas processuais e previstas nos arts. 383 e 384 do CPP,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na hipótese em que patentemente errônea e exasperante aquela apontada". (TACRIM-SP – 11ª Câmara – HC nº 451.440/3 – Rel. Ricardo Dip – j. 20.10.2003 – v.u. – Rolo/flash 2.020/514).

Entendendo ser possível a correção da capitulação jurídica da denúncia, trazemos à colação o trabalho do Defensor Público Federal SÉRGIO MURILO FONSECA MARQUES CASTRO, citando casos em que a imputação possui indelével relevância no plano processual, tais como: **definição da competência jurisdicional de juízo** (de uma Vara do Juizado Especial Criminal, ou de uma Vara Especializada ou, ainda, de uma Vara Criminal Comum); e definição do rito adequado, se comum sumário ou ordinário, ou mesmo especial (tal qual o rito do Júri Popular, nos crimes dolosos contra a vida), entre outros.

Aduz o defensor público que, *“em épocas em que nosso ordenamento processual penal não dispunha de um permissivo legal como o previsto hoje no artigo 397 do Codex, talvez aquele entendimento tradicional, da forma rígida como manifestado, encontraria algum ponto de apoio (a ausência de uma permissão legal para o magistrado realizar um juízo liminar acerca dos pressupostos mínimos de processibilidade da ação penal). Entretanto, em face da novel legislação, fruto da alteração promovida pela Lei 11.719/2008, a autorizar ao magistrado um julgamento antecipado e prelibatório da pretensão acusatória — o qual pode até mesmo absolver sumariamente o acusado de uma imputação manifestamente improcedente — não há mais óbice a que o mesmo magistrado, ao invés de absolver sumariamente o acusado, entenda por corrigir a classificação legal*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contida na denúncia ou queixa-crime, apontando o tipo ou tipos penais adequados ao fato supostamente delituoso ou contravençional deduzido em juízo (pois quem pode o mais, pode o menos)'. (in “Juiz pode corrigir a classificação jurídica da denúncia”, publicado no portal “Consultor Jurídico” em 29 de outubro de 2011).

E o referido autor enumera as razões que autorizam a atuação antecipada do magistrado no processo, a seguir elencadas:

a) o princípio da economia processual orienta seja evitada toda uma instrução processual inexoravelmente fadada a um desfecho que poderia ter sido obtido desde o início da ação penal;

b) conforme demonstrado, se hoje o magistrado pode, inclusive, absolver sumariamente o acusado, dentro das hipóteses do artigo 397 e incisos do Codex, é inarredável a conclusão de que ele também pode, ao invés de proceder à absolvição sumária, vir a corrigir a classificação jurídica apontada na denúncia ou queixa, com todos os consectários processuais e penais daí resultantes, pois quem pode o mais, pode o menos;

c) mormente quando a classificação legal errônea importar em vedação a benefícios processuais e materiais do acusado, que se não fossem estes excessos ou impropriedades acusatórias, poderiam ser desde logo usufruídos por aquele, extinguindo-se ou suspendendo a ação penal.

Na mesma linha de raciocínio, merece lembrança o estudo do Juiz de Direito e Professor EULER PAULA DE MOURA JANSEN, que conclui sobre a possibilidade, ou mesmo necessidade, do magistrado fazer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a redefinição judicial prévia da classificação dos fatos narrados na denúncia ou queixa-crime.

Menciona esse magistrado paraibano que *“uma redefinição judicial prévia na classificação dos fatos narrados na denúncia ou queixa não implica prejulgamento, pois sequer necessita de análise probatória. É, a exemplo da emendatio libelli, procedida in abstracto, um simples juízo de subsunção dos fatos descritos pela acusação ao ordenamento jurídico penal. Assim, por não haver antecipação de decisão final, perde sustentação um dos dois motivos esboçados pela jurisprudência e doutrina para sua rejeição. O outro motivo apontado para a rejeição é a falta de previsão legal. Mas, nesse caso, o remédio é a possibilidade de analogia com o próprio instituto da emendatio libelli. A analogia é aceita explicitamente pelo Direito Processual Penal (art. 3º do CPP). Tendo o instituto proposto a mesma ratio legis e os mesmos efeitos, é correta a sua utilização”*. (in “Emendatio libelli” e a redefinição judicial prévia da classificação dos fatos da denúncia ou queixa. Jus navigandi, Teresina, [ano 14, n. 2280, 28 set. 2009](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13569>>. Acesso em: 10 de junho de 2013).

Como se não bastasse, ainda temos o escólio doutrinário atualizado do Professor AURY LOPES JUNIOR, que se encaixa como uma luva ao tema em exame e ao caso concreto, porquanto identifica com perspicácia uma odiosa tendência institucional, a qual, ao que tudo indica, foi adotada pelo “Parquet” no presente processo. Leciona esse mestre que:

“A maioria da doutrina (mas está mudando) costuma passar ao largo dessa discussão para, sem muita análise, afastar a incidência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

art. 383 sob o argumento de que tal correção da tipificação por parte do juiz somente pode ocorrer no momento da sentença.

Mas, se olharmos com mais atenção, podemos argumentar que uma correção a priori (...) da imputação colocaria em risco a imparcialidade do julgador, na medida em que estaria fazendo um “pré-juízo” (com conseqüente prejuízo) do caso penal e, ainda, afastando a eficácia da presunção de inocência. Com isso, estamos de acordo.

Contudo, há que se considerar que atualmente existe muito abuso do poder de acusar. Desconsiderar isso é uma ingenuidade. Numa dimensão patológica, é cada vez mais comum vermos nos fóruns acusações visivelmente abusivas, com clara intenção de estigmatizar.

Muitas vezes, fazem verdadeiras manobras de ilusionismo jurídico para, por exemplo, denunciar por homicídio doloso (dolo eventual), qualificado (recurso que impossibilitou a defesa da vítima?!), o condutor de um automóvel que dirigia em velocidade excessiva ou estava embriagado, por exemplo.

Elementar que estamos diante de um crime grave, mas jamais – nem por mágica acusatória – podemos transformar um homicídio culposo (culpa grave, consciente até se quiserem) em doloso e qualificado! Esse absurdo serve para quê(m)? Para criar o rótulo de crime hediondo, com toda a carga que isso representa. Sem falar no que representa o deslocamento de competência para o Tribunal do Júri, com o imenso risco que representa e constitui essa forma de administração da (in)justiça.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

Pensamos que em situações assim, superada a mofada construção de que o réu se defende apenas dos fatos, como se isso fosse possível, o juiz poderia rejeitar a denúncia, conforme o caso. Se ele pode o mais, que é rejeitar integralmente, porque não poderia o menos, que é uma rejeição parcial?

(...)

Em suma, em que pese os argumentos expostos no início, contrários à aplicação do art. 383 do CPP quando do recebimento da denúncia, pensamos que nos casos e pelos argumentos anteriormente expostos há que se admitir tão excepcional medida, diante do custo maior de admitir-se uma acusação claramente abusiva”. Destacamos. (in “Direito Processual Penal”, Editora Saraiva, 10ª Edição, 2013, p. 426-427).

A esta altura do voto, diante de tudo o que foi acima escrito, podemos concluir que a denúncia oferecida no processo originário não contém somente um erro de direito (inadmissibilidade da tentativa de homicídio com dolo eventual).

Com renovada vênia, salta aos olhos que a peça inaugural veicula uma capitulação que extrapola o bom senso jurídico e a razoabilidade, porquanto nega vigência ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), ao indicar uma classificação jurídica dos fatos diversa e mais gravosa do que o caso sugere, fazendo, com isso, tábula rasa acerca da difícilíssima diferenciação entre o dolo eventual (onde o risco é assumido como possível) e a culpa consciente (onde o risco é desconsiderado), como se tal questão fosse meramente opinativa e não demandasse extrema



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ponderação e cautela.

Ora, cediço que em tema de acidentes de trânsito, como inexoravelmente o caso deve ser tratado, a regra é a ocorrência de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), sendo o dolo (direto ou eventual) aceito em situações excepcionalíssimas. Logo, não se pode transformar, sob nenhum pretexto, a legislação especial em simples apêndice do Código Penal, ou seja, não se pode tomar a exceção como regra, sob pena de ofensa ao princípio da especialidade ou até mesmo ao princípio da legalidade.

Assim, embora não se possa realizar, neste recurso, uma análise profunda dos elementos informativos constantes no inquérito policial, mormente para não usurpar a atribuição ministerial e substituir-se, indevidamente, na função do juiz de primeiro grau, convém fazer alguns comentários sobre a opção do órgão acusatório pelo dolo eventual.

Decerto, a representante do Ministério Público se valeu das circunstâncias do caso concreto para, em sua concepção, supor que o increpado, com sua irresponsável conduta, para dizer o mínimo, assumiu o risco de produzir o resultado morte, já que o dolo eventual, em casos desse jaez, é impossível de ser extraído da mente do autor (a menos que ele confesse).

Todavia, em uma leitura perfunctória dos depoimentos colhidos no inquérito policial, constata-se uma nociva carga de subjetividade em alguns deles, especialmente acerca das circunstâncias fundamentais do fato delituoso, tais como velocidade excessiva, direção perigosa e sob a influência de álcool por parte do condutor do veículo, o que torna tais elementos de convicção inseguros e controversos para se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concluir, com diminuta margem de erro, pela existência do dolo eventual no limiar do processo.

Isso sem contar que a prova técnica também contém algumas falhas, já que duvidosa a respeito da embriaguez do indiciado, o qual, ademais, exerceu seu direito constitucional ao silêncio ao ser interrogado pela Autoridade Policial, tudo a dificultar (senão impossibilitar) a caracterização do dolo eventual como o elemento subjetivo do injusto de forma segura, autorizando, portanto, a conclusão de que a “opinio delicti” se mostra um tanto quanto temerária.

Não é por outra razão que o insigne GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em artigo doutrinário perquirindo sobre o elemento subjetivo do condutor que participa do famigerado “racha” ou que imprime velocidade excessiva na direção de veículo automotor – situações análogas ao caso em exame –, pontifica que **“o jogo de adivinhação, que se cria nos autos do processo, lidando com provas inseguras, para apontar o dolo eventual ou a culpa consciente, precisa findar. Em homenagem à legalidade e à segurança jurídica, não mais se pode caminhar nesse campo minado, envolvendo palpites e achismos”**. E acrescenta que o terreno mais fértil para esse debate são as ocorrências de acidentes de trânsito, quando surge, automaticamente, a indagação se o mesmo foi cometido com dolo eventual ou culpa consciente.

Pela pertinência e correlação com o caso “sub judice”, transcreve-se da obra do referido autor o seguinte trecho:

“Por certo, caminhou-se à conclusão de que, nessas situações, tende a prevalecer o dolo eventual, em virtude das inúmeras campanhas para um trânsito seguro e responsável, bem como apontando para os vários



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

perigos de se dirigir em alta velocidade ou embriagado. A partir dessa premissa, deduz-se que o condutor, desprezando tais postulados de segurança, estaria assumindo riscos fatais. Logo, agiria com dolo eventual.

Em absoluta imparcialidade, nem sempre isso se dá. Muitos motoristas, crenes na sua habilidade extraordinária, crêem, sinceramente, poder controlar seus veículos, em situações extremadas, como ocorre no racha ou em qualquer outra hipótese de velocidade excessiva. Por outro lado, por mais que campanhas digam o contrário, há quem dirija em segurança, mesmo alcoolizado, enquanto pessoas que não bebem continuam a prejudicar, gravemente, a segurança viária. Tudo é relativo e não pode ser padronizado.

Assim sendo, cremos não ser possível estabelecer, de antemão, haver dolo eventual em qualquer tipo de racha ou em todas as situações de velocidade excessiva, mormente quando associada à embriaguez ao volante. Há casos em que prevalece a culpa consciente, esperando, sinceramente, o agente que o resultado fatal, não desejado, não ocorra. Ele confia em sua capacidade de evitar o mal maior, embora não consiga.

Atualmente, vários julgados terminam por concluir pelo dolo eventual, diante das circunstâncias do caso, mas sem prova real do que se passou na mente do agente. Pode haver erro judiciário, condenando-se quem agiu com culpa à pena do crime doloso. Destacamos. (in “Tratado Jurisprudencial e Doutrinário – Direito Penal” Volume II, Parte Especial e Legislação Penal Especial, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1238/1239).

Destarte, o aludido jurista propõe alteração legislativa para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que seja abolida a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, lançando essa última para o campo do dolo, mas com pena atenuada, advertindo, ainda, que, *“em homenagem à presunção de inocência e o princípio da prevalência do interesse do réu, somente se deve decidir pelo dolo eventual quando as provas estiverem, todas, seguras nesse sentido. A sombra de dúvida remete o caso ao campo da culpa consciente”* (Ob. cit., p. 1240).

Aliás, o mesmo GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em outro escrito defendendo uma nova abordagem sobre dolo e a culpa, observa que a união, no mesmo contexto, do dolo eventual com a culpa consciente, poderia sanar os problemas relativos à configuração da tentativa, controversa, como visto, no campo do dolo eventual. Portanto, se houvesse a unificação dos conceitos, a tentativa tornar-se-ia admissível sem tantos problemas, conclui o autor. (cf. “Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais”, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 229 – nota 135).

Em assim sendo, entendemos que, enquanto o Código de Trânsito não disser expressamente que quem dirige sob a influência de álcool ou drogas, com velocidade excessiva ou insiste em praticar “racha”, assume o risco de matar ou lesionar alguém (dolo eventual), ou então que não haja mais distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, como acima preconizado, situações como a do presente caso, cuja gravidade é indiscutível, continuarão sujeitas a interpretações enviesadas e a infundáveis discussões teóricas, as quais só contribuem para perpetuar um indesejado estado de insegurança jurídica.

Por tais razões, defendemos que seja adotada a solução mais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

favorável ao indiciado, em homenagem aos postulados da presunção de inocência e do “in dubio pro reo”.

Por fim, apesar de estar estribada em outros fundamentos, oportuno consignar que a 1ª Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, no dia 06 de setembro de 2011, concedeu “habeas corpus” a um motorista que, ao dirigir em estado de embriaguez, teria provocado a morte de vítima em acidente de trânsito. A decisão da turma desclassificou a conduta imputada ao acusado de homicídio doloso para homicídio culposo na direção de veículo, obrigando a recondução do crime do artigo 121 do Código Penal para o artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, com a consequente declaração da incompetência do Tribunal do Júri para seu julgamento.

Eis a ementa do julgado:

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influndo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do *due process of law*, é reformável pela via do *habeas corpus*.

2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.

3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

4. *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.

(...)

6. *A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990.*

(...)

8. *Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (STF – HC n. 107.801 \SP – Rel. Min. Luiz Fux).*

De mais a mais, é preciso consignar que a irresponsabilidade no trânsito não é um comportamento exclusivo dos motoristas que dirigem embriagados, porquanto é fato público e notório que existem muitos pedestres, ciclistas e motociclistas (reconhecidamente os mais vulneráveis), que colocam em risco a segurança viária, atuando, pois, com total ignorância ao princípio da confiança recíproca, segundo o qual os participantes das relações de trânsito têm o direito de esperar que os demais se atenham às regras e cautelas que a todos são exigidas.

Daí exsurge a frequência de tantos acidentes, fruto da incivildade ou falta de educação de todos os sujeitos das relações de trânsito.

E o nosso país, ao mesmo tempo em que almeja estar em destaque no cenário mundial, entre outras prioridades, também precisa assegurar aos seus cidadãos um trânsito em condições seguras (art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.503/97), porque, do contrário, continuará reinando um verdadeiro “vale tudo” nas ruas e avenidas das grandes cidades brasileiras, onde, tristemente, observa-se que ninguém respeita nada e ninguém respeita ninguém.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse aspecto, estamos de acordo com LUIZ FLÁVIO GOMES, para quem o buraco do trânsito no Brasil é muito mais profundo, não bastando para resolvê-lo políticas enganosamente repressivas e inócuas. Seria viável, no seu entender, uma política adotada pelos países europeus que vem dando certo, baseada na fórmula EEFPP, que significa: Educação, Engenharia (das estradas, das ruas e dos carros), Fiscalização, Primeiros Socorros e Punição (in “A solução não é ficar mexendo nas leis”, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, seção Tendências/Debates, em 29/12/2012, página A3, acessível em <http://www1.folha.uol.com.br/op...recer-a-lei-seca-funciona.shtml>).

E mais não é preciso ser dito.

Em conclusão, considerando corretos os fundamentos jurídicos da decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara do Júri, o recurso ministerial há de ser improvido. Por conseguinte, declara-se competente para apreciar e julgar o caso o Juízo da 25ª Vara Criminal Central da Capital, o qual, caso a denúncia não seja espontaneamente alterada pelo órgão acusatório, deverá corrigi-la no ato de seu recebimento e à luz desta decisão, por força de aplicação analógica do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso ministerial e, em consequência, declara-se competente o Juízo da 25ª Vara Criminal da Capital para apreciar e julgar o caso, com determinação.

BRENO GUIMARÃES
Relator

cs