

PROCESSO Nº 027/2.13.0000696-7

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO

RÉUS: ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR e OUTROS

ESPÉCIE: CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

JUIZ PROLATOR: ULYSSES FONSECA LOUZADA

DATA: 27 DE JULHO DE 2016

SENTENÇA

O HOMEM NÃO TEM NATUREZA, TEM HISTÓRIA, SENDO QUE O PASSADO, A EXPERIÊNCIA ANTERIOR, DESAGUA E FORMA O PRESENTE, POIS SOMOS HOJE A CONSEQUÊNCIA DO QUE JÁ HAVIAMOS SIDO.

(Ortega y Gasset)

Vistos e analisados

O órgão do Ministério Público provocou este Estado-Juiz com uma ação penal contra **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, GERSON DA ROSA PEREIRA, RENAN SEVERO BERLEZE, ELTON CRISTIANO URODA e VOLMIR ASTOR PANZER**, já qualificados nos autos, dando os acusados **ELISSANDRO SPOHR, MAURO HOFFMAN, MARCELO DOS SANTOS e LUCIANO LEÃO** como incurso 241 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, na forma dos arts. 14, inciso II, 29, *caput* e 70, primeira parte, todos do Código Penal; os acusados **RENAN BERLEZE e GERSON PEREIRA** como incurso nas sanções do art.

347, parágrafo único, c/c art. 29, *caput*, ambos do Código Penal e os acusados ELTON URODA e VOLMIR PANZER como incurso nas sanções do art. 342, §1º do Código Penal, segundo os fatos da exordial acusatória que passo a relatar:

FATO TÍPICO PREVALENTE

1. Homicídios consumados e tentados

“No dia 27 de janeiro de 2013, por volta das 03h15min, na Rua dos Andradas, nº 1925, Bairro Centro, em Santa Maria, nas dependências da boate Kiss, os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO, em conjunção de esforços e com ânimos divergentes, mataram as pessoas nominadas no ANEXO I, causando-lhes as lesões descritas nos respectivos autos de necropsia, os quais consignam morte por asfixia por inalação de gases tóxicos (monóxido de carbono e cianeto) e queimaduras.

Nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução descritas acima, os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO E LUCIANO deram início ao ato de matar as vítimas relacionadas no ANEXO I, o que não se consumou por circunstâncias alheias aos atos voluntários que praticaram, pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz.

Na ocasião, durante uma festa de universitários denominada “Agromerados”, houve a realização de um show da banda “Gurizada Fandanguera”, tendo todos os denunciados concorrido, conforme adiante descrito, para a utilização de um fogo de artifício identificado como “Chuva de Prata 6”, cujas centelhas entraram em contato com a espuma altamente inflamável que revestia parcialmente paredes e teto do estabelecimento, principalmente junto ao palco, desencadeando fogo e emissão de gases tóxicos, que foram inalados pelas vítimas, as quais não conseguiram sair do prédio a tempo em razão das péssimas condições de segurança e evacuação do local, acabando intoxicadas pela fumaça.

As vítimas foram surpreendidas pelo fogo em seu momento de diversão, sem saber que estavam dentro de um verdadeiro “labirinto”, pois a boate dispunha de uma única porta, não apresentava saída adequada ou sinalização de emergência, sendo que a disposição das paredes e das grades supostamente orientadoras de fluxo formaram “bretes” que inviabilizaram a evacuação, ficando as vítimas sem saber para onde fugir, muitas delas acabando por ingressar em um dos banheiros, de onde não puderam escapar, por confundi-lo com uma possível saída.

I) Individualização das condutas:

Os denunciados MAURO e ELISSANDRO concorreram 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 exposições 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 das 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.

Os denunciados LUCIANO e MARCELO concorreram para os crimes, pois mesmo conhecendo bem o local do fato, onde já haviam se apresentado, adquiriram e acionaram fogos de artifício identificados como “Sputinik” e “Chuva de Prata 6”, que sabiam se destinar a uso em ambientes externos, e direcionaram este último, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato, dando início à queima do revestimento inflamável e saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate; assim é que revelaram total indiferença com a segurança e a vida das pessoas, assumindo o risco de matá-las.

II) O dolo eventual:

Os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO, assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e

desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, a saber:

- a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o local, pois se destinava a uso externo;
- b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, além de conter madeira e cortinas de tecido, a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama;
- c) apesar dessas condições, o fogo de artifício foi acionado no palco, perto das cortinas e a poucos centímetros da espuma que revestia o teto;
- d) consoante imagens, testemunhas e somatório do número de vítimas, a boate estava superlotada, com número de pessoas bem superior à capacidade pericialmente apurada;
- e) a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada;
- f) a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas;
- g) a única saída disponível estava obstruída por obstáculos de metal do tipo guarda-corpo que restringiam significativamente a passagem;
- h) os funcionários da boate não tinham treinamento para situações de emergência;
- i) os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo, cumprindo ordem prévia e geral dos proprietários ora denunciados, em razão do não pagamento da despesa;
- j) os exaustores estavam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica, que acabou direcionando-se a saída, justamente onde as pessoas se aglomeraram para tentar deixar o prédio;

III) Qualificadoras:

Os crimes foram cometidos mediante meio cruel, haja vista o emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas.

Os crimes foram praticados por motivo torpe, ganância, pois ELISSANDRO e MAURO, além de economizarem com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investirem em segurança contra fogo, também lucraram com a superlotação do estabelecimento, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas; também por ganância, MARCELO e LUCIANO

adquiriram o fogo de artifício indicado para uso externo, por ser bem mais barato que o indicado para o uso em ambientes internos.

FATOS TÍPICOS CONEXOS

1. Fraude processual:

Entre os dias 27 e 29 de janeiro de 2013, em horário não apurado, por primeiro na Rua das Açucenas, nº 139, Bairro Patronato, residência e local de trabalho de Josy Maria Gaspar Enderle, depois na sede do 4º Comando Regional dos Bombeiros, na Rua Coronel Niederauer, nº 890, em Santa Maria, os denunciados GESON e RENAN, bombeiros, em comunhão de esforços e vontades, na pendência de processo administrativo, qual seja, o inquérito policial que apurava a tragédia na boate Kiss, inovaram artificialmente o estado de coisas, mais precisamente documentos, inovação destinada a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, com o fim de induzir a erro o Juiz, assim como os operadores do direito que atuariam na persecução penal.

Na primeira ocasião, em razão de entrevistas concedidas à imprensa pelo Comando dos Bombeiros com estimativa de que a capacidade da boate Kiss fosse em torno de 1000 pessoas, a engenheira Josy Maria Gaspar Enderly contactou com o denunciado RENAN, de quem tinha o número de telefone, e esclareceu a ele que, por ter feito projeto técnico de Plano de Prevenção Contra Incêndio (PPCI) para a boate Kiss na época próxima ao início do funcionamento e calculara que a capacidade seria de 691 pessoas; RENAN deslocou-se até a casa de Josy e, junto à filha desta, obteve via impressa daquele cálculo, bem como de croqui retratando a planta baixa da boate; a partir de então, o Comando da Brigada Militar e dos Bombeiros, em entrevista coletiva à imprensa, retificou a informação sobre a capacidade da boate.

Assim é que, na segunda data especificada, face a solicitação dos Delegados de Polícia responsáveis pelo inquérito policial, de remessa de alvarás, de todos os documentos que compunham o histórico de

funcionamento e de todos os documentos relativos às fiscalizações ou verificações, relativamente à boate Kiss, os denunciados autenticaram o croqui e o cálculo populacional do estabelecimento, que não estavam assinados e não constavam originalmente no PPCI da boate Kiss, porque nunca integraram oficialmente dito Plano, e os disponibilizaram ao Comandante do 4º CRB para remessa à polícia judiciária, como se fizessem parte do Plano, buscando assim eximirem-se (e/ou eximirem outros bombeiros, ou a própria instituição a que pertencem) de qualquer responsabilidade, principalmente a penal, que estava sendo apurada, em relação à tragédia.

Verifica-se que o cálculo populacional e o croqui retratando a planta baixa da boate tinham sido oficialmente utilizados apenas perante a Prefeitura Municipal de Santa Maria, para integrarem expediente administrativo de pedido de aprovação de projeto de reforma, feito em 30/09/2009, ainda pela firma Econ Empreendimentos de Turismo e Hotelaria.

2. Falsos testemunhos:

No dia 18 de março de 2013, em horário não apurado, na Rua Roque Callage, dependências da 1º Delegacia de Policia de Santa Maria, o denunciado ELTON fez afirmações falsas, como testemunha, em inquérito policial que apurava as circunstancias da tragédia na boate Kiss, crime esse cometido com o fim de obter prova destinada inclusive a produzir efeito em futuro processo penal que viesse a ser instaurado.

Na ocasião, o denunciado ELTON, ouvido como testemunha, especificamente sobre a sua participação da empresa Santo Entretenimentos Ltda. ME (boate Kiss), afirmou que ele era sócio de direito e de fato, entre 20/04/2009 (data da constituição da pessoa jurídica) e 23/07/2010 (data da primeira alteração, em que saiu do quadro societário), e que “Eliseu Jorge Spohr jamais teve qualquer participação na Santo Entretenimentos Ltda”.

Tais informações são falsas, já que tanto Alexandre Silva da Costa e Tiago Flores Mutti, demais sócios da pessoa jurídica da boate Kiss à época, disseram que ELTON era “laranja” de Eliseo.

O falso testemunho destinou-se a eximir Eliseo de qualquer risco de responsabilização decorrente das

mortes ocorridas em 27/01/2013, inclusive criminal, pois os indicativos colhidos pela polícia judiciária eram de que ele sempre foi sócio de fato da pessoa jurídica, primeiro tendo ELTON como “laranja”, depois prosseguindo com Angela Aurélia Callegaro e Marlene Terezinha Callegaro, irmã e mãe do codenunciado ELISSANDRO, filho de Eliseo.

Reforça os elementos de convicção sobre o Falso Testemunho por ELTON o fato de Eliseo, quando foi ser ouvido pela autoridade policial, ter invocado o direito constitucional ao silêncio.

No dia 19 de março de 2013, em horário não apurado, na Rua Roque Callage, dependências da 1ª Delegacia de Polícia de Santa Maria, o denunciado VOLMIR fez afirmações falsas, como testemunha, em inquérito policial que apurava as circunstâncias da tragédia na boate Kiss, crime esse cometido como o fim de obter prova destinada inclusive a produzir efeito em futuro processo penal que viesse a ser instaurado.

Na ocasião, o denunciado VOLMIR, que se disse “contador administrador” da filial da empresa GP Pneus em Santa Maria e responsável pela elaboração do contrato social da pessoa jurídica relativa à boate Kiss (Santo entretenimentos Ltda. ME), ouvido como testemunha, afirmou que Eliseo Jorge Spohr nunca foi nem é um dos sócios fáticos da boate, e que o codenunciado ELTON não funcionou como “laranja” de Eliseo no respectivo contrato social.

Tais afirmações são falsas, já que tanto Alexandre Silva da Costa e Tiago Flores Mutti, demais sócios da pessoa jurídica da boate Kiss à época, disseram que Elton era “laranja” do Eliseo.

O falso testemunho destinou-se a eximir Eliseo de qualquer risco de responsabilização decorrente das mortes ocorridas em 27/01/2013, inclusive criminal, pois os indicativos colhidos pela polícia judiciária eram de que ele sempre foi sócio de fato da pessoa jurídica, primeiro tendo ELTON como “laranja”, depois prosseguindo com Angela Aurélia Callegaro e Marlene Terezinha Callegaro, irmã e mãe do codenunciado ELISSANDRO, filho de Eliseo.

Reforça os elementos de convicção sobre o falso testemunho por ELTON o fato de Eliseo, quando foi ser ouvido pela autoridade policial, ter invocado o direito constitucional ao silêncio.”

A autoridade policial representou pela decretação da prisão temporária de Elissandro, Luciano, Mauro e Marcelo (fls. 77/110). Instado, o Ministério Público (fls. 111) manifestou-se pelo deferimento do pedido. Em 28/01/2015, por entender estarem preenchidos os requisitos ensejadores da prisão temporária (é dizer, a prisão ser imprescindível para a investigação policial e haver fundadas razões de autoria ou participação dos indiciados nos crimes elencados como hediondos - entre eles o homicídio doloso - e, ainda, entendendo haver necessidade - pressuposto básico para a decretação de qualquer espécie de custódia provisória), foi decretada a prisão temporária dos quatro acusados (fls. 112/114).

A Defesa do acusado Elissandro Spohr pugnou pela liberdade provisória deste, (fls. 133/140), e o Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido (fls. 141). Nas fls. 142 o pedido foi indeferido pelo juiz plantonista.

A autoridade policial (fls. 157/207) representou pela prorrogação da prisão temporária dos acusados, sendo que o Ministério Público manifestou-se nas fls. 208/212 favorável ao pedido. Foi decretada a prorrogação da prisão temporária nas fls. 213/219.

A defesa do acusado Luciano requereu a revogação da prisão temporária (fls. 471/481), bem como a defesa do acusado Mauro (fls. 484/503). O Ministério Público manifestou-se nas fls. 539/541 pela manutenção da segregação. Os pedidos foram indeferidos (fls. 557/559), de forma que foram mantidas as prisões temporárias.

As defesas de Mauro Hoffmann e Elisandro Spohr requereram, ainda, a decretação de sigilo do inquérito policial (fls. 484/503 e fls. 542/556 respectivamente).

A defesa de Marcelo, por sua vez, também requereu a revogação de sua prisão temporária (fls. 563/587). O Ministério Público manifestou-se nas fls. 648/649 pelo indeferimento dos pedidos. Na decisão de fls. 650/652, foram indeferidos os pedidos de decretação de sigilo do inquérito policial e da revogação da prisão temporária do acusado Marcelo.

A Defesa do acusado Elissandro (fls. 660/673) postulou pela prorrogação de sua prisão temporária por entender ser incabível a decretação da prisão preventiva e pela prorrogação do prazo do inquérito policial. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 677/679 pelo indeferimento do pedido. O pedido foi indeferido nas fls. 680/687.

A autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva dos acusados Marcelo, Luciano, Elissandro e Mauro (fls. 694/728). Instado, o Ministério Público manifestou-se nas fls. 907/911 pelo acolhimento da representação policial. A Defesa de Mauro Hoffman (fls. 916/948) postulou pelo encerramento do inquérito, sem prorrogação, e pela não decretação da prisão preventiva. A Defesa do acusado Luciano, por sua vez, também requereu a não decretação de sua prisão preventiva (fls. 1025/1028). O Ministério Público manifestou-se novamente nas fls. 1029/1032 pelo desacolhimento dos pedidos formulados pelas defesas, com a decretação das prisões preventivas. No dia 1º de março de 2013 foi revogada a prisão temporária dos acusados e decretada suas prisões preventivas, eis que o juízo entendeu preenchidos seus pressupostos, quais sejam, materialidade e indícios de autoria, bem como para garantia de ordem pública e conveniência da instrução criminal, com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal (fls. 1062/1078).

A defesa do acusado Marcelo (fls. 1089/1095) postulou pela concessão do benefício da liberdade provisória, bem como postulou

pela suspeição do delegado de polícia civil Marcelo Arigony a fim de afastá-lo das investigações (fls. 1105/1114). O Ministério Público manifestou-se nas fls. 1172/1175 pelo desacolhimento dos pedidos defensivos, mantendo-se a prisão preventiva e absteve-se de manifestar sobre a situação do delegado. Os pedidos foram indeferidos nas fls. 1177/1179, sendo mantida a prisão preventiva de Marcelo e declarando a impossibilidade de afastamento ou censura com relação à conduta do delegado Marcelo Arigony.

A defesa do acusado Elissandro (fls. 1189) requereu a remessa imediata do relatório do inquérito policial a juízo. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 1190/1191 no sentido de ser instada a autoridade policial a confirmar a data exata em que pretendia enviar à juízo o inquérito policial. Nas fls. 1193 foi entendido desnecessária a tomada de medidas mais drásticas, tendo em vista a informação recebida de que o inquérito seria remetido dia 22 de março.

O inquérito policial foi juntado aos autos nas fls. 1195/7230 (início do volume 07) tendo sido encerrado no dia 22/03/2013.

A Defesa do acusado Elissandro postulou pelo reconhecimento da incompetência da 1ª Vara Criminal de Santa Maria, com a remessa do inquérito para o Tribunal de Justiça, tendo em vista o foro determinado pela prerrogativa de função do prefeito municipal (fls. 7257/7265). O Ministério Público manifestou-se nas fls. 7293/7294 afirmando a intempestividade do pedido defensivo.

A denúncia foi recebida em 03/04/2013 (fls. 7297/7302), não acolhendo as alegações defensivas quanto ao reconhecimento de incompetência deste juízo, eis que o agente que supostamente implicaria na alteração de competência por ter foro definido por prerrogativa de função sequer constou como indiciado e tampouco

foi denunciado pelo Ministério Público no presente processo. Na mesma decisão, foram deferidos os pedidos elaborados pelo Ministério Público de arquivamento do inquérito e reclassificação no que tange aos delitos conexos.

A associação dos familiares de vítimas e sobreviventes da tragédia de Santa Maria – AVTSM requereu sua habilitação como assistente de acusação nas fls. 7339/7341. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 7371/7372, opinando pelo acolhimento da habilitação.

A Defesa do acusado Elissandro requereu nas fls. 7375 a determinação da digitalização completa dos autos principais e anexos do processo, a fim de que tornasse viável o trabalho das defesas. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 7381/7382 pelo indeferimento do pedido defensivo.

Sobreveio decisão nas fls. 7393/7396 homologando o pedido de habilitação da Associação das Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria como assistente de acusação e determinando a digitalização do feito.

A autoridade policial requereu permissão para o ingresso no interior do prédio onde funcionava a boate Kiss visando a elaboração de maquete eletrônica para instruir o inquérito policial militar. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 7638. Sobreveio decisão nas fls. 7639 a fim de autorizar o ingresso no local.

Devidamente citados, os réus apresentaram Resposta à Acusação, nos seguintes termos:

A defesa de **Marcelo** apresentou-se nas fls. 7643/7697, requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da inépcia da denúncia, vez que a peça exordial acusatória não teria

individualizado a conduta do acusado. Meritoriamente, pugnou pela improcedência da denúncia, requerendo (1) a absolvição face a ocorrência de erro de tipo e erro de proibição, ou, ainda, (2) a desclassificação do fato para homicídio culposo; (3) o desaforamento do feito, a informação à 4ª Câmara Criminal da tramitação do presente processo; (4) a produção de provas; (5) a oitiva de todos os inquiridos na fase policial; (6) a expedição de ofícios à Prefeitura e ao Corpo de Bombeiros de Santa Maria; (7) a intimação do delegado Marcelo Arigony, dos peritos do IGP, do proprietário da loja Kaboom e do Promotor Ricardo Lozza para esclarecimentos; (8) a reconstituição do sinistro; (9) a realização de perícia técnica no local; (10) a oitiva das testemunhas arroladas; (11) a intimação da Loja Kaboom para que apresente talonários de notas fiscais e pedidos referentes aos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro de 2013; (11) a acareação entre o dono deste estabelecimento e o réu Luciano; e, por fim, (13) a concessão da liberdade provisória ao acusado, protestando ainda pelo cerceamento de defesa em razão da não disponibilização dos autos físicos no prazo da Defesa.

A Defesa de **Luciano** apresentou-se nas fls. 8017/8032, requerendo (1) a oitiva de todas as vítimas; (2) a reconstituição dos fatos, com a notificação de todos os possíveis frequentadores sobreviventes e (3) a expedição de uma série de ofícios: a) à Prefeitura de Santa Maria, a fim de que informe as fiscalizações realizadas na boate; b) aos Bombeiros para que informem sobre o acompanhamento de alguma fiscalização na boate, as condições de atender casos emergenciais, eventuais pedidos formulados ao Governo do Estado de suprimentos e equipamentos, quem era o comandante de plantão na madrugada dos fatos e informe como são planejados os plantões; c) ao Inmetro, para que informe o registro da patente da espuma encontrada na boate e se segue as normas de fabricação da ABNT; d) à ABNT e ao Inmetro, para que informem se há restrição para comercialização da referida espuma e se há indicação para proteção acústica; e, por fim, e) à empresa Kaboom

para que apresente as notas fiscais emitidas entre 01/11/2012 a 31/03/2013, a fim de verificar se houve alteração na emissão das notas e se procedem as informações prestadas à polícia. (4) Requereu sua absolvição sumária, com fulcro no art. 397, inciso II do Código de Processo Penal e ainda (5) a revogação da prisão preventiva do acusado nas fls. 8035/8041.

A defesa de **Elissandro** apresentou-se nas fls. 8043/8062, requerendo o reconhecimento de inépcia da denúncia e o indeferimento do rol de testemunhas apresentado pelo Ministério Público devido à intempestividade. No mérito, pleiteou (1) a oitiva das testemunhas e dos informantes que arrolou; (2) a intimação dos peritos para prestarem esclarecimentos em audiência; (3) a expedição de ofícios ao Laboratório Policial de Química Forense da Polícia de Buenos Aires, em La Plata, para que envie todo o material encaminhado pelo IGP e identifique os peritos; (4) a juntada da notificação feita ao IGP, bem como o envio de determinação judicial a esse instituto para que sejam preservadas as amostras recolhidas; (5) pediu fosse determinado à Autoridade Policial a remessa das notas fiscais juntadas pela Defesa, as quais comprovam os gastos com obras e manutenção da boate, os documentos apreendidos no caixa da boate e todos os demais documentos que possam ser analisados pela Defesa; (6) ainda, postulou a expedição de ofícios: a) ao IGP, para que envie manual de procedimento sobre a elaboração dos autos de necropsia; b) ao Instituto de Perícias do DF, para que remeta cópia da maquete virtual elaborada; c) à Câmara de Vereadores, para que envie cópia da CPI; d) à Brigada Militar, para que envie cópia do inquérito militar; e) à Secretaria de Mobilidade Urbana, para que remeta as listas de casas noturnas autuadas entre 01/01/2012 até maio de 2013; f) ao Ministério Público para que informe o nome do secretario de diligências que fez o levantamento fotográfico juntado ao inquérito civil. Por fim, requereu (7) a realização de acareações e (8) a reprodução simulada dos fatos, bem como (9) a juntada aos autos das mídias referentes às interceptações

telefônicas realizadas.

A defesa dos acusados **Elton** e **Volmir** apresentou-se nas fls. 8065/8071 requerendo (1) a cisão do processo em relação a eles, alegando a ausência de conexão, com a conseqüente alteração do rito procedimental; (2) o reconhecimento da inexistência da qualificadora do §1º do art. 342 do Código Penal, o que implicaria na nulidade do feito pelo não oferecimento da suspensão condicional do processo, na denúncia; requereu, por fim, (3) a produção de todas as provas em direito admitidas, arrolando testemunhas.

A defesa de **Mauro** apresentou-se nas fls. 8073/8209. Preliminarmente, manifestou-se pela inépcia da denúncia, alegando falta de justa causa à ação penal e ilegitimidade para figurar como réu. Quanto ao mérito, impugnou os elementos da cadeia causal atribuídos a Mauro, requerendo (1) a adequação dos tipos penais imputados a ele para delito outro que não doloso contra a vida ou o afastamento das qualificadoras; requereu, por fim, (2) a imediata soltura do acusado, (3) a suspensão do processo até decisão de recebimento ou não das acusações contra agentes detentores do foro privilegiado junto ao TJRS, (4) a oitiva das testemunhas e informantes arrolados, (5) o apensamento ou a juntada integral de cópias dos autos de todos os expedientes investigativos que deram origem à demanda, (6) a oitiva de todos os peritos do IGP e (7) autorização para indicação de assistentes técnicos, e, ainda, (8) autorização para ingresso no local dos fatos, (9) quebra de sigilo de dados telemáticos do grupo "Boate Kiss" no Facebook, (10) acesso integral aos processos que envolvem quebra de sigilos fiscal, bancário, telefônico e telemático dos acusados, e (11) a devolução de uma CPU apreendida.

Por fim, a Defesa dos acusados **Gerson** e **Renan** apresentou-se nas fls. 8345/8374 por intermédio da Defensoria Pública, afirmando que (1) os fatos não se deram conforme narrados na

denúncia, requerendo o trancamento da ação penal contra os acusados, pela falta de justa causa ao oferecimento da denúncia e pela atipicidade subjetiva e objetiva do fato; (2) subsidiariamente, manifestou o aceite dos acusados à suspensão do processo nos termos propostos, requerendo o afastamento da imposição de prestação social com caráter de pena e, por fim, (3) apresentaram rol de testemunhas, arrolando documentos.

Quanto ao pedido de liberdade realizado pela defesa do acusado Marcelo, em sede de Resposta à Acusação, o Ministério Público manifestou-se nas fls. 7974 pelo seu indeferimento. Nas fls. 7990/7991 sobreveio decisão indeferindo o pedido defensivo.

Quanto aos pedidos de revogação da prisão preventiva de Mauro e Luciano, realizados em sede de Resposta à Acusação, sobreveio decisão nas fls. 8321/8323 afastando as alegações da Defesa Técnica de Elissandro quanto à inconstitucionalidade do art. 409 do CPP e determinando vista dos autos ao Ministério Público para manifestação.

O Ministério Público manifestou-se a respeito das Respostas às Acusações nas fls. 8384/8395, opinando pelo (1) desacolhimento dos pedidos de revogação de prisões preventivas formulados pelas Defesas de Luciano e Mauro; (2) rejeição das preliminares arguidas nas defesas escritas; (3) indeferimento de parte dos pedidos formulados pelas Defesas; (4) a expedição de ofício ao Diretor do DML do IGP, requisitando o envio de autos de necropsias pendentes e (5) que seja determinada a cisão processual no tocante aos réus Elton, Volmir, Renan e Gerson, bem como (6) o arquivamento do inquérito quanto aos indiciados Miguel e Beloyannes.

O assistente de acusação manifestou-se nas fls. 8398/8425 pelo (1) desacolhimento das preliminares defensivas, (2) atendimento de parte das diligências requeridas, (3) pela cisão do

feito em relação a Gerson e Renan, bem como em relação a Elton e Volmir e (4) manutenção da prisão preventiva dos acusados, arrolando nove testemunhas, por fim.

No Habeas Corpus nº 70054419841, pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado, dia 29 de maio de 2013, foi revogada a prisão preventiva anteriormente decretada aos acusados (fls. 8567).

Nas fls. 8584/8611 foi determinada a cisão do feito em relação a Elton e Volmir, bem como em relação a Renan e Gerson, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal.

O argumento de inépcia da denúncia foi rejeitado mais uma vez. Fundamentando-se, ainda, que alguns argumentos trazidos pelos defensores dependem de análise aprofundada do mérito, incabível no presente momento procedimental, eis que imprescindível a dilação probatória.

Ainda quanto ao argumento de inépcia da inicial, restou afastado também pelo Habeas Corpus nº 7054351861, impetrado pela defesa de Elissandro.

Quanto aos pedidos de absolvição sumária e demais alegações defensivas, por se confundirem com o mérito, foi decidido que imprescindível a instrução criminal para sua apreciação.

Os requerimentos das defesas de Marcelo e Mauro no que tange ao prefeito municipal e seu foro privilegiado, foram negados. Desacolhido, também, o pedido de desaforamento.

Quanto ao cerceamento de defesa protestado pela defesa do acusado Marcelo, tal alegação já havia restado exaustivamente rechaçada pelo Habeas Corpus nº 70054419841. Foi determinado

também o arquivamento do inquérito quanto a Beloyannes Orengo de Pietro Junior e Miguel Passini, conforme requereu o Ministério Público. Por fim, restou decidido quanto as provas a serem produzidas durante a instrução processual, quanto às diligências e expedições de ofícios determinando-se, outrossim, o prosseguimento do feito, com as notificações das vítimas para comparecimento em audiência.

A Defesa de Elton e Volmir opôs embargos declaratórios, requerendo que o juízo indicasse, expressamente, de que forma deveria ser feita a cisão do processo (fls. 8680). A Defesa de Elissandro Spohr também opôs embargos declaratórios, requerendo esclarecimentos (fls. 8681/8683).

A imprensa requereu autorização para transmissão e cobertura jornalística das audiências do presente processo (fls. 8734).

Sobreveio despacho nas fls. 8735/8740, esclarecendo que na cisão seriam gerados dois novos processos, um para cada fato; esclarecidas questões sobre o rol de vítimas e testemunhas.

Quanto ao pedido da imprensa, foi dada vista ao Ministério Público, Assistente de Acusação e aos Defensores.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 8772/8778 pelo arquivamento do inquérito policial quanto às indiciadas Angela Aurélia Callegaro e Marlene Terezinha Callegaro, e, dentre outras manifestações, posicionou-se pelo acolhimento, em parte, do pedido do Grupo RBS, permitindo-se a cobertura jornalística, no entanto vedada a 'transmissão' das audiências de instrução.

Nas fls. 8785, 8822, 8833/8834, 8836/8837 8841/8842 sobreveio novos pedidos de habilitação de assistentes de acusação.

Sobreveio despacho nas fls. 8871/8878 a fim de resolver questões pendentes e, com relação ao pedido de cobertura jornalística e transmissão das audiências, autorizou-se a cobertura. Quanto aos novos pedidos de habilitação de Assistente de Acusação, foi determinado vista dos autos ao Ministério Público para que se manifeste a respeito, bem como vista ao Assistente de Acusação já habilitado.

Nas fls. 8978/8979, 8987/8988 sobreveio aos autos novos pedidos de habilitação de assistentes de acusação.

Sobreveio despacho fls. 9110/9111 deferindo os pedidos de homologação de assistentes de acusação, entre outras decisões.

Após, nas fls. 9151/9152 houve novo pedido de habilitação de assistente de acusação.

No decorrer das audiências iniciais, foram realizados diversos requerimentos por parte das defesas dos acusados (todos devidamente gravados e registrados nas mídias audiovisuais de cada audiência e seus respectivos termos de encerramentos), havendo manifestação do Ministério Público nas fls. 9813/9816.

No despacho de fls. 9860/9861 foram indeferidos os pedidos formulados pela defesa de Marcelo no que se refere a realização de nova perícia e reconstituição do fato; pela defesa de Mauro de autorização de exame por profissional particular e pela defesa de Elissandro sobre a reprodução simulada dos fatos no interior da boate.

Um dos assistentes de acusação do presente processo, nas fls. 9916/9918 apresentou pedido de aplicação de medida cautelar aos acusados.

Sobreveio despacho nas fls. 10015/10023 a fim de sanear

uma vez mais o processo.

Quanto ao requerimento da Defesa de Elissandro Spohr quanto a degravação das audiências, foi indeferido – por ora. Foi decidido a respeito das vítimas a serem ouvidas e, quanto aos boletins de ocorrência juntados aos autos referentes aos delitos, em tese, de coação no curso do processo e denúncia caluniosa, foi determinada a expedição de ofício à Autoridade Policial a fim de que envie cópia do inquérito, assim que concluídas as investigações. Quanto aos pedidos realizados pela Defesa de Marcelo em audiência, foi indeferida a realização de nova perícia na boate; indeferido o pedido de intimação do promotor Ricardo Lozza fora do rol de testemunhas, bem como o pedido de oitiva do prefeito. Foram homologados os pedidos de habilitação de assistente de acusação. Também foram indeferidas as inquirições dos bombeiros que atenderam ao sinistro, requerido pela Defesa de Marcelo. Por fim, quanto à medida cautelar postulada pelo assistente de acusação, também restou indeferido.

A Defesa de Elissandro (fls. 10125/10128) manifestou inconformidade com o indeferimento do pedido de degravação das audiências, protestando por cerceamento de defesa. Manifestou-se, ainda, pelo indeferimento do pedido de remessa de cópia do inquérito referente a delitos conexos, e, dentre outras manifestações, apresentou novo rol de testemunhas. Nas fls. 10431/10432 requereu uma limpeza no prédio da boate.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 10587/10591 a respeito das vítimas arroladas pela defesa do réu Elissandro; manifestou-se ciente dos documentos juntados aos autos; opinando, inclusive, no sentido de que as cópias dos inquéritos policiais que visam apurar as notícias de coação no curso do processo e denúncia caluniosa deveriam integrar os autos, bem como pelo indeferimento da perícia (reconstituição) requerida.

Sobreveio despacho nas fls. 10618 mantendo a posição já exposta quanto a prescindibilidade das degravações das audiências; quanto à juntada de cópias do inquérito referente à coação no curso do processo, decidiu-se ser inoportuna a juntada neste momento, eis que conturbaria o andamento processual. Deferido o pedido do Ministério Público de disponibilização de cópia do material digitalizado da maquete à Promotoria de Justiça.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 10636/10639 quanto ao pedido de degravação das audiências, alegando que não se opõe ao pedido, porém opina no sentido que não seria o momento adequado para essa decisão. Manifestou-se ainda pelo indeferimento do pedido de perícia, indeferimento da oitiva do Promotor de Justiça Ricardo Lozza e indeferimento das oitivas do prefeito municipal e deputados.

A Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), na qualidade de assistente de acusação, requereu nas fls. 10653/10654, no caso de disponibilidade de realizar a pretendida limpeza no prédio da boate, sejam exigidas informações pormenorizadas quanto ao trabalho a ser executado e franqueando vista às partes.

O Ministério Público nas fls. 10699 requereu a intimação dos advogados que atuam como assistentes e também como defensores dos réus, para manifestarem-se quanto aos questionamentos constantes no relatório de vistoria em anexo.

No despacho de fls. 10724/10725 sobreveio decisão quanto à cópia da maquete virtual elaborada pela Polícia Civil do Distrito Federal e as plantas em 3D do local do fato elaboradas pelo Departamento de Criminalística do IGP/RS, já tendo sido acostada aos autos (fls. 10096). Determinou-se a reiteração dos ofícios anteriormente expedidos, eis que ainda não sobrevieram respostas. Quanto à destinação do prédio da boate Kiss, determinou-se a

intimação das Defesas e dos Assistentes de Acusação para manifestarem-se sobre os questionamentos do ofício de fls. 10701/10704.

A Defesa de Marcelo (fls. 10749/10750) manifestou-se no sentido de que os obstáculos devem permanecer no local, ou, então, fossem fotografados, minuciosamente medidos e informada a localização de cada peça dentro do prédio. A Defesa de Elissandro manifestou-se no sentido de que seja determinado ao IGP, antes da limpeza da boate, que proceda à coleta de amostras de todos os diferentes materiais que entraram em combustão (fls. 10764). A Defesa de Mauro, por sua vez, não se opôs à limpeza do local, requerendo, porém, a preservação de algumas partes, bem como afirmou ser contrário à demolição do prédio. Requereu, ainda, a intimação do IGP para que coloque à disposição da defesa todos os elementos materiais utilizados para confeccionar a perícia apresentada nos autos, de modo a permitir uma perícia particular (fls. 10766/10767).

A Defesa de Elissandro (fls.10780/10788) requereu a oitiva de todas as vítimas que foram indicadas no relatório do inquérito; requereu sejam realizadas as audiências de portas fechadas e postulou pela nulidade absoluta dos atos processuais praticados na comarca Deprecada pelo Juiz com competência na comarca Deprecante, bem como informando que o acusado não autoriza à imprensa que faça foto ou filmagem sua no ambiente da audiência.

Sobreveio despacho fls. 10789/10791 autorizando a remoção dos escombros, que deveria ser precedida de completo levantamento fotográfico, com a medição e a descrição de cada peça que integrava a estrutura do prédio, bem como determinando que seja oficiado ao IGP para que envie peritos ao local, a fim de colherem amostras das substâncias que entraram em combustão, devendo ser preservada fração suficiente de cada material para produção de eventual contraprova pelas partes. Determinou, ainda, vista ao

Ministério Público quanto à petição da Defesa de Elissandro.

A Defesa de Elissandro requereu a intimação da Defesa para acompanhar o ingresso no interior da Boate Kiss e indicar assistente técnico para acompanhar o trabalho pericial (fls. 10810).

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 10814/10817 pelo desacolhimento dos pedidos defensivos referentes à oitiva de todas as vítimas sobreviventes; audiência de portas fechadas e pelo reconhecimento de inexistência de nulidade nos atos realizados pelo juízo deprecado.

A AVTSM, na qualidade de Assistente de Acusação, manifestou-se nas fls. 11052/11059 e requereu o indeferimento da oitiva da integralidade das vítimas; fosse mantida a publicidade do processo e de todos os atos processuais; a intimação para acompanhar os trabalhos de limpeza do prédio onde ocorreram os fatos e a decretação de arresto dos bens moveis que guarnecem o local dos fatos.

Em despacho de fls. 11063/11068 decidiu-se pelo indeferimento dos pedidos de oitiva de todas as vítimas; de realização dos atos processuais com portas fechadas; de decretação de nulidade dos atos processuais por ausência de competência. Deferiu o pedido da defesa de Elissandro para acompanhamento da perícia a ser feita no interior do prédio da boate. Ainda, indeferiu o pedido de restituição de bens não atingidos pelo fogo.

Nas fls. 11086/11088 sobreveio despacho determinando a imediata busca e apreensão nas notas fiscais emitidas pela Loja Kaboom, durante o pedido compreendido entre 01/11/2012 e 01/05/2013 e autorizando às partes a entrarem no prédio da boate na data da realização da perícia.

Em despacho de fls. 11225/11226 decidiu-se, entre outros aspectos, por intimar todas as partes a fim de que se manifestem se possuem interesse em realização da perícia nas amostras recolhidas do interior da boate, devendo indicar assistente técnico e apresentar quesitos.

A Defesa de Elissandro (fls. 11278/11280) apresentou quesitos a serem enfrentados pelos peritos do IGP, requerendo a intimação da data das perícias para que esteja presente o Assistente Técnico indicado.

A Defesa de Mauro (fls.11288) requereu fossem periciados todos os elementos indicados, localizados e preservados por ocasião do ingresso na Boate, através do perito do IGP e corroborou os quesitos já apresentados pela defesa de Elissandro, indicando ainda o mesmo assistente técnico.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 11290/11291 pelo indeferimento das perícias requeridas pelas defesas de Elissandro e Mauro e pela expedição de novo mandado de intimação ao proprietário da empresa Kaboom para que remeta as notas fiscais originais.

Durante as audiências de instrução, foram feitos requerimentos pelas Defesas no sentido de, em virtude de alguns incidentes ocorridos após o término de uma das audiências, elas passassem a ser realizadas sem a presença do público. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 11358/11360 pelo indeferimento da pretensão defensiva de que as audiências passassem a ser de “portas fechadas”, alegando, entre outros fatores, que o feito não está sob sigilo de justiça.

Sobreveio despacho nas fls. 11412/11415 mantendo o acesso do público às audiências, pela manutenção do interesse público à informação, determinando ainda o reforço da segurança durante a

realização das solenidades.

O grupo RBS – Zero Hora manifestou-se nas fls. 11423 requerendo cópia dos áudios dos depoimentos prestados pelas testemunhas e informantes, inclusive quanto aos depoimentos futuros. O Ministério Público manifestou-se no sentido do deferimento do pleito, observados os limites constitucionais da preservação da intimidade e imagem dos depoentes (fls. 11424).

Em despacho de fls. 11435/11443 restou decidido que não há impedimento ao deferimento do pedido feito pelas Defesas dos réus Elissandro e Mauro à realização de nova perícia nos elementos coletados no interior Boate; pelo não acolhimento da irresignação da defesa de Elissandro para a observância do art. 212 parágrafo único do Código de Processo Penal, no sentido de que as perguntas não fossem iniciadas pelo magistrado e sim, pelas partes; indeferiu o pedido de degravação dos depoimentos testemunhais, feito pela defesa de Mauro; quanto ao pedido de cópia dos depoimentos, feito pela RBS, foi deferido; entre outras decisões.

Nas fls. 11688 veio aos autos novo pedido de habilitação como assistente de acusação. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 11697. Em despacho de fls. 11735/11738 foi homologado o pedido de habilitação, entre outras decisões.

A Brigada Militar nas fls. 11814 requereu dispensa/liberação do policiamento isolado no local do crime. O Ministério Público manifestou-se nas fls. 11815 pelo indeferimento do pedido, mantendo-se, por ora, o policiamento de isolamento no prédio da Kiss. No despacho de fls. 11864/11865 restou decidido pela manutenção do posto da Brigada Militar, como forma de proteção do local do crime e segurança da sociedade em geral.

A ECCON Empreendimentos de Turismo e Hotelaria, nas fls. 11965 efetuou pedido de realização de limpeza no local da boate.

Foi determinada a notificação das partes para manifestarem-se em 48 horas, sendo que o silêncio seria compreendido como concordância à limpeza completa do local dos fatos (despacho de fls. 11982).

A Defesa de Mauro Hoffman (fls. 11986/11987) não se opôs a limpeza, apenas advertindo de que não haja demolições ou alterações da estrutura do local.

A Zero Hora e a Rádio Itapema requereram autorização para acesso e acompanhamento do trabalho de limpeza do local, com o objetivo de subsidiar reportagens jornalísticas (fls.11990). O Ministério Público manifestou-se (fls.11990v/11991).

Sobreveio despacho nas fls. 12006/12007 referindo que já houve autorização para limpeza do prédio. Quanto ao requerimento da imprensa para acompanhar a limpeza, foi determinada vista à Assistência de Acusação e as Defesas dos acusados.

A Defesa de Marcelo (fls. 12014/12016) requereu a suspensão da limpeza e remoção dos escombros da boate e a realização de nova perícia a ser designada pelo juízo. Sobreveio despacho nas fls. 12021/12023 desacolhendo o requerimento defensivo e marcando a data para iniciar a execução da limpeza e desintoxicação do prédio.

Sobreveio novo pedido de habilitação de assistente de acusação nas fls. 12037/12038.

A Defesa de Elissandro (fls. 12046/12048) referiu que não se opõe a imediata demolição do prédio da Boate, não vislumbrando necessidade de limpeza com preservação do local, e referiu não concordar com a presença da imprensa no local do fato.

Sobreveio despacho nas fls.12055/12058 decidindo que está

marcada a completa limpeza e desintoxicação do imóvel sem a demolição. Quanto ao requerimento do grupo RBS de acompanharem o trabalho de limpeza, o pedido foi desacolhido. Quanto aos bens pessoais das vítimas, determinou que eles fossem agrupados e separados dos demais objetos que fossem retirados do local e, após análise, caso os pertences encontrem-se livres de qualquer tipo de contaminação, deverão ser entregues aos familiares. Foi homologada, ainda, a habilitação dos assistentes de acusação.

Nas fls. 12382/12385 a Defesa de Elissandro Spohr requereu a juntada de cópia do inquérito policial nº 001/2013/3º DRP e que fosse dada vista ao Ministério Público para que se pronuncie sobre o inquérito e promova o aditamento à denúncia para incluir mais indiciados no polo passivo do processo.

Um dos assistentes de acusação, manifestou-se nas fls. 12387/12388 pelo indeferimento do pedido defensivo.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 12389 no sentido de que não há razão para aditamento à acusação.

A Defesa de Elissandro Spohr, nas fls. 12419/12425 reclamou por não ter tido seus pedidos analisados pelo juízo, requerendo, entre outros, a apreciação dos referidos pedidos.

Em despacho de fls. 12426/12439 restou deferido o pedido de juntada do Inquérito Civil movido em face do Município de Santa Maria. Quanto ao pedido de expedição de ofícios, restou deferido, com exceção do pedido de enviar ofício ao Laboratório de Química Forense da Polícia de Buenos Aires. Quanto ao requerimento de juntada de inquérito policial e pedido de aditamento da denúncia, também restou indeferido.

Um dos assistentes de acusação manifestou-se nas fls. 12443, requerendo que o Ministério Público fosse intimado para

anexar cópia integral de dois inquéritos cíveis em que figurava a boate Kiss, bem como os TAC's deles resultantes. O pedido foi reiterado nas fls. 12507.

Sobreveio despacho nas fls. 12508/12509 determinando novamente que o Ministério Público trouxesse aos autos cópia do inquérito civil em mídia digital.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 12518/12519 quanto aos objetos pessoais retirados do interior da boate e que já solicitou a remessa de cópia do inquérito em mídia digital, e logo seria juntada aos autos.

A Defesa do acusado Marcelo requereu seja expedido ofício à Câmara dos Vereadores para que forneça cópia do depoimento do arquiteto da prefeitura a fim de comprovar a superlotação da boate (fls. 12686).

O pedido acima referido foi deferido em despacho de fls. 12687 bem como determinou a expedição de outros diversos ofícios.

O Diário de Santa Maria, nas fls. 12711 solicitou autorização para uma equipe deles acompanhar a vistoria que seria realizada pela Vigilância para o combate à dengue no interior da boate, o que foi decidido no despacho de fls. 12712 pelo desacolhimento do pedido formulado.

Em despacho de fls. 12726/12728 restou desacolhido o pedido defensivo realizado em audiência, de oitiva de mais testemunhas referidas, sob pena de prolongamento demasiado do feito.

A Defesa do acusado Marcelo requereu, nas fls. 12740/12741, fosse oficiado à prefeitura para que forneça cópia dos documentos que originaram a emissão do último alvará da Boate

Kiss, bem como requereu o depoimento do secretário, que assinou o alvará.

A Defesa do acusado Elissandro, nas fls. 12819/12827 requereu reconsideração de decisão outrora proferida, a fim de que fossem ouvidos os peritos no presente feito, alegando cerceamento de defesa.

Na mesma senda, a Defesa de Marcelo, fls. 12828/12830 requereu esclarecimentos de peritos em audiência, em virtude da complexidade dos fatos.

No mesmo sentido, a Defesa de Mauro Hoffman requereu, nas fls. 12831/12833 a ouvida dos peritos que realizaram os laudos deste processo, e apresentação de assistente técnico e quesitos.

O Ministério Público manifestou-se nas fls. 12835/12837 pela designação de audiência para oitiva dos peritos.

Sobreveio despacho fls. 12838/12845 decidindo por oportunizar o apontamento de até quatro peritos para cada um dos acusados Mauro, Elissandro e Marcelo, bem como para que indicassem os pontos controvertidos.

A Defesa de Marcelo (fls. 12847/12851) apresentou quesitos suplementares e apontou os pontos controvertidos.

A Defesa de Elissandro (fls. 12850/12858) pugnou pela oitiva dos peritos referidos.

A Defesa de Mauro (12859/12861) requereu a oitiva de peritos, a intimação para apresentação de assistente técnico, bem como apresentação de quesitos, com a designação de audiência.

Sobreveio despacho fls. 12862/12868 determinando expedição

de precatória para Porto Alegre para a ouvida dos peritos.

A defesa de Marcelo, fls. 12886/12888 requereu fosse feita a apresentação de um vídeo que mostra o acusado combatendo as chamadas, nas audiências com os peritos.

Sobreveio despacho fls. 1377 deferindo o pedido de dispensa de dois peritos e requisitando os demais para que comparecessem à audiência a fim de responderem aos questionamentos atinentes às suas atribuições, em relação à perícia que elaboraram.

A Eccon Empreendimentos fls. 13089/130090 requereu seja definido se haverá ou não reconstituição dos fatos, eis que é o único impeditivo para a restituição do prédio para a proprietária.

No despacho de fls. 13181/13182, foi determinada a notificação do presidente da AVTSM para que se manifeste quanto aos pertences das vítimas. Restou decidido também pela desnecessidade de reconstituição dos fatos e a ordem e datas dos interrogatórios dos acusados.

A AVTSM manifestou-se nas fls. 13230/13231 no sentido de mostrar interesse em receber os pertences das vítimas, mas solicitou um profissional para informar os cuidados necessários para com os pertences. O pedido foi deferido nas mesmas fls, oficiando-se um perito para tanto.

A Defesa de Elissandro, nas fls. 13348/13349 requereu a tradução dos documentos juntados oriundos de Buenos Aires antes da abertura do prazo para apresentação de memoriais, registrando nulidade do processo por cerceamento de defesa decorrente da juntada dos aludidos documentos após o encerramento da instrução.

Sobreveio despacho nas fls. 13350/13352 indeferindo o

requerimento defensivo, afastando a alegação de cerceamento de defesa.

No ofício de fls. 13539 expedido pela prefeitura municipal, houve requerimento sobre a possibilidade de realização de uma vistoria no prédio onde funcionava a Boate Kiss, com o fito de verificar a presença do vetor transmissor da dengue.

Em despacho de fls. 13543/13544 restou autorizada a entrada dos agentes no prédio da boate, nos exatos termos do pedido formulado.

A Associação de Vítimas da Tragédia, nas fls. 13560/13561 requereu esclarecimentos quanto ao veículo apreendido pela autoridade policial, que encontra-se no depósito do DETRAN para iminente desmanche.

Nas fls. 13581 sobreveio decisão a fim de que o referido bem fosse liberado em nome da empresa proprietária, a fim de evitar a sua desnecessária destruição.

Durante a instrução criminal foram realizadas 64 audiências (31 para oitiva de vítimas, 20 audiências para testemunhas arroladas, 02 audiências para testemunhas referidas, 07 audiências para oitiva de peritos) e, ao final, os quatro acusados foram interrogados.

Por fim, houve inúmeras intercorrências, mormente pedidos defensivos e da assistência da acusação, alguns deferidos, outros não, os quais (todos) foram decididos no decorrer da instrução e que se encontram dentro dos autos.

Os antecedentes criminais dos denunciados foram atualizados e juntados às fls. 14013/14020.

Os debates orais foram substituídos por memoriais. Considerando a magnitude do feito, os prazos (com a concordância de todas as partes) foram dilatados, até porque seria (acusação e/ou defesa) humanamente impossível.

Em memoriais, o Ministério Público postulou pela pronúncia dos acusados, nos termos da denúncia (fls. 13499/13517).

O Assistente de Acusação, nas fls. 13418/13533, também requereu a pronúncia dos acusados, a fim de se garantir a soberania da Constituição Federal e do Tribunal do Júri, por entender que houve assunção do risco, por parte dos acusados, de que as pessoas morressem dentro da boate, em nítida indiferença para com a vida dos frequentadores.

A Defesa Técnica do acusado Luciano, nas fls. 13588/13459, alegou, em suma, que este seria o “Roadie” da banda, vale dizer, um mero prestador de serviços, requerendo o afastamento do dolo eventual de sua conduta por não possuir qualquer autonomia para atuar, apenas obedecendo ordens. Argumentou, ainda, que não há como admitir que o acusado tinha sequer consciência da possibilidade de produzir o resultado, não havendo prova nos autos de que agiu prevendo a possibilidade de ofensa a bem jurídico penalmente tutelado, requerendo, portanto sua impronúncia, nos termos do art. 414 do Código de Processo Penal, ou sua absolvição, nos termos do art. 415 do mesmo diploma legal.

A Defesa Técnica do acusado Marcelo, nas fls. 13598/13662, alegou, em suma, que o acusado era apenas o vocalista da banda e que acreditava na palavra de Luciano de que o artefato pirotécnico utilizado era seguro, bem como que a boate também fosse segura e livre de riscos. Alegou, ainda, que o réu não sabia das propriedades dos fogos de artifícios adquiridos, não sabendo sequer da diferença entre “fogo quente e fogo frio”, bem como também não sabia sobre o revestimento espumoso da boate. Postulou,

também, pelo reconhecimento da ausência de *animus necandi*, eis que o acusado não queria e nem assumiu a possibilidade de matar ou ferir as pessoas, tendo inclusive tentado apagar as chamas. Arguiu, ainda, que o acusado não sabia da existência da lei que proibia a utilização dos aludidos fogos, que jamais sofreu advertências por parte de nenhum órgão ou pessoa. Dessa forma, postulou pela absolvição do acusado, com base no art. 21 do Código Penal (erro de proibição) ou, subsidiariamente, a desclassificação do crime, fulcro art. 20, §1º e 2º do Código Penal (erro de tipo induzido por terceiro), ou, ainda, requereu a impronúncia do acusado. Por fim, ainda subsidiariamente, postulou pelo afastamento das qualificadoras.

A Defesa Técnica do acusado Mauro, alegou, em apertada síntese, que este era apenas sócio investidor da boate, sem nenhum poder de mando, não devendo ser responsabilizado por eventuais irregularidades constantes da boate que eram anteriores à data de sua entrada na sociedade. Aduziu, ainda, que para a decisão de pronúncia, deve-se levar em conta o princípio do '*in dubio pro reo*', e que no caso em apreço há de se ter certeza inabalável no que tange à autoria e existência do crime. Alegou que o acusado não participou das reformas da boate, nem da colocação da aludida espuma tóxica, dos guarda-corpos, tampouco participava da escolha das bandas que se apresentariam na Kiss, não havendo provas de que ele sabia ou assentia com a utilização de artefatos pirotécnicos nos shows. Arguiu, ainda, não haver prova da alegada superlotação da boate, impugnando elementos da cadeia causal atribuídos ao acusado. Impugnou, ainda, a menção aos extintores de incêndio nos memoriais acusatórios, eis que não constavam na exordial acusatória. Alegou não ter havido dolo eventual, referindo também sua incompatibilidade com o instituto da tentativa. Dessa forma, postulou pela improcedência da denúncia, com a absolvição sumária do acusado, fulcro art. 415, inciso II do Código de Processo Penal, por restar comprovado que não foi ele o autor dos fatos; alternativamente, requereu a impronúncia do acusado, por não haver

indícios suficientes de autoria ou participação; subsidiariamente, requereu a desclassificação para delito não doloso contra a vida, diante da ausência de *animus necandi*, e, por fim, em caso de pronúncia, requereu exclusão de todas as circunstâncias qualificadoras (fls. 13663/13940).

A Defesa Técnica do acusado Elissandro, por sua vez, postulou pelo acolhimento das preliminares de nulidade processual no que diz respeito à incompetência deste juízo e pelo envio de cópias do processo ao TJRS; inépcia da exordial acusatória; perda de prazo para oferecimento da denúncia; nulidade por não terem sido inquiridas todas as vítimas/testemunhas apontadas/arroladas pela defesa; do cerceamento de defesa pela limitação de peritos ouvidos em juízo; nulidade pela ausência de comprovação da eficácia do método utilizado pelos peritos; nulidade pela ausência de aditamento à denúncia para alteração da indicação das vítimas; nulidade das audiências presididas pelo titular da Vara do Tribunal do Júri de Santa Maria em outras comarcas e da precatória cumprida na comarca do Rio de Janeiro/RJ; suspeição dos promotores de justiça que atuam no presente feito; nulidade por desrespeito aos ditames do art. 212 do CPP; da necessidade de reinquirir o delegado Marcelo Arigony; da análise sobre a necessidade da inquirição de testemunhas referidas; da impossibilidade da habilitação de uma pessoa jurídica e da impossibilidade do assistente de acusação arrolar testemunhas; do cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de requisição do áudio de entrevista concedida pelo promotor Ricardo Lozza; do cerceamento de defesa pela ausência de tradução de documentos e pela juntada de documentos apenas em estágio avançado do processo. Quanto ao mérito, arguiu que restou descaracterizado o dolo eventual e todas as qualificadoras, postulando, dessa forma, pela improcedência da denúncia quanto à imputação de dolo eventual nos homicídios e nas tentativas, afastando-se, em qualquer hipótese, as qualificadoras constantes na denúncia. Requereu a absolvição, impronúncia ou desclassificação da conduta imputada ao acusado; a absolvição ou

impronúncia do acusado quanto aos delitos tentados, por incoerência lógica ou impossibilidade jurídica, diante da inequívoca incompatibilidade entre os institutos do dolo eventual e da tentativa. Em caso de pronúncia, requereu a indicação da materialidade e autoria em relação a cada vítima, tanto no consumado quanto no tentado, caso não seja aceita a arguição de inépcia da denúncia. Por fim, requereu a aplicação da regra constante no art. 417 do CPP em relação às pessoas que foram indiciadas no inquérito policial e foram mantidas afastadas da ação penal (fls. 13942/14011).

Chegaram-me conclusos os autos.

Em síntese, é o relatório.

Dirijo-me à decisão.

“...todo virtuosismo técnico se faz perigoso, quando não acompanhado de uma igual proporção pelo real”.

(G. Radbruch)

Cuida-se de uma ação penal proposta pelo Ministério Público contra os acusados, imputando-lhes a prática de homicídios e tentativas de homicídios dolosos qualificados, ocorridos em 27/01/2013, que ficou conhecida como “tragédia de Santa Maria”, dando-os como incursos 242 vezes nas sanções do art. 121, §2º incisos I e II, e no mínimo 636 vezes (número de sobreviventes identificados por ocasião do oferecimento da denúncia) nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e II, na forma dos arts. 14, inciso II, 29 caput e 70, primeira parte, todos do Código Penal.

De rigor, registrar, exordialmente, que um processo penal justo e equitativo não pode ser fulcrado apenas (tão somente) na centralização de princípios isoladamente consagrados na Constituição Federal, senão na harmonização desses princípios, textos internacionais, legislação ordinária específica e demais postulados jurisprudenciais.

Foi o que procuramos fazer.

Pois bem. Apenas a Defesa do Acusado Elissandro ofertou preliminares.

Passo a enfrentá-las.

Inicialmente, postula a defesa de Elissandro Spohr pela nulidade do processo, alegando, em suma, que a autoridade policial promoveu erroneamente a cisão da investigação, e que todo o caso deveria ter sido remetido ao Tribunal de Justiça, tendo em vista a conexão dos delitos ora apurados com o de indivíduos que desfrutariam de prerrogativa de foro, justificando-se a reunião dos processos naquela instância. Postulou, destarte, pelo reconhecimento da incompetência do juízo da Vara do Júri de Santa Maria para apreciação da pretensão punitiva aforada.

Não colhe a pretensão preliminar.

De plano, destaco que o delito atribuído aos acusados (doloso contra a vida) deve, sim, seguir o rito estabelecido pelo Código de Processo Penal relativo ao Tribunal do Júri, não havendo o que se questionar a respeito, vez que o artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal c/c os artigos 74, § 1º e artigo 406 e seguintes do Código de Processo Penal são de clareza meridiana - expressos a respeito.

Conforme já foi exaustivamente debatido nos autos, e

decidido, a conexão no processo penal não se trata de critério de fixação da competência, mas de motivo ensejador de alteração, haja vista que só se estabelece quando houver algum ligame, vínculo entre uma infração e outra.

À guisa de argumentação, a conexão é a regra que determina que certas ações devam ser julgadas conjuntamente por estarem intrinsecamente relacionadas umas às outras (ou por economia processual) a fim de permitir uma produção única de provas, objetivando garantir decisões judiciais consonantes para uma mesma situação, destarte, evitando sentenças contraditórias para diferentes réus relativamente ao mesmo caso, e/ou permitindo também um prazo razoável de duração do processo.

Trata-se de regra processual prevista no Código de Processo Penal, cuja observância pode ser flexibilizada diante de inúmeras situações, mormente quando as circunstâncias a justificarem.

A regra que determina a prerrogativa de foro ao Prefeito e aos membros do Ministério Público, é prevista na Constituição Federal.

Não obstante, o agente que supostamente implicaria na alteração de competência, por ter foro definido por prerrogativa de função, sequer constou como indiciado e, tampouco, denunciado pelo Ministério Público na ação proposta. Não há notícia, igualmente, de que tenha sido instaurada ação contra ele junto à instância competente.

Nessa seara, não cabia, sob qualquer pretexto, a este juízo, definir a responsabilidade a ser apurada quanto à conduta de pessoas com foro por prerrogativa de função, tampouco determinar a remessa dos autos à instância que seria competente para apuração deste fato, como postula a Defesa.

Até porque, o princípio da correlação estabelece que a sentença deve guardar relação com o pedido, não podendo o julgador se afastar do perímetro firmado pelo petitório, sob pena de ferir, inclusive, o princípio acusatório.

Ademais, para os delitos descritos na vestibular acusatória, existe previsão constitucional de competência do Tribunal do Júri do local do fato. Em razão disso, seu status na hierarquia entre as normas jurídicas é superior ao da regra sobre conexão, o que significa dizer que prevalece sobre esta, afastando-se a reunião dos processos por conexão.

Avanço.

Mesmo que existissem investigações ou denúncias contra estes acusados, apenas por força de argumentação, tal, não justificaria suspender o presente feito, haja vista que os ora acusados teriam, em tese, o direito constitucional de serem julgados pelo Tribunal Popular, vez que preponderante a regra constitucional sobre competência do júri à norma de lei ordinária (CPP) - sobre competência por conexão ou continência¹.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Habeas Corpus, manifestou-se sobre o tema, **ressaltando a competência da Vara do Tribunal do Júri de Santa Maria para processar e julgar o presente feito, ao passo que a eventual investigação de pessoas que gozam de foro privilegiado não altera a competência deste juízo**, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DA BOATE KISS. APONTADA ILEGALIDADE DECORRENTE DE SUPOSTO DESMEMBRAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA OITO RÉUS, QUE NÃO DETÉM PRERROGATIVA

1 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volumes 1 e 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE FORO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA. A EVENTUAL INVESTIGAÇÃO DE OUTRAS PESSOAS, QUE GOZAM DE FORO PRIVILEGIADO, NÃO ALTERA AQUELA COMPETÊNCIA. Ordem de habeas corpus denegada. (Habeas Corpus Nº 70054207881, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 08/05/2013) (grifo nosso)

No julgado, o Ilustre Desembargador Relator Manuel José Martinez Lucas adotou como razões de decidir trecho do parecer do Procurador de Justiça Ivan Melgaré, do qual se destaca a seguinte passagem, pois aborda precisamente a questão ora em tela:

“Pessoas detentoras de foro privilegiado em razão da função, como um Prefeito Municipal, atraem para esse foro, quando processadas, os corréus que não gozam do privilégio, face o princípio da conexão e continência (artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal). Porém, a conditio sine qua non para que isso ocorra está no “quando processadas”, o que demanda a existência, no Foro Especial, de ação penal regularmente instaurada contra o detentor do direito.

Usando o caso concreto como exemplo, se o Prefeito Municipal de Santa Maria for denunciado como partícipe dos fatos que determinaram o incêndio da boate Kiss, o processo contra ele será promovido perante a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, e todos os demais envolvidos, inclusive o paciente, passarão à jurisdição daquele órgão fracionário. **Mas, enquanto essa denúncia não for oferecida, tal regra tem interesse meramente teórico; não há processo na 4ª Câmara relativo ao fato; portanto, a 4ª Câmara não tem competência originária para processar e julgar o feito que, contra réus não detentores de cargos públicos que determinem privilégio de foro, tramita no Juízo a quo.**

Ao fim e ao cabo, a pretensão do impetrante está baseada na possibilidade futura e incerta de que o Prefeito Municipal possa vir a ser denunciado. Se, e quando, isso se tornar realidade, a questão terá viés jurídico, mas, por enquanto, não passa de exercício de futurologia.” (grifo nosso)

Não merece prosperar, de igual sorte, a alegação defensiva de que a autoridade policial teria procedido a “cisão da investigação”, contrariando o disposto na legislação processual penal pátria, pois não teria atribuição para tanto.

O que ocorreu no caso testilhado, em verdade, foi o mero

envio de cópias dos autos da investigação, a título de prestação de informações, para o Egrégio TJRS. Não se observa “cisão” no procedimento investigatório, vez que não se iniciou um novo procedimento, presidido pela autoridade policial, em virtude da mera remessa de cópia dos autos para o Tribunal de Justiça, o qual **seria** competente para processar e julgar crimes cometidos pelas autoridades já citadas, as quais sequer foram denunciadas pelo *parquet*.

O relatório do inquérito policial informa, inclusive, que foram tomadas providências para encaminhamento das informações obtidas às instâncias competentes para sua apuração.

No acórdão suprarreferido, ainda, tal questão foi abordada e rebatida pelo TJRS, fazendo-se oportuna a transcrição do seguinte trecho da decisão:

Após o atento exame dos fundamentos da presente impetração, concluo que a *quaestio juris* posta nos autos - a apontada ilegalidade decorrente de suposto ‘desmembramento’ do feito realizado pela autoridade policial - foi abordada com absoluta proficiência pelo ilustre Procurador de Justiça que oficiou no feito, Dr. Ivan Melgaré.

Da mesma forma, verifico que a decisão atacada, da lavra do MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, aliás transcrita no parecer do representante do Parquet, não merece qualquer reparo, tendo enfrentado de forma absolutamente adequada a matéria alegada pelo ora impetrante.

Assim sendo, porque qualquer acréscimo de minha parte se revelaria tautológico, eis que imelhoráveis aqueles fundamentos, permito-me adotar o referido parecer como razão de decidir, passando a transcrevê-lo:

“1. Em primeiro lugar, a remessa pela autoridade policial, de cópias do inquérito ao Tribunal de Justiça do Estado, à Justiça Militar Estadual, e à Procuradoria de Justiça, que o impetrante chama de “desmembramento do feito”, nada tem de irregular, e sequer cabe na definição de “desmembramento”. Caberia, se as pessoas cujos nomes foram encaminhados ao exame desses órgãos especiais figurassem no inquérito como indiciados. No entanto, não é essa a hipótese. As cópias visavam permitir que o Tribunal de Justiça, por sua 4ª Câmara

Criminal, a Justiça Militar do Estado, e a Procuradoria de Justiça, tomassem conhecimento de indícios recolhidos contra pessoas que, embora não indiciadas, poderiam ter algum tipo de responsabilidade no evento, e decidissem sobre o cabimento, ou descabimento, de ações penais contra elas. A providência não dependia de autorização jurisdicional alguma, e não tem qualquer repercussão negativa na higidez do processo criminal instaurado em Santa Maria (fls. 5.873/5.877 e 5.881/5.888 do apenso).

2. No que concerne à alegada incompetência do Juízo, o fundamento é igualmente precário.

Pessoas detentoras de foro privilegiado em razão da função, como um Prefeito Municipal, atraem para esse foro, quando processadas, os corréus que não gozam do privilégio, face o princípio da conexão e continência (artigos 76 e seguintes do Código de Processo Penal). Porém, a *conditio sine qua non* para que isso ocorra está no “quando processadas”, o que demanda a existência, no Foro Especial, de ação penal regularmente instaurada contra o detentor do direito.

Usando o caso concreto como exemplo, se o Prefeito Municipal de Santa Maria for denunciado como partícipe dos fatos que determinaram o incêndio da boate Kiss, o processo contra ele será promovido perante a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, e todos os demais envolvidos, inclusive o paciente, passarão à jurisdição daquele órgão fracionário. Mas, enquanto essa denúncia não for oferecida, tal regra tem interesse meramente teórico; não há processo na 4ª Câmara relativo ao fato; portanto, a 4ª Câmara não tem competência originária para processar e julgar o feito que, contra réus não detentores de cargos públicos que determinem privilégio de foro, tramita no Juízo *a quo*.

Ao fim e ao cabo, a pretensão do impetrante está baseada na **possibilidade futura e incerta** de que o Prefeito Municipal possa vir a ser denunciado. **Se**, e **quando**, isso se tornar realidade, a questão terá viés jurídico, mas, por enquanto, não passa de exercício de futurologia. Registre-se que a questão foi analisada de forma esmerada, mais uma vez, pelo Ilustre Magistrado, Dr. Ulysses Fonseca Louzada, nos seguintes termos: “(...).

Já no que toca à **competência para julgamento da ação**, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a manifestação da Defesa de **Elissandro**, que requereu a remessa do inquérito ao Tribunal de Justiça, tendo em vista a conexão dos delitos ora apurados com o de indivíduos que desfrutariam de prerrogativa de foro, justificando-se a reunião dos processos naquela instância.

Embora não haja razão para desentranhamento da petição, como requerido pelo Ministério Público, as alegações da Defesa não merecem acolhida.

A conexão entre processos é a regra que determina que certas ações sejam julgadas conjuntamente, por estarem intrinsecamente relacionadas umas às outras, ou por

economia processual, a fim de permitir uma produção única de provas. As regras de conexão possuem o escopo de garantir decisões judiciais consonantes para uma mesma situação, objetivando evitar sentenças contraditórias para diferentes réus no mesmo caso, por exemplo.

Trata-se de regra processual, prevista no Código de Processo Penal, cuja observância pode ser flexibilizada diante de inúmeras situações, quando justificada pelas circunstâncias.

A regra que determina a prerrogativa de foro ao prefeito e aos membros do Ministério Público, porém, é prevista na Constituição Federal, assim como a regra que determina a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos delitos dolosos contra a vida e os conexos a estes.

Diante da competência do Tribunal de Justiça para, eventualmente, julgar esses agentes, requereu a Defesa de Elissandro que os autos fossem inteiramente encaminhados à segunda instância, de forma a prevalecer a regra de conexão dos processos.

Observo, no entanto, que o agente que supostamente implicaria na alteração de competência por ter foro definido por prerrogativa de função sequer constou como indiciado, e tampouco foi denunciado pelo Ministério Público na ação proposta. Não há notícia, igualmente, de que tenha sido instaurada ação contra ele junto à instância competente. Desta forma, não cabe, de forma alguma, a este juízo definir a responsabilidade a ser apurada quanto à conduta do Prefeito Municipal de Santa Maria, tampouco determinar a remessa dos autos à instância que seria competente para apuração deste fato, como pretende a Defesa.

Tais diligências são de atribuição da autoridade policial, não havendo ingerência deste juízo quanto à comunicação de indícios de crimes cometidos por agentes sobre os quais não se tem competência para julgamento. O relatório do inquérito policial informa, inclusive, que foram tomadas providências para encaminhamento das informações obtidas às instâncias competentes para sua apuração.

Consigno, ainda, que para os delitos descritos na denúncia, existe previsão constitucional de competência do tribunal do júri do local do fato. Em razão disso, seu status na hierarquia entre as normas jurídicas é superior ao da regra sobre conexão, o que significa dizer que prevalece sobre esta, afastando-se a reunião dos processos por conexão.

Assim, o juízo competente para análise do fato, conforme trazido a este Estado-juiz pela denúncia, é indubitavelmente a Vara do Tribunal do Júri da cidade de Santa Maria; tanto porque não há acusação formal, ou ação instaurada contra agente cujo foro seja especificado por prerrogativa de função, como porque, mesmo se houvesse, seria caso de flexibilizar-se as

regras de conexão, dividindo-se os processos entre o referente ao agente que detém foro especial e o dos demais, conexos ao crime doloso contra a vida, por tratar-se do Juiz Natural do fato.

Destarte, em que pese o brilhantismo e a diligência do Nobre Defensor, **indefiro o requerimento da Defesa quanto ao reconhecimento de incompetência deste juízo.**

(...)."

A decisão é incensurável, não acarretando constrangimento ilegal de qualquer natureza."

Em grau de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (nº 38.793 - RS), do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão alhures, indeferindo pedido liminar, não verificando qualquer ilegalidade na manutenção da competência.

Postulou também a Defesa do acusado Elissandro a inépcia da denúncia, posto que a exordial acusatória não teria descrito "o fato com todas as suas circunstâncias", conforme preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal e, tampouco, teria a peça ovo especificado as "circunstâncias alheias a vontade do agente" no caso das tentativas de homicídio, não tendo descrito as lesões sofridas pelas vítimas e nem a existência do risco de morte.

Pois bem.

Pela leitura atenta que se pode fazer do art. 41 do Código de Processo Penal, pode-se verificar que a lei processual determina que a denúncia deve descrever de forma clara e objetiva os fatos tidos como delituosos, para tanto descrevendo a narração dos elementos essenciais e circunstâncias que lhe são inerentes, cujo objetivo (específico) é permitir aos acusados o exercício pleno do direito de defesa, sob pena de inépcia da exordial acusatória.

Giza-se que a denúncia (a bem da verdade) é uma proposta

demonstrativa da ocorrência de um fato típico em que a autoria é atribuída a uma determinada pessoa. E, por ser mera proposta, em respeito aos princípios do contraditório e da mais ampla e inarredável defesa, sujeita-se (obrigatoriamente) à investigação judicial a fim de ser verificada sua veracidade (ou não) para, ao fim e ao cabo, ser emitido um juízo de valor a respeito pelo Poder Judiciário.

Cotejando-se o referido artigo com a peça vestibular, verifico que o trabalho do Ministério Público se mostrou irrepreensível no que toca à descrição clara e concisa do fato criminoso, justificando a capitulação atribuída a cada um, com farta documentação.

Em outras palavras, nota-se que o Ministério Público ao oferecer a exordial acusatória não se limitou a, simplesmente, repetir os termos da lei, mas apontou as circunstâncias concretas que dariam azo à inauguração da persecução penal.

Igualmente, encontram-se perfeitamente qualificados os acusados, apresentado o rol testemunhal elencadas e as provas que seriam produzidas.

Preenchidos, pois, tais requisitos, formalmente, inépcia não há.

Neste diapasão:

AC Nº. 70.057.968.687 AC/M 5.247 - S 30.04.2014 - P 11
APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO E
FORMAÇÃO DE QUADRILHA. **No caso, a preliminar de inépcia da denúncia, por descrição genérica dos fatos e por ausência de individualização da conduta de cada réu, vai rejeitada, porque a peça acusatória contém a exposição dos fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação penal das imputações e o rol de testemunhas, em conformidade com o art. 41 do C.P.P., oportunizando ao réu o exercício pleno do direito à ampla defesa, não estando configuradas as nulidades**

alegadas. Roubo triplamente majorado. A materialidade e a autoria concursada do réu sobre o fato-subtração estão comprovadas no caderno processual, em especial nos relatos seguros e coerentes das vítimas e nas interceptações e quebra de sigilo telefônicas acostadas aos autos, realizadas com autorização judicial. Ademais, a versão exculpatória foi deduzida apenas em Juízo, ademais de não comprovada com firmeza e segurança, impendendo manter o veredicto de inculpação sufragado contra o réu na sentença recorrida. No entanto, a majorante da restrição da liberdade das vítimas vai afastada, por não configurada no iter criminis desenvolvido, mas o emprego de arma e o concurso de agentes estão comprovados com segurança, firmeza e idoneidade nos depoimentos das vítimas. Formação de quadrilha armada. No ponto, há prova segura dos elementos configuradores do crime em relação ao réu, estando comprovado que pelo menos quatro agentes - o réu e mais três corréus já condenados no feito cindido - possuíam vínculo estável de associação com outros indivíduos, com a finalidade de praticar crimes, dentre eles o roubo apurado no caso sob exame, além de outros sob investigação em processos diversos. Por fim, a pena carcerária definitiva do réu vai reduzida, mantido o regime inicial fechado para o seu cumprimento. PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057968687, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 30/04/2014) (grifo nosso)

O fato típico atribuído pela acusação, da forma como foi exposto, permite(iu) aos acusados terem conhecimento exato dos limites da acusação e das condutas atribuídas a cada um, possibilitando o exercício pleno de suas prerrogativas constitucionais, mormente da mais ampla e irrefutável defesa.

Registro, sob o prisma da razoabilidade, que a precisão absoluta é impossível no caso dos autos, de modo que a denúncia pode ser oferecida estabelecendo as circunstâncias gerais e comuns a todos os fatos e vítimas, de modo a delimitar tudo o mais especificadamente *possível*.

Assevero, de outra banda, que a alegação de inépcia só pode ser acolhida se restar evidenciado de tal forma que impossibilite a defesa do acusado, o que não se vislumbra no caso em testilha. Ao revés, a exordial mostra-se apta a ensejar a ampla

defesa, em consonância com o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Cumpra obtemperar o julgamento do *Habeas Corpus* n. 7054351861, impetrado pela própria Defesa de **Elissandro** junto ao Tribunal de Justiça do Estado, em que a Primeira Câmara Criminal, à unanimidade, afastou o argumento de inépcia da inicial trazido pelo Defensor, inclusive no que se refere à possibilidade de imputação de crime mediante dolo eventual dar-se na forma tentada, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INÚMERAS CRÍTICAS À REDAÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA. DEFEITO NÃO CONFIGURADO. Tendo em vista o gigantesco número de vítimas da tragédia - 877 ao todo, sendo 241 vítimas fatais e 636 sobreviventes - não se revela inepta a denúncia que faz uma descrição global do episódio, arrolando em anexo todas aquelas vítimas, ao invés de descrever cada fato em relação a cada vítima, repetindo *ipsis litteris* a mesma narrativa 877 vezes. De outra banda, a descrição feita satisfaz os requisitos do art. 41 do CPP e permite o pleno exercício do direito de defesa. Ademais, situações particulares referentes a determinadas vítimas envolvem matéria de fato, a ser solvida no momento oportuno, não caracterizando a inépcia da peça vestibular. Ordem de habeas corpus denegada. (Habeas Corpus Nº 70054351861, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 29/05/2013) (grifo nosso)

Mas, quiçá, o argumento mais forte, a pá de cal seja, efetivamente, o próprio patrocínio brilhante e diligente ofertado pelo Advogado do acusado Elissandro que, mesmo antes da denúncia (fase investigativa), em todos os momentos, foi extremamente competente e contundente na defesa do acusado, demonstrando, à saciedade, que o réu sempre teve (e tem) a melhor e mais indefectível defesa. Nada, absolutamente nada, passou-lhe despercebido.

Nulidade, pois, não houve.

Mas, vai além a Nobre e Diligente Defesa do acusado Elissandro, aduzindo também a perda de prazo para oferecimento da denúncia.

Quanto à alegação de perda de prazo para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, de modo fossem desentranhados dos autos os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, esta também já foi rechaçada nos autos.

Assiste razão à Defesa ao apontar que o Órgão Ministerial ofereceu a denúncia com um dia de atraso em relação ao prazo legal. É verdade.

Ocorre, entretanto, que a extrapolação do prazo, dadas as peculiaridades do caso concreto – principalmente em razão da extensão do inquérito policial que lastreou a denúncia – afigura-se totalmente razoável. Aliás, foi justamente em razão do grande número de páginas e complexidade que compõem a presente ação penal que as Defesas confortavelmente tiveram o prazo alargado para apresentação da Resposta, bem como (neste momento) para a apresentação das Alegações Finais.

Ainda, requereu a Defesa o desentranhamento de todos os depoimentos das testemunhas de acusação, em virtude da alegação da perda de prazo. Contudo, a consequência legal para o atraso seria a abertura de prazo para a propositura de ação penal privada substitutiva da pública e não o indeferimento do rol apresentado e seu desentranhamento dos autos.

E não poderia ser diferente. O caso vertente é altamente complexo e demanda uma imensidão de situações, requerimentos, circunstâncias e consequências, aliado ao imenso número de vítimas e pretensões de todas as partes, à qual a aplicação da lei processual penal tem que se adaptar.

Improcede, também, a referida preliminar.

Quanto à alegação de nulidade pela não inquirição de todas as pessoas arroladas pela defesa – entre vítimas e informantes -, também não merece acolhida.

Em recente julgamento do Habeas Corpus 131158 impetrado pela Defesa de Elissandro, o Supremo Tribunal Federal rejeitou tal alegação – como já havia sido amplamente fundamentado nos presentes autos.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INCÊNDIO NA BOATE KISS. ART. 121, § 2º, I E III, (241 VEZES) E ART. 121, § 2º, I, C/C O ART. 14, II (636 VEZES), TODOS DO CÓDIGO PENAL. OITIVA DE TODAS AS VÍTIMAS. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA DENÚNCIA SEM ADITAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. OITIVA DE INFORMANTES. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. DENÚNCIA EXTEMPORÂNEA. EXTENSA INVESTIGAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE. EXCLUSÃO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Muito embora o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva de todas as vítimas não é prova imprescindível para a condenação. O processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir. 2. Na hipótese, além de não ser necessária a oitiva das 636 vítimas, a adoção dessa medida traria grave prejuízo não só à marcha processual, como também à regular tramitação dos demais feitos de que se ocupa a Vara de origem. 3. Ainda que, em razão de erro material, tenha ocorrido modificação na denúncia - com a retirada do nome de Bruna Caponi do rol de vítimas fatais, e sua inclusão entre as vítimas sobreviventes, além da inclusão da vítima fatal Thailan de Oliveira, confundida com outra vítima fatal (Thailan Rehbein) -, tal retificação não implicou alteração substancial da denúncia, uma vez que os fatos imputados aos acusados permaneceram os mesmos. 4. Não há previsão legal, no rito do Tribunal do Júri, para oitiva de informantes, nada obstante a que - como ocorreu na espécie - o Juízo consigne que os informantes, se necessário, serão ouvidos como testemunhas do juízo. 5. A jurisprudência desta Corte já assentou que o prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal é impróprio, o que significa dizer que, excepcionalmente, admite-se que sofra

sensível dilação, desde que o atraso esteja devidamente justificado. Por se tratar de feito complexo, com extenso inquérito policial, mostra-se extremamente razoável o atraso de 1 dia para o oferecimento da denúncia. 6. A consequência legal para o atraso no oferecimento da denúncia seria, quando muito, a abertura de prazo para a propositura de ação penal privada subsidiária da pública e não o indeferimento do rol de testemunhas apresentado. 7. Recurso não provido. (RHC 40.587/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015) (grifo nosso)

Ora, seriam necessárias 954 horas de audiência para colher o testemunho de todos os sobreviventes, o que provocaria prejuízo à conclusão da instrução processual em prazo razoável – o que deveria ser o intuito de todas as partes do processo.

Ademais, boa parte das vítimas não contribuiu de forma significativa para a elucidação do caso, pois as descrições dos fatos se repetiam – nada de novo se acrescentaria, vindo de encontro ao princípio da efetividade e da razoabilidade.

Soma-se a isso o fato de que o rito do Tribunal do Júri, previsto no art. 411 do Código de Processo Penal, que dispõe “na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se *possível*, (...)”, permitindo exegeses sob dois aspectos distintos: material e processual. O primeiro no sentido de que o ofendido deve ser ouvido sempre que puder ser identificado e tenha condições físicas e mentais de prestar seu depoimento; o segundo, que o depoimento deva ser colhido sempre que for útil, necessário.

É de uma clareza meridiana.

Acresce-se, ainda, o fato de que a legislação processual penal autoriza ao magistrado o indeferir de requerimentos, diligências ou testemunhos quando desnecessários, irrelevantes ou protelatórios. É dizer, fica ao crivo do juiz que, *a primo*, sempre

teve como baluarte os princípios da efetividade, contraditório, instrumentalidade – o que facilmente se pode verificar nas decisões que se encontram dentro do caderno processual – alusão expressa, inclusive – da conveniência, ou não.

Até porque, a efetividade do processo penal não interessa apenas as partes envolvidas diretamente, mas a toda coletividade.

A sociedade exige, tem interesse que seja obtida uma prestação jurisdicional eficiente, rápida, para que possa ser esclarecido o que realmente aconteceu no palco dos acontecimentos, e o Poder Judiciário tem essa função/dever e de maneira efetiva, porque no processo penal, ao lado das liberdades e demais garantias do acusado (o que é irrefutável), devem ser protegidos outros bens jurídicos (também tutelados) fundamentais para a sociedade, mormente uma tutela jurisdicional efetiva.

No presente caso, a reiteração de depoimentos foi evitada para impedir atraso no andamento do feito pela ouvida de centenas de pessoas e pela desnecessidade de impor às vítimas inquirições que relembriam eventos traumáticos de forma desnecessária, pois as descrições repetiam os mesmos fatos.

Ademais, o princípio do livre convencimento motivado permite ao magistrado que forme seu juízo sobre o fato de acordo com as provas oferecidas, desde que indique quais tiveram influência preponderante sobre as demais, sem vincular sua decisão ao fornecimento de determinado elemento de prova.

No sentido da prescindibilidade de oitiva dos ofendidos, que pode ser suprida por outro meio de prova, segue o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL - OITIVA DA VÍTIMA - OPÇÃO -
PRECATÓRIA - PRAZO - ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO -

PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBATÓRIO - DOSIMETRIA DAS PENAS - AUMENTO DE 3/8. **Durante o sumário de culpa, a oitiva da vítima é simplesmente facultativa, de modo que não há nulidade em não ouvi-la.** (...) (TJ-MG, Apelação Criminal 1.0188.04.028746-1/001, Rel. Des.(a) William Silvestrini, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/06/2006, publicação da súmula em 11/07/2006) (grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, NA FORMA DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. DELITO QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. OITIVA DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA EM JUÍZO. DESNECESSIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. MAJORAÇÃO DA PENA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO. (...) II - **Ainda que o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva da vítima não é prova imprescindível para a condenação. O processo penal brasileiro se pauta pelo princípio do livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir** (Precedentes). III - (...) Writ parcialmente concedido. (HC 44229/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 20/03/2006, p. 314) (grifo nosso)

De outra banda, o ouvir das vítimas atingiu o fim previsto pelo artigo 201 do Código de Processo Penal, não advindo qualquer prejuízo, vez que nada acrescentariam ouvir todas (grifei) as vítimas.

E, nesse ponto, não há sequer falar em atipicidade do ato ou, de amor à forma pela forma em si ou, (de)feito com irregularidades, exatamente porque o objetivo da norma – ouvir a fala da vítima (leia-se: visão da vítima) - foi totalmente cumprido. É pontuar: o nível de eficácia foi atingido, o fito foi alcançado.

Na mesma trilha, não há qualquer tipo de cerceamento de defesa na limitação, por este juízo, do número de peritos a serem ouvidos.

Com efeito, ao longo da instrução, diversos *experts* foram

ouvidos, de modo a formar lastro probatório deveras robusto.

Não havia cabimento, no entendimento deste julgador, colher declarações de mais peritos, pois o número de técnicos deveria ser (e foi) definido com base na razoabilidade e necessidade; o número de pareceres técnicos e esclarecimentos prestados foi (e é) suficiente para uma correta compreensão dos fatos em testilha.

Dessarte, ainda que uma das bases estruturais do devido processo legal seja o Contraditório e a Ampla Defesa – ladeado pelo Princípio da Não Culpabilidade -, instrumentalizando o processo como via de garantia constitucional do indivíduo perante o Estado, o juiz não está preso ao que as partes entendem (isoladamente) como conveniente, tendo liberdade para filtrar aquilo que entender adequado e que poderá acrescentar na formação de seu convencimento; ninguém melhor que o Juiz – destinatário – para saber se as provas trazidas pelas partes são suficientes, ou não, para a formação do seu próprio convencimento.

Deixar exclusivamente às partes, excluindo-se o Juiz, para identificar/buscar aquilo que o Julgador está em dúvida, além de ilógico, seria um trabalho de adivinhação, o que não soa permitido.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão posta, não há como se falar em nulidade do processo, atipia, por contrariedade aos artigos 201 e 411 do Código de Processo Penal.

Mas não fica somente nessas preliminares. Vai além a Ilustrada Defesa.

Asseverou a defesa de Elissandro também não ser possível ter certeza acerca de segurança do método utilizado pelos peritos

no processo, de modo a causar dúvida sobre a existência do crime.

Razão não lhe socorre.

Os peritos, quando ouvidos pelo juízo, deixaram claro em seus depoimentos, que os estudos realizadas em Buenos Aires não tiveram o condão de embasar nenhuma das perícias realizadas aqui, pelo IGP, eis que, à equipe, o método utilizado no Rio Grande do Sul era muito mais eficaz do que àquele utilizado na Argentina.

O Médico **Claudio Cityá** referiu ter convicção do que concluiu nos laudos (audiência do dia 06/10/15). O médico legista **Áureo Felipe Duarte**, no mesmo sentido, disse que suas conclusões sobre a causa da morte das pessoas se deu no dia do exame dos corpos, que os laudos laboratoriais apenas complementam a informação, sendo que descreveu o procedimento por ele adotado. **Marcos Soares** e **Arlindo de Vargas**, igualmente, também delinearão em juízo suas conclusões, de modo preciso e técnico, afastando qualquer dúvida que pudesse pairar sobre a causa morte ou eficácia dos métodos utilizados pelos *experts*.

Não calha, pois, a preliminar aduzida.

Quanto à alegação de nulidade por alterações nos nomes e quantidades de vítimas sem haver aditamento de denúncia, o STF também já rebateu essa questão no Habeas Corpus supramencionado, referindo que o fato foi detectado pelos representantes do próprio acusado, não havendo, portanto, prejuízo ou obstáculo ao exercício da defesa, pois a modificação da denúncia se deu em razão de sua própria atuação. A Suprema Corte também entendeu não ter sido violada a paridade de armas, pois foi permitido à defesa arrolar o mesmo número de testemunhas que o Ministério Público.

Assim, afastada também essa alegação de nulidade processual.

A respeito dos atos presididos por este juízo em outras Comarcas, bem como quanto à participação dos membros do Ministério Público de Santa Maria nos referidos atos, também não há como se cogitar de nulidade por ausência de competência deste Juiz, pois esta foi expressamente atribuída pelo Tribunal de Justiça, por meio do edital n. 102/2013 – COMAG, publicado na edição n. 5.183, do Diário da Justiça eletrônico, de 14/10/2013, p. 09, conforme já foi exaustivamente explanado nos presentes autos.

Esse edital autorizou a instalação de regime de exceção na 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, com a designação do magistrado titular para realizar as audiências nas comarcas para as quais foram expedidas cartas precatórias de oitiva de ofendidos e inquirição de testemunhas, neste feito.

Destaco que a Constituição Federal atribuiu à União e aos Estados a competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual. Nesses termos, a Lei Estadual n. 7.356/80, conhecida como Código de Organização Judiciária (COJE), define a composição e a competência dos órgãos judiciários estaduais, como os tribunais e os juízes de direito.

Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao qual é vinculado este juízo, possui vários órgãos, com diferentes atribuições, a fim de garantir o funcionamento administrativo. Dentre estes, tem-se o Conselho da Magistratura (COMAG), ao qual compete apreciar as propostas relativas ao planejamento da organização judiciária.

E, por conta dessa competência, o COMAG autorizou o regime de exceção, que confere ao magistrado titular competência para presidir as audiências relativas a este feito em outras comarcas.

Afinal, trata-se de processo bastante complexo, com milhares de páginas, além dos anexos, o que torna inviável que o Juízo deprecado tome integral conhecimento da demanda para realizar uma ou poucas audiências.

Logo, a instalação do regime de exceção vem ao encontro dos interesses das partes, principalmente, da Defesa – inclusive, alguns dos defensores dos acusados pediram expressamente ao julgador titular que tivesse esse cuidado, haja vista os prejuízos que tiveram em outras ocasiões, em virtude do desconhecimento de meandros do processo pelo juiz que presidiu a audiência.

E não poderia ser diferente. Se, os próprios Operadores do Direito, que estão diretamente vinculados a este processo, têm trabalho redobrado, o que se diria para quem, eventualmente, teria contato apenas com um instrumento remetido (carta precatória) de um processo física e extremamente volumoso!

Além disso, ressalto que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos processos originariamente de sua competência, adotam procedimento semelhante, que pode ser aplicado analogicamente ao presente feito. Nas referidas Cortes, os atos de instrução (tanto na sede do Tribunal quanto no local onde se devam produzir os atos) podem ser feitos por “juízes instrutores”, ou “de instrução”, o que contribui sobremaneira para a celeridade da colheita de provas, sem se descuidar do devido processo legal.

O Art. 3º da lei 8.658/93, que institui normas procedimentais para os processos perante o STJ e o STF, com sua redação modificada pela lei 12.019, dispõe que:

Art. 3º Compete ao relator:

I - determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal;

II - decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei.

III – convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juizes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato. (grifo nosso)

Por sua vez, o art. 21-A Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, atualizado pela Emenda Regimental nº 36/2009 determina que:

Art. 21-A. Compete ao relator convocar juizes ou desembargadores para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução dos inquéritos criminais e ações penais originárias, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato, bem como definir os limites de sua atuação.

§ 1º Caberá ao magistrado instrutor, convocado na forma do caput:

I – designar e realizar as audiências de interrogatório, inquirição de testemunhas, acareação, transação, suspensão condicional do processo, admonitórias e outras;

II – requisitar testemunhas e determinar condução coercitiva, caso necessário;

III – expedir e controlar o cumprimento das cartas de ordem;

IV – determinar intimações e notificações;

V – decidir questões incidentes durante a realização dos atos sob sua responsabilidade;

VI – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados;

VII – fixar ou prorrogar prazos para a prática de atos durante a instrução;

VIII – realizar inspeções judiciais;

IX – requisitar, junto aos órgãos locais do Poder Judiciário, o apoio de pessoal, equipamentos e instalações adequados para os atos processuais que devam ser produzidos fora da sede do Tribunal;

X – exercer outras funções que lhes sejam delegadas pelo Relator ou pelo Tribunal e relacionadas à instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias.

§ 2º As decisões proferidas pelo magistrado instrutor, no exercício das atribuições previstas no parágrafo anterior, ficam sujeitas ao posterior controle do relator, de ofício ou mediante provocação do interessado, no prazo de cinco dias contados da ciência do ato.

Dessa forma, ao ser permitida aos Ministros a delegação de poderes instrutórios nos processos penais de competência originária do STF e do STJ, o tempo de tramitação das demandas fica significativamente reduzido, ao passo que os magistrados instrutores realizam trabalho anteriormente conduzido por meio de “cartas de ordem”, procedimento este frequentemente moroso, que contribuía para o protelamento do processo, o que é diametralmente oposto à efetiva prestação jurisdicional.

Assim, observado o devido processo legal e respeitados o contraditório e a ampla defesa, não há qualquer óbice à adoção de tal procedimento no âmbito dos Tribunais Superiores. Do mesmo modo, não há atipia o fato de o magistrado titular da Vara do Tribunal do Júri de Santa Maria se deslocar para outras comarcas visando a presidir atos da instrução deste processo.

Ademais, cumprir as precatórias pessoalmente, vem ao encontro dos princípios do Juiz Natural e da Identidade Física do Juiz, inclusive ao encontro do Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece o direito dos acusados de serem ouvidos com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

O mesmo se diz quanto à presença dos Promotores de Justiça de Santa Maria nas audiências, consoante a Portaria n.º 0825/2013 que designou, em caráter excepcional e temporário, a atuação em conjunto do Dr. Maurício Trevisan e do Dr. Joel Oliveira Dutra, neste processo e correlatos. Dessa forma, não há qualquer ofensa processual em razão da presença do Ministério Público, posto que os Promotores de Justiça foram, excepcional e especificamente, designados para acompanhar este processo.

No que se refere ao cumprimento de Carta Precatória fora do Estado do Rio Grande do Sul, cuja jurisdição foge da alçada do

Poder Judiciário Estadual, fica, esta, a cargo do juiz que presidirá a solenidade, designando-a em conformidade com a disponibilidade de sua pauta. Base nisso, a análise de pedidos peticionados junto ao Juízo Deprecado diz respeito somente a ele, escapando, à evidência, da minha competência o fato de o Colega Magistrado ter levado certo tempo para proferir uma decisão e/ou de, supostamente, não ter recepcionado calorosamente os Defensores (se, aconteceram). Giza-se, apenas e mais uma vez, ser fisicamente impossível ao Nobre Colega estar em dois lugares ao mesmo tempo, quais sejam: atender os Defensores e presidir as audiências na Vara onde é titular.

Quanto ao suposto cerceamento de defesa ocorrido durante o cumprimento de carta precatória expedida para a Comarca do Rio de Janeiro para oitiva de um perito, em que pese as irregularidades apontadas pelo ilustre Defensor, além de não terem sido plenamente demonstradas, ressalto que, julgando necessário, nada impedirá que seja requerido o comparecimento do mencionado *expert* em plenário, caso haja julgamento pelo Tribunal do Júri.

A primeira fase do procedimento bifásico (ou trifásico) dos crimes de competência do Tribunal do Júri sequer permite análise à exaustão da prova, cabendo essas aos juízes naturais, em caso de ser reconhecida a existência de crime doloso contra a vida. A análise da existência dessa espécie de delito, friso, para este momento procedimental, pode ser feita com base nos elementos de prova trazidos à tona, à luz do contraditório e da mais ampla e irrestrita defesa.

Dessa forma, vai novamente afastada a aludida preliminar de nulidade processual.

Sigo.

Não há como se falar, ao contrário do sustentado pelo

Nobre Defensor de Elissandro Spohr, também em nulidade processual pela suspeição dos Promotores de Justiça que atuam no presente caso, fulcro no art. 564, inciso I do Código de Processo Penal.

O entendimento da Defesa no sentido de que agentes ministeriais “deveriam ser” investigados em procedimentos relativos ao caso não basta para que reste configurada a hipótese de nulidade mencionada. *A uma*, porque não passa de entendimento da defesa, o qual encontra guarida na versão exculpatória do réu Elissandro; *a duas*, porque não restou demonstrada, nos autos, a suspeição aludida.

Na esteira do que já foi decidido na exceção de suspeição nº 027/2.15.0006995-4 , não verifico, de plano, nenhuma comprovação cabal de que o Ministério Público agiu com dolo de esconder o inquérito mencionado pela defesa, ou que tenha atuado de forma parcial durante a tramitação da investigação e/ou do processo.

Isso porque, tal como ocorre no âmbito do Poder Judiciário, o Ministério Público também dispõe de um Sistema Informatizado de controle de expedientes em geral – o chamado Sistema Gerenciador de Promotorias. Nesse, a pesquisa é feita pelo nome da parte – vítima ou réu - sendo revelado quem são os reclamantes e os investigados; não sendo o caso da Boate Kiss no Inquérito Civil referido – dito como “omitido” -, pois, como já citado pelos próprios Defensores de Elissandro, o investigado neste expediente era o Município de Santa Maria – friso – e, não, a Boate Kiss.

Dessa forma, tal pesquisa, por parte do Agente Ministerial Joel, revelou a existência única e exclusivamente do Inquérito Civil que investigava a poluição sonora gerada pela casa noturna, não tendo como o Excepto ter conhecimento, à época, de que a Boate estava envolvida em outro expediente, onde era investigada a

Prefeitura de Santa Maria.

Afora isso, o que se têm conhecimento e veemência é que o dito Inquérito Civil supostamente “omitido” sequer tramitava sob a responsabilidade dos promotores atuantes no presente feito e, sim, de um terceiro agente ministerial que fiscalizava a aplicação da Lei quanto a bares e lancherias em Santa Maria, em face da Prefeitura Municipal.

Na ausência de motivo cabal, a fim de demonstrar efetivamente a suspeição ou imparcialidade da atuação de membro do Ministério Público, têm decidido os Tribunais de Justiça em todo país pela improcedência da pretensão arguida pela defesa em sede de preliminar, conforme os seguintes julgados são capazes de demonstrar:

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - FALTA DE DEMONSTRAÇÃO FÁTICA POR PROVAS NOS AUTOS DA EXISTÊNCIA DE SUSPEIÇÃO - DETERMINAR O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. - Não tendo o excipiente trazido aos autos qualquer prova que revelasse suspeição do Juiz excepto no julgamento da causa, deve ser julgada improcedente a exceção de suspeição. Encontrado em: JULGARAM IMPROCEDENTE A EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL 04/09/2013 - 4.../9/2013 Exceção Suspeição-Cv 10000121168793000 MG (TJ-MG) Hilda Teixeira da Costa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO PENA BRANCA DE SEGURIDADE SOCIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO.(...) 2. Em se tratando de exceção de suspeição, tão somente as partes possuem legitimidade para intentar o referido incidente, com base no art. 135 do Código de Processo Civil, sendo que a amizade ou a inimizade entre o representante do Ministério Público e o advogado de quaisquer daquelas não configuram causa jurídica passível de acolher o referido incidente, pois não estão previstas nas hipóteses de incidência do dispositivo legal precitado.3. Ademais, a irresignação do excipiente se deve a posicionamento técnico-jurídico adotado, tanto pelo culto Promotor de Justiça quanto pelo digno Magistrado, que atuam naquela Comarca de Garibaldi, alguns que nem ao menos foram objeto de recurso e outros que o sendo foram confirmados pela Superior Instância, e até mesmo contra decisões que ainda não foram apreciadas neste grau de jurisdição. Negado provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70028127850, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 13/05/2009)

Assim sendo, não soa plausível a arguição trazida pelo réu Elissandro, quando busca colocar – ou ao menos tentar colocar – em dúvida a parcialidade da atuação dos Promotores de Justiça.

Postulou ainda a Ilustre Defesa do acusado Elissandro, a nulidade pela inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal, no sentido de que as perguntas não fossem iniciadas pelo magistrado e, sim, pelas partes. Tal alegação também já foi amplamente decidida nos autos.

Não compartilho, pois, desse entendimento.

Inicialmente, porque o artigo 212 do Código de Processo Penal, em momento algum, seta nesse alvo.

É verdade que se fazia necessária uma mudança, e essa mudança trouxe melhorias significativas, mormente no que diz respeito à rapidez na produção da prova oral. Entrementes, isso não significa tenha ocorrido a mudança aduzida pelo Nobre Defensor, vez que a testemunha inicia seu depoimento impulsionada pelo Magistrado, relatando, de forma espontânea, o que sabe a respeito do fato – em observância ao artigo 203 do Código de Processo Penal.

A orientação do artigo 212 do Código de Processo Penal não constitui qualquer óbice à iniciativa do juiz em apurar o que aconteceu, pois seria um contrassenso impedir o próprio julgador de buscar o esclarecimento dos fatos.

Ademais, apresenta-se inconcebível que o Juiz se reserve numa posição de inércia, algemado, preso perante/durante a caminhada procedimental, simplesmente assistindo ao que tudo se apresenta quando, à verdade, tem ele o dever de prestar uma jurisdição efetiva, por força constitucional.

Uma afronta à Magna Carta seria, sim, algemar o Juiz encarregado de resolver o conflito criminal, impedindo-o de conhecer o fato e as provas. Ou, querer que o juiz conheça somente aquilo que a parte quer que ele conheça.

Mas não é só. A iniciativa instrutória pelo Juiz está intimamente ligada à função social da demanda, porque o destinatário da resposta é a própria sociedade.

O direito processual penal é regido por princípios publicistas, não servindo apenas aos interesses das partes mas, na mesma medida, como instrumento do Estado na busca de seus objetivos, resolver os conflitos que são trazidos à sua apreciação pela via processual.

O Juiz no processo penal atua como um garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais – por evidente – e de forma imparcial, só que a Carta Política não alberga apenas direitos e deveres para uma das partes, mas a ambas, inclusive à sociedade.

Não pode o Juiz, como Garantidor, colocar em vantagem uma parte em detrimento da outra; privilegiar o Estado diante do acusado e, vice versa, até porque a proteção do acusado também é um direito público.

Em nosso país, vinga o processo penal de partes, em que deve o juiz manter o tratamento isonômico entre elas, assegurando-lhes a paridade de armas.

A razoabilidade e a proporcionalidade devem ser (e são) os marcos.

E, exatamente por isso, não se pode conceber, ao meu

sentir, um Garantismo isolado e atrofiado, de mão única mas, *aliter* um Garantismo Integral, como refere brilhantemente Douglas Fischer², com duplo viés, proporcional e razoável, até porque ao lado dos direitos e garantias individuais, têm-se os direitos e garantias sociais, seja na Constituição Federal bem como no Pacto de São José da Costa Rica.

É dizer, se de um lado o Estado deve proteger o cidadão contra os excessos do direito penal e do processo penal (enquanto proibição de excessos – garantismo negativo – *übermasserbot*), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo positivo – *untermassverbot*). Não se pode retirar da sociedade o direito de exigir do Estado uma atuação eficiente e suficiente contra a possibilidade da ocorrência de um fato (em tese) típico. Fundamento este que vem sendo trabalhado por Ilustres Juristas como Luciano Feldens³ e Ingo Sarlet⁴, entre outros.

Cumpra obtemperar que, ninguém melhor que o Juiz – destinatário – para saber se as provas trazidas pelas partes são suficientes, ou não, para a formação do seu próprio convencimento. Até porque, as testemunhas, uma vez apontadas, são do processo e não da parte, exclusivamente.

Com efeito, as provas devem ser analisadas em seu conjunto, em homenagem ao princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, uma vez que, produzida, pertence (insisto) ao processo, não mais podendo dele ser desentranhada, posto que irrelevante saber quem a produziu. O processo é seu proprietário.

Ao meu sentir, qual a diferença em começar ouvindo o

²FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2013 p. 41/44.

³FELDENS, Luciano. **Constituição Penal**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 108; e Edison Mougnot Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a proibição do excesso e de insuficiência. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, jun. 2005, p. 107

relato ou, inquirir ao final? Qual prejuízo/parcialidade poderia advir se o Juiz sequer sabe o que a testemunha irá relatar, responder? Se a testemunha será inquirida em sequência pelas partes – à luz do contraditório e da mais ampla e inarredável defesa?

Efetivamente, não vejo nenhuma afronta ao sistema acusatório, tampouco à imparcialidade do julgador, até porque não existe um sistema acusatório puro, o qual, inclusive vem sendo abandonado pelos próprios países de *commow law*, somando-se ao fato de que a própria legislação processual penal traz dispositivos permissivos quanto à iniciativa probatória do Juiz (CPP, art. 156).

Assento, apoiado em amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial, que o artigo 203 do Código de Processo Penal não foi modificado, e a nova orientação trazida pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, restringiu-se, tão somente, a conferir maior agilidade à instrução criminal, oportunizando às partes dirigir suas perguntas diretamente à testemunha, sem passar pelo crivo do Magistrado.

Nesse sentido caminha a jurisprudência, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIME. FURTO EM VEÍCULO. INOBSERVANCIA DE PROCEDIMENTO DE INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHA. DEVIDOPROCESSO LEGAL. **O procedimento quanto à inquirição de testemunhas nos termos do art. 212 do Código de Processo Penal visa à preservação da ampla defesa. Portanto, havendo iniciativa de perguntas pelo juiz sem arguição de prejuízo, não há nulidade a ser reconhecida. (...)** PRELIMINARES REJEITADAS. ERRO MATERIAL CORRIGIDO EM RELAÇÃO À PENA. PRESCRIÇÃO DECLARADA. (Apelação Crime Nº 70062865290, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 08/06/2016) (grifo nosso)

APELAÇÃO-CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. 1. PRELIMINARES. Violação ao disposto no art. 212 do CPP. **Questionamentos feitos pelo magistrado. Desacolhimento. Embora a Lei**

11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, possibilitando que as partes formulem suas indagações diretamente à testemunha, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador. Texto legal que não obsta que o juiz, destinatário da prova trazida pelas partes, inicie os questionamentos. Modificação legislativa que alcançou apenas o método de inquirição, com supressão da intermediação do magistrado em relação às perguntas. Exposição de Motivos que precedeu às reformas processuais contidas na novel legislação cuja justificativa dá conta do escopo de agilização do procedimento de produção da prova testemunhal e para o atendimento da exigência de um contraditório mais efetivo, sem prejuízo do controle judicial na coleta da prova. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Nulidade inexistente. (...)

PRELIMINARES REJEITADAS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. AFASTADA A AGRAVANTE PREVISTA NA ALÍNEA "F" DO INCISO II DO ART. 61 DO CP E A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA PARA 13 ANOS, 1 MÊS E 15 DIAS DE RECLUSÃO. MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA. (Apelação Crime Nº 70 Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 25/05/2016) (grifo nosso)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. ALEGADA INVERSÃO NA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS (ART. 212 DO CPP). NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a inobservância da ordem de inquirição de testemunhas não constitui vício capaz de inquinar de nulidade o ato processual ou a ação penal, razão por que a demonstração do efetivo prejuízo se faz necessária para a invalidação do ato” (HC 114.787, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Hipótese em que a nulidade foi arguida apenas em sede de apelação e não houve a devida demonstração de eventual prejuízo suportado pela acusada. Incidência da Súmula 523/STF (“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”). 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 114789, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014)

JUÍZO – PARCIALIDADE – DECISÕES CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DA PARTE – NEUTRALIDADE. A parcialidade do Juízo há de ser demonstrada, sendo elemento neutro o fato de haver implementado decisões contrárias à parte. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – PERGUNTAS – ORDEM. O disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às

testemunhas, fazendo indagações. SENTENÇA DE PRONÚNCIA – NATUREZA – TERMOS. A pronúncia faz-se mediante decisão interlocutória, cabendo ao Juízo fundamentar a submissão do acusado ao Tribunal do Júri. (HC 180787, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27 de abril de 2012)

No julgado supra, o Ministro Relator Marco Aurélio asseverou que: “Quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição. O fato de este último proceder, antes da veiculação das perguntas pelas partes, a indagações, não atrai o vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, mesmo porque difícil seria estabelecer o prejuízo.”

Registro, ainda, que não se pode interpretar um artigo fora do seu contexto sistemático e teleológico, eis que além do interrogatório do acusado, artigo 188 e do artigo 203 do Código de Processo Penal, o próprio artigo 473 do mesmo diploma processual – específico para o rito dos delitos dolosos contra a vida – determina que as perguntas serão iniciadas pelo Juiz. É de uma clareza solar (grifei).

Repito, o art. 473 do Código de Processo Penal, relacionado especificamente ao rito aplicável aos crimes dolosos contra a vida, diz expressamente que “será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado, tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação” (grifei).

Não se pode pensar o processo penal como uma partida, uma disputa, porque se assim for entendido, todos nós sairemos perdedores, como refere a doutrina.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise o artigo 212 do Código de Processo Penal, em nenhum momento vislumbra-se a

leitura realizada pelo Nobre e Diligente Defensor, a não ser uma exegese doutrinária, um argumento em busca de adesão, embora respeitável.

Também não merece prosperar o pleito defensivo de se reinquirir o delegado Marcelo Arigony, por terem sido indeferidas perguntas da defesa acerca da sua percepção de dolo eventual na conduta dos acusados – o que, ao seu sentir, configuraria cerceamento de defesa.

É sabido que, no processo penal pátrio, a testemunha deve narrar os fatos de forma objetiva, (grifei) não cabendo a ela tecer comentários relativos as suas impressões pessoais.

Sobre a objetividade da prova testemunhal, leciona Norberto Avena⁵:

“Conforme preconiza o art. 213 do CPP, a testemunha deverá depor objetivamente sobre os fatos, não lhe sendo permitido fornecer impressões pessoais, salvo quando forem estas inseparáveis da narrativa, como ocorre na hipótese em que, perguntado à testemunha quantos indivíduos mataram a vítima, refere que lhe parece (impressão pessoal) serem três pessoas, achando (impressão pessoal) que dois deles são de cor branca, embora não tenha certeza disso”

Definitivamente, a impressão pessoal do delegado Marcelo Arigony acerca da verificação de dolo eventual na conduta dos agentes, questão deveras subjetiva, não é questão objetiva a ser quesitada.

A justificar a necessidade da objetividade na produção de prova testemunhal, interessante trazer à baila o que assevera o Ilustrado e Culto Doutor Eugênio Pacelli⁶:

5 AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático** – 3ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Médoto, 2011 p.605

6 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – São Paulo: Atlas, 2014. p. 412/413.

“O sujeito, portador do conhecimento dos fatos, é o homem, titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si. Por isso, a noção de verdade, que vem a ser o objeto a ser buscado na prova testemunhal, em regra, poderá não ser unívoca.

Em primeiro lugar, é de se observar que a única verdade absoluta que se pode compreender é a verdade da fé, que nada indaga acerca de seus pressupostos. A verdade do homem, ou a verdade da razão, é sempre relativa, dependente do sujeito que a estiver afirmando. A verdade da razão é apenas a representação que o homem tem e faz da realidade que apreende diuturnamente”.

Não vislumbro, diante disso, qualquer cerceamento de defesa, não sendo caso de reinquirir Marcelo Arigony.

Também foi aduzido pela Nobre Defesa do acusado Elissandro não ter sido possibilitado ouvir pessoas referidas.

Ao contrário do que foi aduzido, já foi analisada, no curso da instrução e nos momentos oportunos, a necessidade ou não de serem inquiridas testemunhas referidas.

Sempre, depois dos requerimentos formulados (seja da acusação, assistência ou das defesas), houve decisão a respeito, o que pode ser facilmente verificado nos autos.

E, referidas decisões, foram sempre pela efetividade, por óbvio, vez que o fato em apreço agregou inúmeras pessoas e acontecimentos, de modo que muitas questões periféricas exsuriram. Entretanto, se em cada audiência as partes buscassem questionamentos com o enfoque em terceiras pessoas e/ou outras questões, este procedimento não teria fim.

A nossa legislação processual penal e doutrina são claras ao considerarem como testemunhas referidas aquelas pessoas que, no decorrer da prova oral, são mencionadas por outra testemunha de

forma espontânea. É dizer, pessoas apontadas, que tenham conhecimento a respeito de ponto importante, e que possam sanar eventuais dúvidas que aquela testemunha não soube informar.

No caso vertente, foram ouvidas todas as pessoas que, a meu sentir, enquadravam-se nessa definição, de modo que não se faz(ia) necessária a inquirição de mais testemunhas referidas.

Destaco, derradeiramente e como já consignado no decorrer da instrução criminal, que a imputação descrita na vestibular acusatória firmou (grifei) os contornos dessa lide criminal.

Este processo criminal caminha nos trilhos constitucionais (dentre tantos) do Devido Processo Legal, da Efetividade e da Razoabilidade, garantindo, tanto à defesa como para a acusação, o direito a uma prestação jurisdicional eficaz, permitindo que possam, em tempo razoável, alcançar o resultado da demanda.

Em finalizando, como já pontuei outras vezes, trilha esse processo também pelos princípios do Impulso Oficial, Livre Convencimento, Instrumentalidade e Economia Processual, que conferem ao julgador direcionar o processo de forma retilínea, uniforme, preparando-o com aquilo que realmente interessa para firmação/formação de seu convencimento, a fim de que possa entregá-lo de forma clara e transparente. Para tanto, trazendo aquilo que se apresentava substancial, necessário para o deslinde da controvérsia.

Ao fim e ao cabo, nunca é demais frisar que, enquanto o réu no processo criminal tem, acima de tudo, a garantia a um procedimento contraditório com razoável duração e eficácia, o juiz é livre para entender qual prova é conveniente para formação de seu convencimento e qual é desnecessária – porque já produzida - ao deslinde do feito.

É dizer, um processo penal eficiente e suficiente foi a nossa meta.

No que pertine à impossibilidade da habilitação de uma pessoa jurídica (Associação de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria), cumpre destacar que tal matéria já foi decidida pela 1ª Câmara Criminal do Egrégio TJRS, tendo sido analisada no julgamento de Correição Parcial nº 70054289947, em acórdão assim ementado:

CORREIÇÃO PARCIAL. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ADMISSÃO DA ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA MEDIDA. DESACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EMBORA NÃO MENCIONADA NO ROL DOS ARTS. 268 E 31 DO CPP. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. Admite-se a correição parcial como sucedâneo recursal na hipótese de decisão interlocutória que não comporta recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Por outro lado, o art. 273 do mesmo diploma, de duvidosa constitucionalidade, ao menos em face da atual Carta Magna, admite temperamentos, como o mandado de segurança em caso de indeferimento da habilitação do assistente da acusação e a correição parcial na hipótese de exclusão do assistente já habilitado. No mérito, não obstante o disposto nos arts. 268 e 31 do CPP, **é razoável a admissão da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da boate Kiss como assistente da acusação, mesmo porque tal pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas naqueles dispositivos legais, além de que seria inviável exigir-se a habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e familiares de todos os mortos.** Preliminar rejeitada. Correição parcial indeferida. (Correição Parcial Nº 70054289947, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 08/05/2013) (grifo nosso)

E não poderia ser diferente, sobretudo tendo por norte a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional.

Com efeito, inviável seria que todas as vítimas e familiares de vítimas habilitassem assistente de acusação,

individualmente, no feito, sendo razoável e plenamente justificável a habilitação da já referida pessoa jurídica, criada com objetivo de tutelar o interesse de um grupo determinado de pessoas.

E havendo a devida habilitação de assistente de acusação, óbice não há à sua atuação, no sentido de *auxiliar* na produção probatória com a conseqüente indicação de testemunhas a serem arroladas.

Sobre o tema, em que pese haja respeitável divergência doutrinária e jurisprudencial, tem prevalecido a corrente que defende a possibilidade de o assistente de acusação, dentro de seu direito de propor os meios de provas, indicar testemunhas a serem arroladas. E não poderia ser diferente.

Dispõe o art. 271 do Código de Processo Penal:

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. (grifo nosso)

Ora, estando essa primeira parte do dispositivo em plena vigência, razão não há para que o assistente de acusação não indique testemunhas para serem arroladas.

A lei é específica quanto à possibilidade de o assistente de acusação *propor meios de prova*, não sendo viável negar-lhe o direito de arrolar testemunhas, por via de conseqüência.

No processo penal brasileiro, a assistência de acusação não se presta a simplesmente observar a atuação do Ministério Público; ao revés, sua função é *assistir, auxiliar a acusação*, inclusive fornecendo a esta elementos de prova, como está expresso

no texto legal.

Nesta esteira, já decidiu o TJRS:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRELIMINAR. ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE O ASSISTENTE ARROLAR TESTEMUNHAS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 271 DO CPP. Nada obstante a divergência doutrinária quanto à possibilidade de o assistente de acusação arrolar testemunhas, é majoritária a corrente jurisprudencial que assim o admite, dando eficácia a primeira parte do artigo 271 do Código de Processo Penal. No caso dos autos, regularmente intimada a defesa técnica da habilitação do assistente de acusação no processo, bem assim das testemunhas por ele arroladas, não há falar em violação ao princípio da ampla defesa. Nesta senda, não há nulidade qualquer a ser reconhecida no fato de a sentença ter considerado os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelo assistente de acusação como sustentação do decreto condenatório. NEGATIVA DE AUTORIA. Como é cediço, a palavra da vítima, tratando-se de crimes sexuais, via de regra, constitui elemento de convicção de grande importância, porquanto tais crimes na quase totalidade das vezes são cometidos na clandestinidade, e alguns não deixam vestígios. No caso em apreço as declarações das vítimas mostram-se uniformes e coerentes, estando em consonância com os demais subsídios factuais carreados aos autos, portanto sendo merecedoras de credibilidade, e assim dando sustentação ao decreto condenatório em relação ao réu C.G.O.. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A FEIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO. Não há falar em atentado violento ao pudor consumado, mas, sim, tentado, se os atos libidinosos diversos da conjunção carnal se restringiram a colocar a vítima em seu colo e acariciar seu corpo, bem como mandar a vítima colocar sua mão em seu pênis. Hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a feição da proibição de excesso. DOSIMETRIA DA PENA. Caso em que a pena-base restou reduzida em face do afastamento do vetor consequências do crime, assim como foi diminuída a pena na 3ª fase da dosimetria em razão do reconhecimento da minorante genérica da tentativa. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA, EM PARTE. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70054792072, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 20/02/2014) (grifo nosso)

No mesmo sentido é a lição de **Mirabete**⁷, *in verbis*:

“Embora seja ampla a intervenção do assistente, na qualidade de auxiliar ou reforço ao Ministério Público, ela tem seus poderes limitados taxativamente no art.

7 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado** – 6ª ed. São Paulo: Atlas. p. 356/357.

271. Em primeiro lugar, pode propor meios de prova, como oferecer para juntada documentos, requerer perícias ou formular quesitos nas requeridas pelas partes, pedir acareações, busca e apreensão etc. Embora, em princípio, não possa oferecer rol de testemunhas, pois só pode ser admitido se instaurada a ação penal (Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Ob cit. p. 344-345), nada impede que o juiz, por ocasião do recebimento da denúncia, possa, concomitantemente, admitir a assistência e deferir a inquirição de testemunhas arroladas pelo assistente, desde que não se exceda o máximo legal, permitido na espécie. De qualquer forma, ainda que não se admita o arrolamento de testemunhas pelo assistente, após o recebimento da denúncia, que exceda o número máximo ou se considere intempestivo o pedido, o juiz poderá ouvi-las com fundamento no art. 209, tal como acontece com as arroladas pelo Ministério Público ou defensor. O juiz, antes de decidir sobre a realização de qualquer prova proposta pelo assistente, deve ouvir o Ministério Público, que poderá discordar da sua realização se vier ela em prejuízo da acusação. Pode o assistente também requerer perguntas às testemunhas, de acusação ou de defesa, referidos ou admitidas de ofício pelo juiz, participando das audiências logo em seguida à intervenção do Ministério, ou na omissão deste, no momento reservado à acusação. Sua intervenção pode ocorrer em audiências ou julgamentos, inclusive no plenário do júri ou em processos originários dos tribunais, obedecendo-se, quanto a estes últimos, os regimentos internos."

Quanto ao fato de que as vítimas terem sido chamadas até o escritório dos representantes da Associação de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria antes de suas oitivas, em que pese tenha havido menções a este fato, não restou demonstrado, durante a instrução, ter havido qualquer tipo de orientação desse representante no sentido de que as pessoas apresentassem relatos diversos dos que já pretendiam apresentar.

Ainda, a dita "dupla representação" mencionada pelo Ilustre Defensor não foi devidamente demonstrada em suas alegações finais, bem como não se vislumbra prejuízo efetivo, de modo a dar azo à nulidade processual, dessa suposta dupla representação.

Por oportuno, transcrevo parte do voto do Eminentíssimo Desembargador Relator Manuel José Martinez Lucas proferido no aresto supracitado:

“Do ponto de vista estritamente legal, portanto, assiste razão ao requerente, eis que a lei processual não prevê a admissão, como assistente da acusação, de pessoa jurídica nem de pessoa física que não guarde com a vítima aquela relação próxima de parentesco.

Alguns doutrinadores, como Júlio Fabbrini Mirabete e Edilson Mougenot Bonfim, entendem que o rol é taxativo, não se podendo ampliá-lo sob hipótese alguma. Já Guilherme de Souza Nucci sustenta o contrário, afirmando que “cremos admissível o ingresso de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, como assistentes de acusação, diante do interesse público que, por trás delas, está presente”, uma vez que, na legislação atual, se encontram precedentes em que a assistência por pessoas jurídicas está expressamente prevista, como no caso da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

No caso vertente, com suas peculiaridades, que não podem ser ignoradas pelo Poder Judiciário, tenho que é razoável ampliar as hipóteses legais e admitir a referida entidade como assistente do Ministério Público. Afinal, como se sabe, a denúncia arrola 877 vítimas do episódio tristemente célebre de Santa Maria, e seria praticamente inviável, salvo se se pretendesse tornar o processo infundável, exigir a habilitação de cada ofendido e de cada familiar das vítimas falecidas.

(...)

Por derradeiro, convém referir que, segundo a breve pesquisa que realizei, a matéria é escassa nos repertórios pátrios. Mas existe no Colendo Superior Tribunal de Justiça, um claro precedente, o Habeas Corpus nº 155.858-PE, da relatoria da eminente Ministra Maria Teresa de Assis Moura, em que, num processo por crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), foram admitidos como assistentes da acusação um determinado Condomínio e o Banco do Brasil, ambos vítimas da atividade fraudulenta do acusado.

Em conclusão, não vejo qualquer razão relevante para acolher a inconformidade do requerente e afastar do processo a mencionada associação.”

Por isso, não merece prosperar, também, essa preliminar arguida.

A defesa do acusado Elissandro requereu o reconhecimento de cerceamento de defesa, e da conseqüente nulidade, por ter sido negado o pedido de requisição de áudio da entrevista concedida pelo promotor Ricardo Lozza para o Diário de Santa Maria. Contudo, tal pleito também não merece acolhida.

Explico, pois.

A uma, porque não se pode impor que a jornalista Lizzie Antonelo junte aos autos o seu material de trabalho pelo fato de entender o Nobre Defensor tratar-se de prova favorável ao seu cliente.

A duas, porque a prova referente a esta entrevista já foi judicializada, submetida ao contraditório, frente ao depoimento prestado pelo Promotor de Justiça Ricardo Lozza, pois trata-se de fato externo a este processo.

Ademais, o único interessado na cópia da gravação da entrevista para medidas que entendesse adequadas seria o próprio Promotor de Justiça, testemunha nesta Ação Penal, pois em nada a dita entrevista aproveita ou prejudica a Defesa, ou a este processo.

Requeriu a Defesa de Elissandro Spohr o reconhecimento de nulidade, por cerceamento de defesa, tendo em vista não terem sido traduzidos documentos juntados pelo IGP, às fls. 13.246 – cronomatogramas das amostras efetuadas em Buenos Aires – e pela juntada dos referidos documentos somente em estágio avançado do processo, do qual não teria sido intimada. Razão não lhe assiste.

Diferentemente do que alega a Defesa de Elissandro, tal qual exposto na audiência realizada em 03/12/2015, em Porto Alegre, pontuo, novamente, que a documentação juntada foi requerida pelo Dr. Jader, tendo o IGP atendido prontamente à solicitação, da qual a Defesa, na pessoa do Dr. Leonardo, ficou plenamente intimada. Aliás, como de costume, ele sempre se dirigia diligentemente, quase que diariamente, até o Cartório desta Vara Criminal e ficava plenamente ciente de tudo que acontecia no processo físico. É fato.

Dessarte, não resta dúvida que a defesa do acusado Elissandro teve ciência, sim, dos documentos, tendo em vista que estes foram trazidos aos autos pelo IGP antes mesmo da realização dos interrogatórios dos acusados aqui em Santa Maria, onde o acusado Elissandro esteve representado por Defensor constituído no processo, bem como porque a Defesa também arguiu esta questão na audiência de interrogatório realizada em Porto Alegre e, agora, estando encerrada a instrução criminal fica apenas registrada a irresignação defensiva e registrados, também, novamente, os motivos pelos quais não existe, neste caso, cerceamento de defesa.

E vou mais além ainda. Até a abertura do prazo para apresentação de memoriais pela Defesa houve tempo hábil para que o Defensor pudesse analisar os documentos mencionados, de modo a, se quisesse, os traduzisse e refutasse.

Quanto à necessidade (ou não) de tradução da referida documentação, Guilherme de Souza Nucci leciona e reforça que: “é natural que um documento produzido na Espanha seja considerado em língua estrangeira, mas pode ser considerado de entendimento amplo pelas partes, razão pela qual independe de tradução”.⁸

Em realidade, os materiais confeccionados em espanhol, ao meu sentir, são de fácil compreensão, não havendo necessidade de traduzi-los. Porém, havendo interesse em tradução exclusivamente por parte da Defesa que requereu a juntada dos documentos, caberia a esta a adoção dos meios necessários para realizá-la. Até porque, neste momento processual, estando a instrução criminal encerrada, não prospera a arguição defensiva.

Ponto, mais uma vez, que neste processo criminal, pelo

8 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** – 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 236

seu ineditismo, dimensões e tamanha complexidade, este magistrado procurou percorrer a caminhada processual sempre com parâmetro na Constituição Federal, Leis e Tratados Internacionais recepcionados, princípios gerais do direito processual penal (efetividade, contraditório, instrumentalidade, devido processo legal e outros apontados) e na legislação processual penal infraconstitucional, destarte, objetivando (sempre) um processo penal instrumental e democrático, sem ferir (nunca) o contraditório.

Isso foi o que procuramos fazer.

Razão disso, frente as preliminares exurgidas pela Nobre Defesa, seja nessa peça memorial ou, às outras durante o desenrolar do procedimento, que não foram apontadas expressamente nos memoriais pelo Nobre defensor, mas que também foram objeto (todas) de decisão(ões), não vislumbro qualquer espécie de defeito, atipicidade, atipia, que pudesse ter maculado de alguma forma este processo criminal.

Isso porque, quando se fala em nulidade processual, deve-se ater à instrumentalidade que é inerente ao processo penal. É dizer, o ato só será considerado nulo se causar prejuízo e não atingir o fim previsto por lei. E por prejuízo deve ser entendido aquele prejuízo efetivo (objetivamente demonstrado), jamais àquele abstrato, reducionista, a *la carte*.

Afastadas, pois, (todas) as preliminares, passo à análise do mérito da pretensão punitiva.

Segundo a peça portal, trata-se de um processo penal relativo a um dos fatos mais complexos que se tem notícia na

história da humanidade: o Incêndio na Boate Kiss, conhecido como a “Tragédia de Santa Maria”, que ganhou repercussão nacional e internacional, fazendo com que a cidade e o estado do Rio Grande do Sul tenham se tornado o centro de notícias e ensejando inúmeras manifestações pelo mundo inteiro.

Tal fato motivou uma série de mudanças de comportamento por todo o país à época, quanto à estrutura de casas noturnas e locais de concentração de pessoas, ensejando uma corrida à fiscalização e aos cuidados com itens de segurança.

Consoante diz a peça portal, escudada no inquérito policial, na noite do dia 26 de janeiro de 2013, ocorria junto à Boate Kiss uma festa universitária, com a parceria de diversos cursos de ensino superior – o que motivou a presença de tantos jovens dos mesmos grupos acadêmicos no local. Após o show da primeira banda contratada naquela noite, logo após o início do show da banda “Gurizada Fandangueira”, o vocalista investigado, Marcelo, teria recebido do investigado Luciano uma “luva” na qual estaria acoplado um sinalizador inadequado para locais fechados.

Ao acioná-lo, as chamas produzidas teriam rapidamente atingido o teto do estabelecimento, o qual contava com uma manta isolante de material altamente inflamável, - poliuretano – produzindo uma fumaça tóxica que, com rapidez, tomou conta do local.

As tentativas imediatas de fazer cessar o fogo teriam sido infrutíferas, notadamente pela ausência de extintores de incêndio em condições de uso.

Combinada a tais elementos, a fumaça teria tomado conta do local com incrível rapidez, pegando aqueles que lá se encontravam desprevenidos e deixando aqueles que tiveram ciência por breves momentos do que acontecia, em uma luta pela sobrevivência. Tudo

isso somado à falta de condições de fuga aos frequentadores da boate. Intoxicados pela fumaça, minutos depois já estavam desfalecidos, e pouco tempo depois muitos já haviam ido à óbito.

Esse é o quadro (apertada síntese) do que ocorreu no palco dos acontecimentos, segundo a investigação levada a efeito pela Autoridade Policial e denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Ainda, segundo a exordial acusatória, teria ocorrido os crimes de homicídio e tentativa de homicídio qualificados, na forma de dolo eventual, de maneira que a persecução penal foi processada pelo rito do Tribunal do Júri, insculpido no Capítulo II do Código de Processo Penal, o qual concentra dezesseis seções e vai do artigo 406 ao artigo 497.

De mister uma breve exposição doutrinária, inicialmente.

A doutrina diverge quanto às origens da instituição do Tribunal do Júri, mas, de maneira contrária ao que ordinariamente se pensa, sua gênese não se deu na Inglaterra – para uns teria sido na Palestina, com o Tribunal dos Vinte e Três, para outros na Grécia, com a Helieia e o Areópago⁹.

Por outro lado, é certo que o modelo de Tribunal do Júri do Brasil deriva daquele nascido na Inglaterra, sobretudo por sua forte aliança e influência com Portugal, em especial após a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil, em 1807.

Na Inglaterra, o Júri surgiu não para julgar causas criminais, mas sim cíveis, especificamente em matéria de posse, pertencente ao direito das coisas, com o *writ* denominado de *novel disseisin* do Rei Henrique II, no ano 1166, que previa que o *Sheriff* de uma área deveria reunir 12 homens da mesma área para

9 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 605.

determinarem, segundo o que sabiam e com base no que se dizia, se o detentor de uma terra desapossou o posseiro anterior, evitando duelo judiciário que era praticado até aquele momento.

Entretanto, o marco do Júri em matéria criminal se deu anos mais tarde com a Magna Carta de 1215 do Rei João Sem Terra, a qual em seu artigo 48 previa que “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”. A ideia do povo julgando seus pares atingiu, nos anos que se seguiram, a Europa, sendo que, na Revolução Francesa, iniciada em 1789, com vistas a impedir a influência do soberano no Judiciário, atribuiu-se ao Tribunal do Júri o poder de julgamento¹⁰.

Portanto, o Tribunal do Júri nasce “com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da coletividade da época”¹¹. Daí a conclusão de que o julgamento dos sujeitos por seus próprios pares, guardadas as devidas ressalvas, demonstra, desde sempre, o caráter democrático do Instituto, na medida em que opera com decisões emanadas do povo, a quem era imposta a missão de decidir justamente os casos que lhe eram apresentados.

No caso do Brasil, o Júri passou a existir a partir de julho de 1822 com competência exclusiva para crimes de imprensa, sendo os jurados eleitos. Ainda que a Proclamação da Independência tenha ocorrido em setembro de 1822, somente em 1832 foi elaborado o Código de Processo Criminal do Império, o qual atribuiu competência para o Júri julgar a maior parte dos crimes, muitos dos quais eram punidos com pena de morte.

O Júri era constituído por um Júri de Acusação (cujo papel

10 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 608.

11 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 607.

era semelhante ao hoje desempenhado pelo Juiz Togado na primeira fase do Júri) e um Júri de Sentença. Aquele era constituído por 23 jurados que debatiam entre si e decidiam se procedia a acusação em face do acusado e, em sendo caso, enviavam o processo para julgamento pelo Júri de Sentença, formado por 12 jurados diversos ao Júri de Acusação, o qual decidia o mérito da acusação (artigo 248 do Código de Processo Criminal do Império). Bem visto o Instituto, nessa codificação, denota-se que em muito se assemelhava ao Júri inglês, por todo o anteriormente afirmado, bem como porque os legisladores do Código de Processo Criminal do Império eram influenciados pelos ideais jus-políticos ingleses e americanos.

Desde então, o Tribunal do Júri passou por diversas alterações em sua estrutura – como a Reforma de 1841, de inspiração francesa, que extinguiu o Júri de Acusação e estabeleceu a competência do Juiz Togado para análise da admissibilidade da denúncia; o Decreto-Lei nº 167/1938 que reduziu o número de jurados de 12 para 7 (artigo 2º); a regulamentação do Instituto pelo Código de Processo Penal de 1941; e o estabelecimento na Constituição de 1946 do número ímpar de jurados –, mas o fato é que teve por molde o Júri inglês e quase que ininterruptamente fez parte do Ordenamento Jurídico brasileiro, constando em todas as Constituições posteriores, salvo a de 1937 – mesmo assim, o Decreto-Lei nº 167/1938 regulamentou a instituição do Júri.

Nesse contexto, importante destacar o papel do jurado no Júri que, a meu ver, não se alterou no transcorrer dos séculos: os jurados simbolizam a realização da justiça dos indivíduos para os indivíduos de uma sociedade, os iguais sendo julgados por seus iguais, conforme suas íntimas convicções, sendo tão somente desejável, que o julgamento seja conforme o Ordenamento Jurídico¹².

12 Por isso o CPP autoriza que uma vez seja interposto recurso de apelação em face da decisão dos jurados que for manifestamente contrária à prova dos autos – art. 593, inciso III, alínea d.

Trata-se de aplicar o Direito em conformidade com a compreensão popular e não de acordo com a pura técnica da justiça togada¹³.

Atualmente, a instituição do Júri é prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República de 1988, no rol de direitos e garantias individuais e coletivos, sendo, assim, uma cláusula pétrea. O dispositivo constitucional é, ainda, cogente no sentido de determinar que a lei regulamentadora do Júri deve assegurar a plenitude de defesa do acusado, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A regulamentação do Tribunal do Júri consta, como já mencionei, no Código de Processo Penal entre os artigos 406 e 497, dividindo o procedimento, a meu ver, em três fases: o juízo da acusação, preparação do processo para julgamento em Plenário e o juízo da causa – estas duas últimas somente ocorrendo se for fixada a competência, pelo Juiz Togado, do Tribunal do Júri para julgamento da causa.

O Juízo de Acusação destina-se à instrução preliminar do feito, a fim de que o Juiz Togado emita um juízo prévio acerca da natureza dos fatos. A segunda fase do procedimento tem finalidade que se deduz a partir de seu próprio nome: “preparação do processo para julgamento em Plenário”. Por fim, a terceira fase, Juízo da Causa, destina-se, efetivamente, ao julgamento do processo pelo Tribunal do Júri.

No caso em testilha, o presente processo encontra-se na fase do Juízo de Acusação.

Imputado a alguém a suposta prática de um crime doloso contra a vida, em tese, a competência para julgar será do Tribunal

13 Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 718

do Júri. Contudo, é certo, em alguns casos, após dilação probatória, constata-se claramente a impossibilidade de ser apreciado pelo Júri, por fugir de sua competência.

Por essa razão, a legislação coloca à disposição do Juiz a possibilidade de decidir se o processo e seus supostos autores serão julgados pelo Tribunal do Júri. Isso porque,

A finalidade da existência de uma fase preparatória de formação da culpa, antes que se remeta o caso à apreciação dos jurados, pessoas leigas, recrutadas nos variados segmentos sociais, é evitar o erro judiciário, seja para absolver, seja para condenar. Porém, fundamentalmente, para evitar a condenação equivocada. Afinal, o Estado se comprometeu a evitar o erro judiciário e, não sendo possível, envidará esforços para repará-lo (art. 5º, LXXV, CF). Por tal motivo, além da garantia fornecida pela inicial persecução penal, consubstanciada, como regra, no inquérito policial, para que se receba, com justa causa, a denúncia ou queixa, exige-se uma instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado¹⁴.

Em outras palavras, o papel do Magistrado no juízo da acusação é filtrar, à luz do Direito posto na legislação e aprimorado pelo trabalho doutrinário, o que é de competência do Tribunal do Júri.

Processualmente, diz-se que é o momento em que, obrigatoriamente, o Juiz resolve a questão da admissibilidade ou não da acusação: se admissível, pronuncia-se o(s) réu(s); se de plano não admissível, a depender do que indicarem as provas, pode-se proferir uma decisão de absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação.

Nada mais lógico: a instrução preliminar é realizada para identificar a existência, provável e/ou possível de um crime da competência do Tribunal do Júri, afastando acusações infundadas, levianas, temerárias e/ou desprovidas de lastro probatório mínimo.

Portanto, é justo que ao Magistrado se “reserve [...] uma certa margem de convencimento judicial acerca da idoneidade e da suficiência do material probatório ali produzido”¹⁵. Deste modo, cabe ao Juiz fazer uma análise preliminar das provas com o fito de, ao final desta fase, emitir uma entre as quatro decisões possíveis – impronúncia, absolvição sumária, desclassificação e pronúncia –, objetivando direcionar o processo.

Entretanto, o exame da produção probatória deverá ser percuciente, na medida em cada uma das possíveis decisões ocasiona efeitos completamente diversos no processo. A saber: uma exaure o processo, outra opera com o arquivamento do caso, uma terceira fixa competência diversa da do Júri e somente uma, quarta, tem o condão de enviar o processo para ser julgado perante o Tribunal do Júri.

No ponto, imperioso que se passe em revista, também doutrinariamente, as situações que ensejarão uma ou outra decisão.

A sentença de impronúncia deverá ser proferida toda vez que o Magistrado, após analisar as provas produzidas, não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, segundo a literalidade do artigo 414 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

É dizer, esgotando-se a instrução probatória, não fica

15 Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 729

cabalmente demonstrada a existência do fato alegado (os elementos objetivos do tipo) pelo Ministério Público na exordial ou, ao revés, fica demonstrado que o fato existe, mas não se fazem presentes indícios probatórios suficientes de autoria ou participação em seu cometimento. Logo, “os requisitos para a declaração de impronúncia são negativos”, vale dizer, a materialidade não pode estar comprovada e não pode haver indícios contundentes de autoria ou participação¹⁶.

Com essa decisão, o Magistrado julga improcedente a exordial acusatória, mas não a pretensão punitiva do Estado, permitindo que o Ministério Público, em havendo provas substancialmente novas, possa apresentar outra denúncia, contanto que não esteja extinta a punibilidade do suposto agente. Absolve-se o acusado da instância (*absolutia ab instantia*), à proporção que não há lastro para a acusação, mas não da causa, uma vez que não se julga a pretensão punitiva.

Do que se retira, que a sentença de impronúncia é uma decisão terminativa, em que se afirma a inviabilidade da acusação, provendo-se a extinção do processo sem exame do mérito – decisão interlocutória mista de conteúdo terminativo – e sem fazer coisa julgada – o que não impede processo de conhecimento cível para responsabilização do sujeito, dada a natureza nitidamente processual da decisão de impronúncia, na esfera penal.

Por outro lado, a sentença de absolvição sumária é aquela em que há enfrentamento do mérito da causa, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado, absolvendo o acusado das imputações que lhe atribui a peça portal, encerrando definitivamente o processo.

Isso deverá ocorrer sempre ao final da fase de *judicium accusationis*, quando, de acordo com a redação do art. 415 do

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 667.

Código de Processo Penal, restar provado que: (I) o fato inexistiu (inexistência material do fato); (II) o fato existiu, mas não é crime (fato atípico - seja naturalmente atípico, seja porque ainda que típica, excluído o dolo da conduta, não comportar punição a título de culpa, tornando-se também atípica - , podendo até ser um ilícito civil, mas não penal); (III) embora o fato tenha existido e seja crime, o acusado não é o autor ou partícipe deste; (IV) em que pese o fato existir, haver indícios de que seja uma infração penal e ter autoria determinada, demonstre-se causa de isenção de pena ou de exclusão do crime (legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade, exercício regular de um direito, erro de proibição, inimputabilidade¹⁷, embriaguez accidental, coação moral irresistível, obediência hierárquica...).

Para que o Juiz absolva sumariamente o(s) acusado(s) é imprescindível que a prova se apresente de maneira escorreita, inequivocamente, tipificando-se numa das hipóteses antes mencionadas do art. 415 do Código de Processo Penal.

É dizer, é preciso que as provas carreadas ao processo permitam concluir com plena certeza, cabal e firmemente, pela ocorrência de uma das hipóteses de absolvição sumária, tal, que não haja nenhuma margem de dúvida.

E isso porque, verdadeiramente, a competência originária para examinar o caso, quando há divergências probatórias razoáveis, é do Conselho de Sentença. Mas, em se apresentando a prova, para o Juiz, translúcida quanto à presença das causas do art. 415, torna-se, pelo mínimo, despiciendo o envio dos autos para o Tribunal do Júri.

É, a bem da verdade, uma espécie de julgamento antecipado da lide penal, fazendo coisa julgada material após o trânsito em julgado da decisão.

¹⁷ Salvo se houver outras teses defensivas além da inimputabilidade.

Trata-se de situação em que se julga a imputação penal improcedente, absolvendo o acusado da causa (*absolutio ab causa*). Nesse sentido, o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

Estando o juiz convencido, com segurança, desde logo, da licitude da conduta do réu, da falta de culpabilidade, da inexistência do fato, da sua atipicidade ou da inocência do réu, não há razão para determinar que o julgamento seja realizado pelo Tribunal Popular. Não fosse assim, a instrução realizada em juízo seria totalmente descipienda. Se existe, é para ser aproveitada, cabendo, pois, ao magistrado togado aplicar o filtro que falta ao juiz leigo, remetendo ao júri apenas o que for, por dúvida intransponível, um crime doloso contra a vida¹⁸.

Ainda no ponto, importante diferenciar a sentença de impronúncia da sentença de absolvição sumária.

Basicamente, a sentença de impronúncia tem natureza de decisão interlocutória mista terminativa; deve ser proferida quando não houver elementos probatórios suficientes para indicar a materialidade e os indícios suficientes de autoria ou participação; não transita em julgado, permitindo propositura de nova ação penal se houver prova inédita.

Por outro lado, a sentença de absolvição sumária tem efetiva natureza de sentença de mérito que põe fim ao processo, devendo ser proferida sempre que as provas sobejamente demonstrarem uma das hipóteses do art. 415 do Código de Processo Penal e, transitada em julgado, faz coisa julgada material, impedindo a proposição de nova ação para apurar o mesmo fato.

O ilustre magistrado e doutrinador Aramis Nassif, com vastíssima experiência no Tribunal do Júri, ensina-nos que a decisão de absolvição sumária “é a única hipótese a ele deferida pela lei para julgar e, efetivamente, decidir na condição

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6 ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144.

monocrática nessa fase procedimental. E só nesse momento processual (art. 415, CPP)¹⁹.”

Uma terceira hipótese de decisão no procedimento do Júri é a de desclassificação, que ocorre quando o Juiz se convencer, em discordância com a acusação, concretizado no processo, crime diverso daqueles dolosos contra a vida.

É o que preceitua o artigo 419 do Código de Processo Penal, in verbis:

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Nessa toada, a competência para julgar será do juiz togado monocrático e não do Júri.

Entretanto, tal qual às demais hipóteses preteritamente mencionadas, o juiz somente procederá à desclassificação do delito, cuja denúncia foi recebida como crime doloso contra a vida, se tiver plena e cristalina certeza, a partir de provas límpidas, quanto à ocorrência de crime diverso dos indicados no art. 74, §1º do Código de Processo Penal, vale dizer, quando não se fizer presente o *animus necandi* por parte dos protagonistas do fato articulado na pretensão punitiva aforada.

Pontuo, que a prova se apresente incontroversa acerca da inexistência do *animus necandi*, concluindo que o réu não quis e sequer assumiu o risco de matar a vítima.

19 NASSIF, Aramis. **O Novo Júri Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 69.

Na mesma toada, cabe aludir também a doutrina de outro Ilustre e singular magistrado, que durante muito tempo brilhou no Tribunal do Júri Gaúcho, Saulo Brum Leal²⁰:

Se a defesa negar o dolo, é evidente que tal fato deverá sofrer o exame na sentença de pronúncia. Daí se conclui que para afastar o dolo é necessária prova tão robusta quanto para acolher a justificativa. A mesma prova para afastar o dolo, que seja estreme de dúvidas.

E, arremata o Ilustrado Colega Saulo, "É-lhe lícito, e dele até se exige, examinar a prova existente nos autos, com o fito de estabelecer a viabilidade acusatória, devendo manifestar-se sobre ela, desde que não expresse interpretação definitiva. A única manifestação definitiva se expressa ante a prova incontroversa de excludente"²¹.

A desclassificação, portanto, nesta etapa procedimental, só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano. Se, entretantes, deparar-se o julgador com mais de uma versão em face às provas existentes nos autos, a pronúncia é o caminho a ser seguido, eis que na dúvida deve o processo ser julgado pelo Tribunal do Júri.

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. PLEITOS, NO MÉRITO, DE DESCLASSIFICAÇÃO E DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. 1. Nesta fase processual, vige o in dubio pro societate, porquanto a decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação. Caso dos autos em que comprovada a materialidade e presentes indícios suficientes de autoria, sendo impositiva a pronúncia do denunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, da CF/88. Precedentes desta Câmara. 2. Havendo dúvidas a respeito do animus do agente, não é possível afastar o dolo de obter o resultado morte, o que inviabiliza a desclassificação pretendida, em sede de pronúncia. 2. Somente é viável o afastamento da qualificadora, nesta fase, no caso em que manifestamente improcedente, situação que não se verifica no caso concreto, de modo que deve o réu ser pronunciado nos termos da denúncia, a

20 LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53

21 LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2001, p. 40.

fim de que o Corpo de Jurados avalie as circunstâncias do cometimento do crime. Precedentes STF e STJ. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70068907195, **Primeira Câmara Criminal**, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 25/05/2016)

E isso necessariamente precisa ser assim por um motivo lógico e legal (e até mesmo intuitivo): a competência constitucionalmente prevista para julgar os fatos, em tese, típicos, que contenham indícios de que tenham sido cometidos com *animus necandi*, cuja autoria e/ou participação também se tem indícios, é do Tribunal Júri. Portanto, nessa matéria “é soberano [...] o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana”²².

Aliás, também na mesma trilha, imperioso que se faça uma breve incursão teórica e doutrinária (especificamente) a respeito dos conceitos de dolo e culpa.

Em termos dogmáticos, classifica-se o dolo, quanto à sua natureza, em ontológico ou normativo; quanto aos seus elementos constitutivos, conhecimento e vontade ou apenas conhecimento; e quanto às suas espécies, em direto de primeiro grau, direto de segundo grau e eventual.

Com base nessas classificações, a doutrina tem se debruçado, por séculos, objetivando traçar uma teoria que suficientemente expresse o que é dolo e como pode ser identificado em cada uma de suas espécies.²³

Essas teorias, geralmente, filiando-se a uma das naturezas

22 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6 ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p.134.

23 Acerca destas duas sentenças, consulte-se: COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11-44.

do dolo, posicionam-se quanto a quais elementos o constituem e, destarte, procurando demonstrar como seria sua aplicação em relação a cada uma das espécies de dolo.

A doutrina de um modo geral, fazendo exegese do art. 18 do Código Penal, refere que o Brasil não adotou todas as espécies do dolo, mas apenas o dolo direto de primeiro grau (quando o agente quer o resultado) e o dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzi-lo).²⁴

No dolo direto, o autor foca-se para um resultado específico. No eventual, o autor prevê, admite e aceita o risco de produzi-lo (veja-se: ele não quer, mas prevê o resultado e pratica a conduta). Enquanto que no dolo direto de primeiro grau a intenção é direcionada ao resultado delitivo, no dolo eventual, não é a intenção a ele direcionada, porém o sujeito mesmo tendo previsão do resultado, é-lhe indiferente, optando por praticar o ato. Como costuma definir a doutrina: podia/devia, mas não evitou, ou, numa única palavra: acomodou-se.

As teorias ontológicas do dolo o entendiam como um fenômeno real, existente no mundo ontológico, e que estava relacionado à consciência do agente, cabendo ao jurista identificá-lo.

O dolo, então, situar-se-ia na cabeça do agente.²⁵ Tal ideia deriva, inquestionavelmente, do dualismo cartesiano (que diferencia aquilo que está na realidade física e o que está na consciência), abandonado há tempo na filosofia, mas que persistiu/persiste no âmbito do Direito Penal. Isso porque esse mesmo paradigma foi seguido, ainda que não por intermédio de um processo consciente dos legisladores, até este século, por

24 Veja-se ESTEFAN, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218

25 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62-63.

Immanuel Kant, filósofo de maior importância para o mundo jurídico, visto que seu pensamento é o que sustenta a organização dogmática do Direito. Não por outro motivo que, na esfera criminal, tem-se que o crime possui dois tipos de elementos: os objetivos, que pertenceriam à realidade externa, e os subjetivos, que se refeririam à realidade interna do agente.

Dessas construções filosóficas advém toda a teorização acerca do dolo como uma entidade psicológica, situada na cabeça do homem, fazendo com que os elementos historicamente utilizados para defini-lo (conhecer e o querer ou o assumir o risco de produzir, portanto teorias volitivas) fossem acessíveis somente ao próprio autor de um fato delituoso. Mas, como se acudir a mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer seu plano? Como se identificar e saber o que o agente pensa? Com essa lógica, somente se imputaria o dolo quando o agente confessasse a prática dolosa de um ato e, até mesmo nessa hipótese, não se teria uma precisão.

Definitivamente, as formulações legais não são feitas para se encontrar tal conclusão.

A bem da verdade, quem verifica a ocorrência ou não do dolo é o julgador, o qual não tem acesso aos processos mentais do agente causador de um delito²⁶, razão pela qual não é nem um pouco razoável recorrer a um processo inverificável, carente de demonstração empírica, para determinar a presença ou não do dolo. O recurso às ciências empíricas não ajuda no esclarecimento, pois sequer na psicologia e na psiquiatria há uniformidade teórica quanto ao dolo, havendo diversas propostas a respeito de onde derivam outras tantas correntes doutrinárias²⁷.

26 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12.ed. rev. amp. Atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 246

27 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66

Ademais, ainda que fosse verificável o estado mental do réu, essa constatação seria sempre feita após o fato criminoso, oportunidade em que, seguramente, aquele estado mental que permeou a ação ou a omissão, já se teria alterado, podendo gerar a chance de o mero sentimento de culpa ser confundido com a existência do dolo, ocasionando decisões injustas.²⁸ Decorre daí a conclusão de que as teorias ontológicas, ou melhor, teorias volitivas de base ontológica e quaisquer outras teorias que partam da ideia de que o dolo é algo localizado na mente do sujeito estará fadada ao fracasso.²⁹

Sensível a isso, a doutrina passou a construir teorias normativas do dolo.

Para estas, o dolo tem um conceito jurídico, não se localizando em parte alguma, pois não passa do resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que permite a responsabilização penal. É dizer: torna-se o dolo o resultado de uma atribuição. Imputa-se ao sujeito o conhecimento e a vontade³⁰ de realização do delito.

As teorias com viés normativo, em regra, entendem que o dolo prescinde do elemento volitivo, sendo necessário e suficiente para sua concretização o elemento cognitivo, “com a particularidade de que se exige um conhecimento não só dos dados fáticos [...], mas também um conhecimento [...], segundo versões modernas, do risco para produção de tal resultado”³¹.

Tais teses cognitivas podem ser doutrinariamente

28 COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

29 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. O Elemento Volitivo do Dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128-129.

30 Adiante explico porque “vontade”, que dá origem ao termo “volitivo”, não é tecnicamente correto para significar este segundo elemento. O adequado seria “intenção”.

31 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39

subdivididas em “teses cognitivas subjetivas” e “teses cognitivas objetivas”.

Nessas teorias encontram-se incluídos os teóricos Wolfgang Frisch, Günther Jakobs e Ingeborn Puppe³², exemplificativamente, para quem a caracterização do dolo não depende da análise dos elementos intencionais, posto que o conhecimento do autor é suficiente para projetar-se uma imputação subjetiva do agente.

Ao se visualizar essas teorias, uma elucubração assoma: ao se imputar o dolo com base apenas em uma avaliação dos conhecimentos do autor, cria-se o risco de se gerarem decisões arbitrárias, pois podem haver incongruências entre a realidade psicológica do agente e a atribuição feita. Portanto, sob a ótica normativa, muitas teorias do dolo carecem de legitimidade, ante a ausência de critérios que justificassem a atribuição da figura do dolo.

É verdade que muitas foram as teorias que ofereceram uma opção que pudesse afirmar a existência do dolo, e diferenciá-lo da imprudência, sem cair no psicologismo inverificável ou na arbitrariedade do purismo normativo.

Nenhuma logrou êxito.

É nesse contexto que surge a concepção significativa do dolo, aparentemente, uma terceira via entre as concepções ontológicas e normativas³³, cujo protagonismo deve-se a Tomás Salvador Vives Antón.

O sistema significativo de imputação tem na filosofia da linguagem, sobretudo com os trabalhos de Ludwig Wittgenstein e

32 PUPPE, Ingeborn. **A Distinação entre Dolo e Culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

33 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62.

Jürgen Habermas, sua teoria de base para reformular a teoria do delito.³⁴

Acerca da filosofia da linguagem, em apertada síntese, esclareço que esta alterou o paradigma filosófico outrora estabelecido. É dizer, com o giro lingüístico, mudou-se o modelo filosófico da consciência para a linguagem, passando esta última a ser percebida como uma estrutura articulada da qual dependem os próprios pensamentos. Esses, nessa lógica, sempre estariam inseridos na própria linguagem. Sai do palco a linguagem como um mero instrumento de representação de objetos, entra a linguagem que media o conhecimento e se produz intersubjetivamente³⁵.

É, nesse ínterim, de rigor destacar que, a proposta de Vives Antón não sepulta as anteriores. Não. Com efeito, é certo, que a teoria do delito vem caminhando desde a época de Aristóteles, Darwin, positivismo, passando pelo causalismo naturalista, seguindo com o finalismo de Welzel, fulcrado nas ideias de Hartmann, a seguir com a proposta funcionalista teológica e sistemática de Roxin e Jakobs e, por fim, chega na proposta de sistema significativo proposto por Vives Antón.

Por evidente, essa caminhada foi construída, trilhada, de forma segura, procurando-se sempre corrigir os erros do passado e aperfeiçoando os sistemas às novas realidades e fenômenos históricos pelos quais a humanidade foi passando. Daí a importância de se ter atenção em não desprezar as conquistas pretéritas, mas, ao mesmo tempo, adaptá-las ao presente.

Destarte, sem se desconsiderar (de todo) as teorias conhecidas, aparentemente a que explica a imputação e a atribuição do fato à norma mais adequadamente é o sistema penal proposto por

34 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251

35 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. O Elemento Volitivo do Dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 130.

Vives Antón, pois tanto a teoria causalista, como a neokantista, finalista e funcionalista, como referido, pecam em questões substanciais quanto à análise dos elementos da teoria do delito, sobretudo para com o autor do fato ocorrido no palco dos acontecimentos.

Veja-se: o sistema causalista, que surgiu entre o final do século XIX e início do século XX, possui o mérito de ter sido o primeiro a organizar (ou decompor) os elementos do crime como (em) fato típico, antijurídico e culpável, tendo como seus maiores expoentes Liszt e Beling.³⁶ Nesse sistema, havia uma primazia absoluta das ciências experimentais para a determinação dos conceitos medulares da teoria do delito, com destaque para a física mecânica newtoniana, no que tange a ação, e para a biologia, no que toca ao conceito psicológico de culpabilidade³⁷. O método utilizado nesse sistema era o descritivo, razão por que o trabalho do jurista se resumia a fazer a subsunção do fato à regra normativa³⁸.

Já sua estrutura firma base na relação de causa e efeito decorrentes de um fato. Disso, v.g., decorre que a tipicidade será apenas descritiva de um processo que possua nexos causal com o resultado, não se aceitando qualquer juízo de valor. Daí, não é difícil perceber que a inviabilidade de juízos de valor na tipicidade leva, inevitavelmente, a decisões injustas, além de não explicar o crime omissivo e o tentado, posto que (estes) imperceptíveis aos sentidos, tornando o sistema incongruente (e atualmente absolutamente inaplicável).³⁹

Objetivando dirimir essa lacuna, ganhou intensidade, a partir de 1930, o neokantismo, representado por Mezger, buscando

³⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247-248.

³⁷BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218.

³⁸BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218.

³⁹Veja-se capítulo 5: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.155-176

uma reformulação do causalismo (tanto que o neokantismo é também chamado de causalismo-normativista), mas com base nas ciências sociais ao invés das ciências naturais.⁴⁰ Propunha o neokantismo uma valoração do conceito causal de ação, tendo a influência do positivismo científico⁴¹. Para se compreender os elementos do crime, nesse sistema, seria necessário agregar a eles um suporte valorativo, autorizando-se, assim, para melhor avaliá-los, juízos de valor, o que propiciou a quebra do paradigma do tipo objetivo. Por outro lado, Mezger não abandonou a concepção mecanicista de conduta.⁴²

Ocorre que, considerando que quem operava com o juízo de valor era o juiz, havia uma ampla liberdade de decisão para estabelecer o que era ou não conduta. Assim, no neokantismo, poderiam ser – e foram – tidos como criminosos fatos que não representavam, em verdade, condutas, mas simplesmente características do indivíduo. Ademais, a culpabilidade tinha por base a condução do sujeito de sua vida.⁴³ Isso, em síntese, permitiu que houvesse a punição de sujeitos pelo que eram e não pelo que efetivamente tivessem feito, caracterizando um direito penal do autor, o grande vício que tornou o neokantismo, no mínimo, afastado da realidade jurídica.

Na trilha, pela década de 1930, surge o finalismo, o qual passou a ser preponderante somente a partir de 1945. Este sistema tem sua premissa filosófica na ontologia, o estudo da essência do ser.⁴⁴ Partia-se da idéia de que havia, para a construção das bases para o modelo de imputação, categorias pré-jurídicas que possuíam sentido por si só, cabendo ao direito, exclusivamente, o papel de reconhecê-las.

40 ESTEFAN, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184

41 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

42 Veja-se capítulo 5: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.155-176

43 Acerca do ponto, consulte-se capítulo 5: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.155-176

44 ESTEFAN, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187.

Para Welzel, o padrinho do finalismo, o conceito de conduta deveria ser ontológico, definindo-o como todo movimento corpóreo humano positivo ou negativo, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade.⁴⁵ E, se a intenção fazia parte do agir, então o dolo e a culpa estariam na tipicidade e não mais na culpabilidade (como outrora considerava o causalismo e o neokantismo). O diferencial do finalismo foi situar a finalidade como guia da conduta. No Brasil, o Finalismo chegou à década de 1970 e inspirou a redação de alguns dos dispositivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984.

De acordo com Welzel a ação humana é o exercício de uma atividade final. Um acontecer final e não somente causal⁴⁶. No finalismo, para que ocorra um crime, mister uma conduta humana (comissiva ou omissiva) dirigida à realização de uma conduta prevista no tipo penal – fato típico. Assim, o fato típico é constituído pela (1) conduta humana, (2) resultado, (3) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, (4) enquadramento do fato material e (5) uma norma reguladora.

Entretanto, tal qual seus antecessores, esse sistema penal na atualidade não oferece a melhor solução como paradigma de teoria do delito. Dentre outros motivos, aponto o principal: não se pode afirmar que haja conceitos ônticos, pois, em regra, todos esses são relativizáveis, não fazendo sentido que o Direito Penal, como produto cultural, variável de uma sociedade para outra, utilize-se em sua totalidade de premissas ônticas.⁴⁷ Com o surgimento de novos tipos penais (crimes contra o sistema financeiro, por exemplo), que tutelam bens jurídicos não tradicionalmente protegidos, demanda-se uma modernização das

45 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, Tradução por Juarez Tavares; 11ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 40-41

46 WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, Tradução por Juarez Tavares; 11ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997 p. 40-41

47 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 234-235.

estruturas da teoria do delito que, a meu ver, não foram/são satisfeitos pelos conceitos finalistas, em razão de que esse sistema opera com verdades ônticas, não mutáveis.

Significa que, pelo sistema penal ser marcado pela vontade política, que define quais condutas serão relevantes para este ramo do Direito, não é crível que se queira manter todo o sistema atracado em um conceito predeterminado, ôntico. Logo, ainda que no Brasil se encontre muitos adeptos ao finalismo, pelo seu desprezo aos novos condicionamentos políticos criminais a que está sujeito o Direito Penal, perde a razão para ser aplicado.

Por esse motivo, adveio uma nova proposição de sistema penal: o funcionalismo, que se desenvolveu a partir dos anos de 1962, com Claus Roxin, e 1983, com Günther Jakobs.⁴⁸ Esses autores fazem parte de correntes funcionalistas diversas e tem uma orientação normativa semelhante ao neokantismo, mas com este não se confunde.

Na essência, Roxin e Jakobs concordam em um ponto: todas as estruturas do direito penal devem ter seu sentido atribuído de forma a permitir que o Direito Penal possa cumprir sua função, passando a teoria do delito a operar de acordo com a política criminal.⁴⁹ Nesse ínterim, os elementos da teoria do delito são funcionalizados para realizar o objetivo do Direito Penal, não subsistindo verdades absolutas, visto que se reconhece a plurivocidade da realidade (cada corrente funcionalista dá uma função diferente ao Direito Penal).⁵⁰

O funcionalismo de Roxin (funcionalismo teleológico) finca suas bases no sentido de que a função do Direito Penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos no limite dos direitos e garantias

48BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 242-245.

49 ESTEFAN, André. **Direito Penal – Parte Geral**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193-195.

50BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235-239

fundamentais, indicando também que a pena tem um caráter preventivo especial (efeito ressocializador) e geral (efeito afirmativo da vigência da norma, garantindo a permanência de proteção ao bem jurídico).⁵¹ Roxin, com o fito de aprimorar o nexo de causalidade, acrescenta no tipo a imputação objetiva e cria a categoria da responsabilidade, que congrega, como subcategorias, a culpabilidade e a necessidade de pena – Jakobs segue Roxin em relação à imputação objetiva, mas apenas utiliza a necessidade de pena e não a culpabilidade.⁵²

Já o funcionalismo de Jakobs (Sistêmico), no que tange a finalidade do Direito Penal, é diametralmente oposto ao funcionalismo de Roxin, visto que nega que a função do direito penal seja a proteção de bens jurídicos. A proposição de Jakobs assevera que o Direito Penal tem função de manter a confiança no Estado Democrático de Direito, servindo para manter as expectativas normativas essenciais para a vida em sociedade, as quais estão insculpidas na Constituição e nas normas. Nesse contexto, é possível deduzir que o objetivo do sistema penal seria meramente de manter sua própria subsistência enquanto sistema.⁵³

Com esse sistema, a norma – e não mais o indivíduo – passa a ser o centro de gravidade do sistema jurídico penal, o que implica a necessidade de obediência formal à norma, reconhecendo-se sua validade, ainda que sua aplicação conduza a distorções que ocasionem resultados totalmente injustos.⁵⁴

No ponto, vale lembrar que a crítica também é extensiva ao funcionalismo teleológico. Este modelo teórico possui ampla aceitação doutrinária, mas, ao meu sentir, tal qual o funcionalismo sistêmico, também não oferece a melhor solução para

51 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 12.ed. rev. amp. Atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 173-174

52BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 239-241

53 Consulte-se capítulo 5: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.155-176

54BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 241-245

uma tutela efetivamente justa dos bens jurídicos nos limites do poder punitivo estatal.

Com efeito, examinando-se percucientemente a perspectiva funcionalista teleológica, denota-se, inequivocamente, que restam estabelecidas diferentes funções para a pena e para o Direito Penal.

Ademais, a orientação do funcionalismo teleológico desvincula o conceito de conduta de premissas ontológicas, fixando-a em decisões político criminais, permitindo que de acordo com as decisões do legislador sejam definidos os bens jurídicos a serem tutelados. Assim, pode-se criticar esse sistema sob o aspecto da insegurança jurídica que oferece para a sociedade, pois nada impede que sejam feitas legislações penais que desprezem as garantias fundamentais do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Isso porque se um Estado, por intermédio de seus agentes políticos, opta por uma política criminal que culmine em um direito penal do autor, ela ocorrerá independentemente da existência de direitos e garantias fundamentais do indivíduo positivados em uma Constituição ou previsto em acordos internacionais de Direitos Humanos, punindo-se inocentes. Prova disso são as mais variadas violações humanitárias existentes ao redor do globo terrestre que a mera positivação de um catálogo de Direitos Humanos em instrumentos de Direito Internacional Humanitário não conseguem evitar e, quando conseguem, chegam de veras tarde.

Some-se a análise de Cezar Roberto Bitencourt que menciona que, face toda sorte de emendas e reformas à Constituição que ocorrem ao sabor dos interesses políticos, algumas vezes, não nobres, se o sistema penal brasileiro filiar-se ao funcionalismo teleológico, poder-se-ia trazer uma perigosa tendência autoritária

na positivação do Direito Penal⁵⁵.

Vê-se, por tudo isso, que, apesar do brilhantismo, as teses funcionalistas não oferecem segurança quanto ao rumo que pode o Direito Penal tomar em qualquer sociedade cuja política seja movida, não raro, por interesses privados. Deste modo, acabam aquelas por perecerem, deixando de atender o exigido por um Direito Penal Democrático.

Nesse ponto, ante a desarmonia teórica encontrada nesses sistemas, imperioso atentar para o sistema significativo de imputação, o qual aparentemente demonstra ser o mais moderno entre os anteriores.⁵⁶

Esse modelo teórico surgiu na Espanha, a partir dos estudos de Tomás Salvador Vives Antón, em 1996, com a pretensão de reorganizar as categorias da teoria do delito e lançar sobre elas uma nova perspectiva para compreender os conceitos jurídico-penais. A proposta de Vives Antón, reconhecendo que a sociedade contemporânea é a sociedade da comunicação, alicerça-se na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e nas teorias da ação comunicativa e do discurso de Jürgen Habermas.⁵⁷

No Brasil, dentre os adeptos do sistema significativo de imputação, encontra-se Paulo César Busato. Este autor, fazendo referência às bases filosóficas tomadas por Vives Antón, assevera que o modelo teórico organiza a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras; e firma sua metodologia na realidade a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de

⁵⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245.

⁵⁶BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 249.

⁵⁷BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

validade⁵⁸.

Com isso, ainda segundo Paulo César Busato, “Vives produz um sistema absolutamente congruente e ao mesmo tempo respeitoso para com a ideia de humanização na formulação de categorias do delito”⁵⁹.

Parte-se da ideia de que, na sociedade do século XXI, para uma norma ser considerada válida, precisa expressar uma mesma comunicação de sentido para um conjunto humano determinado. É dizer: a norma jurídica só se afirma como válida quando, por intermédio de um processo argumentativo, houver um consenso sobre sua dimensão de sentido. A visão significativa do sistema criminal, a partir das ideias de Vives, faz crer que a conduta representa um processo simbólico regido por normas que traduzem seu significado social⁶⁰.

Vale dizer, a conduta comissiva ou omissiva será aquela conduta humana capaz de ser dotada de sentido (ou significado), a partir de uma interpretação das regras sociais com uso estabelecido (diferente dos fatos que admitem apenas descrições).⁶¹ Assim, para reconhecer a conduta, precisa-se conhecer a expressão de sentido que ela manifesta, por intermédio do código social segundo o qual se lhe interpreta, não guardando, desta forma, relação com o fim eventualmente colimado com ela (conduta), visto que as intenções não determinam as ações ou omissões.⁶²

Reconhece-se, entretanto, que nas próprias condutas estarão, em regra, expressas as intenções. Então, por exemplo, a ação, nesse contexto, deve ser compreendida não simplesmente como

58BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248.

59BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

60VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

61BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 252.

62BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253

uma conduta realizada por determinado sujeito, mas sim como o significado dessa conduta em um certo contexto, pois enquanto os fatos simplesmente acontecem, as ações, pensando em uma perspectiva normativo-penal, possuem sentido.⁶³

Para Paulo Busato, “é a existência de uma prática de seguir regras que permite identificar o sentido que jaz na ação e inferir a realização de uma intenção”⁶⁴, havendo, pois, uma intencionalidade externa. Em síntese, a expressão de sentido da conduta extrai-se do significado que socialmente se atribui ao que o agente faz.

Vives Antón, portanto, opera uma reorganização da teoria do delito, tomando por base a norma e a ação, reconhecendo-se que para a existência de um crime devem ser atendidas determinadas “pretensões”, que contém os elementos da teoria do delito.⁶⁵ Em uma visão geral, estabelece o aludido autor quatro pretensões: pretensão de relevância, pretensão normativa de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de punibilidade.

A pretensão de relevância, também aludida como “tipo de ação” (ou omissão), possui duas subpretensões denominadas de pretensão conceitual de relevância e pretensão de ofensividade, encerrando, respectivamente, o que ordinariamente a doutrina chama de tipicidade formal e a tipicidade material, exceto o dolo e a culpa. Igualmente, a pretensão normativa de ilicitude também possui duas subpretensões que se chamam de pretensão subjetiva de ilicitude, onde, então, analisa-se o dolo e a culpa, e de pretensão objetiva de ilicitude, onde se examinam se estão presentes alguma causa legal de justificação (permissividade forte) ou causa de exclusão de responsabilidade (permissividade fraca). A pretensão de reprovação revela ser a categoria da

63BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253

64BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 254.

65BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 252.

culpabilidade, constituída pela imputabilidade e pela potencial consciência da ilicitude por parte o autor. Por fim, a pretensão de punibilidade trata da necessidade de pena.⁶⁶

Em relação, especificamente, ao dolo e a imprudência, Vives retira-os do tipo de ação ou omissão (denominado por ele de pretensão de relevância), visto que elas nada mais são do que expressões simbólicas de atividades que dão sentido ao tipo, não necessitando que se averigue a esfera subjetiva do agente, razão por que são passadas para a pretensão de subjetiva de ilicitude, uma subpretensão da pretensão de ilicitude.⁶⁷ Quer dizer: a determinação da “intenção” do agente só é verificada depois de se constatar que a ação ou a omissão é uma das que interessa ao Direito Penal.

Veja-se: apesar de parecer óbvio, dizer que a conduta é do interesse do Direito Penal, significa dizer que essa conduta, a qual tem como protagonista um indivíduo, amolda-se a um tipo positivado no Código Penal. Entretanto, isso não responde por qual razão o legislador optou por punir mais gravemente o crime doloso e de maneira mais branda (e apenas excepcionalmente – quando houver expressa previsão legal) punir o crime culposos (imprudente). É certo que dolo e imprudência são elementos subjetivos, que não importam em iguais conseqüências. A rigor, ninguém pode pretender atribuir a uma conduta o *status* de dolosa ou culposa por tão somente lhe parecer ser um crime grave ou leve, chocante ou não, pois a questão encerra uma complexidade muito maior.

Dentre as várias correntes que tratam dessa questão, duas delas parecem indicar razões de cunho mais racional para se punir mais gravemente o delito doloso do que o culposos.

⁶⁶Sobre isso: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 257-260

⁶⁷BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 396.

A primeira delas justifica a punição mais gravosa para o ilícito penal doloso sob a perspectiva da prevenção geral positiva. Nessa esfera, a conduta dolosa exige maior resposta do próprio ordenamento, já que, na visão do significado social, negou, em absoluto, a validade da norma penal, enquanto que a conduta imprudente porta apenas o significado de um erro. Assim, dolo e imprudência portam diferentes sentidos, isto é, indiciam quantidades diferentes de falta de motivação para o cumprimento da norma (infidelidade ao direito)”⁶⁸. A segunda labora sob o prisma da prevenção especial. Assim, o dolo carregaria consigo uma pena de maior gravidade porque o agente, com sua conduta, lesiona não só o bem jurídico, mas também a norma que protege a sociedade, a qual o (bem jurídico) estima valioso, justificando e legitimando uma reação estatal mais violenta⁶⁹.

Sob essas perspectivas, depreende-se que: dolo e imprudência exigem o elemento mínimo do conhecimento para se concretizarem. Todavia, o dolo, por significar a negação da norma de uma forma mais grave e incisiva, necessita de algo mais para diferenciá-lo da imprudência, que, definitivamente, não pode ser um elemento cognitivo. Surge daí a necessidade de compor o dolo também por um elemento volitivo que, peremptoriamente, diferencie-o da mera imprudência.

Com efeito, traz-se a ideia do sistema significativo de imputação, pois, na medida em que este distribui as pretensões normativas – pretensão geral de relevância, pretensão normativa de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de necessidade de pena –, fica clarividente que o dolo e a imprudência são atribuições (Vives as coloca juntamente na pretensão subjetiva de ilicitude), figurando como instâncias de imputação da

68COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

69DÍAZ PITA, María del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19.

antinormatividade.

Assim, o mais adequado é considerar o dolo em seu sentido atributivo-normativo, tal como propõe o sistema significativo de imputação, associando-o a uma tese volitiva. E isso porque o jurista pode, normativamente, adscrever a “intenção” a uma ação ou omissão, em consonância com o seu significado público, pois a “intenção” não é propriedade do sujeito, ela é pública e deve ser avaliada por critérios.

Com isso, em resumo, pode-se deduzir que para o sistema significativo, identificar a existência ou não do elemento volitivo do sujeito tem o objetivo de permitir ao Direito Penal atribuir a ele um compromisso de causar lesão ao bem jurídico tutelado⁷⁰, tendo em conta “a ação ou omissão significada em seu contexto”.

Eis o elemento volitivo que é comum a todas as espécies de dolo e que permite diferenciá-lo da conduta imprudente: o compromisso com a vulneração do bem jurídico por parte do agente, é dizer, um compromisso de atuar⁷¹.

Por conseguinte, ordinariamente se utiliza a palavra “intenção” para definir o dolo e distingui-lo da imprudência mas, o tecnicamente correto para tanto é utilizar a expressão “compromisso de atuar” ou “intenção significada”, que traduz a primeira expressão.

Segundo Vives, há que se analisar se a ação ou a omissão são hábeis a fazer crer que há de manifesto um compromisso de atuar do autor, devendo-se isso auferir, a partir do processo de

70 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

71 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

comunicação habermasiano⁷². Portanto, valoram-se as circunstâncias em que a ação ou omissão é realizada, isto é, todos os aspectos que a permeiam. Assim, determina-se o que o agente podia saber ou conhecer (elemento cognitivo) e se se encontra presente o compromisso com a lesão ao bem jurídico (elemento volitivo).

O dolo compreendido como compromisso com a vulneração do bem jurídico, requer a sinergia do “saber” (uma competência) do agente com sua decisão (entendida como “a decisão de enfrentar à sociedade, porque esta qualificou” determinado “bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal”⁷³) de realizar algo ou de omitir uma conduta, apesar do que conhece⁷⁴. Logo, o dolo não está na cabeça do agente, mas sim precisa ser demonstrado, por intermédio da atribuição dos elementos “conhecimento” ou “representação do resultado” e “compromisso com a lesão do bem jurídico”. Daí a inafastável conclusão de que a atribuição do dolo é indissociável da figura da prova penal, pois o aquele “depende de uma compreensão cênica que deriva precisamente do caráter pragmático do processo penal”⁷⁵. Resta estabelecida, portanto, uma relação umbilical com a prova a ser obtida no processo penal⁷⁶.

Aqui volto minha atenção, uma vez mais, para o ordenamento jurídico brasileiro e, no ponto, diz o diploma material repressivo, conforme já mencionei, em seu artigo 18, incisos I e II e parágrafo único:

72 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador *apud* BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76; e BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

73 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

74 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-30.

75 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 80.

76 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

Art. 18. Diz-se o crime:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único. Salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Para a maior parte da doutrina, o legislador, ao positivizar que o dolo importa em “querer o resultado” e/ou “assumir o risco de produzi-lo”, como constitutivos do elemento volitivo, adotou a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento, que bem vista é também uma teoria da vontade⁷⁷, para o dolo eventual.

Já com o positivado em relação ao erro de tipo se auferiria o elemento cognitivo do dolo – conhecimento. Interessante ressaltar que a maior parte de autores que escrevem sobre direito material asseveram que o Direito Penal Pátrio não teria adotado o dolo direto de segundo grau.

Ora, em decorrência disso, seria possível crer que, por intermédio do trabalho legislativo, todos os problemas atinentes à figura do dolo discutidos com maior afinco nesse último século estariam resolvidos.

Ocorre que isso não passa da mera aparência. Ao realizar uma leitura neutra, vale dizer, sem pré-concepções, depreende-se tranquilamente que o artigo 18 não só contém expressões ambíguas como insuficientes à definição adequada do dolo. Assento: com boa hermenêutica, pode-se chegar as mais diversas conclusões a partir do positivado. *Exempli gratia*: o “quis” [o resultado] suscita dúvida se o “querer” deve ser considerado em sentido psicológico ou normativo.

⁷⁷ Reforça minha convicção o que ressalta Luís Greco, em prefácio à obra “A Distinção Entre Dolo e Culpa” de Ingeborn Puppe, quando assevera que “a teoria da anuência nada mais é do que uma teoria da vontade, nem a mais atual, nem a mais importante, figurando humildemente ao lado de muitas outras” (PUPPE, Ingeborn. A Distinção entre Dolo e Culpa. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. xv.)

Acrescente-se que o “Código não indica os elementos necessários para que se possa dizer que o agente conheceu algo, quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção”⁷⁸, o que poderia vir a permitir afirmar qual teoria, especificamente, filiou-se.

Nessa seara, destaca-se que a ideia de que o Código adota uma teoria volitiva é doutrinária. Na exposição de motivos da Parte Geral Reformada, nada consta acerca de qual(is) teoria(s) do dolo o legislador adotou, resumindo-se a afirmar que repetiu, no que tange ao dolo, os dispositivos de 1940 – o que talvez justifique por que por tão longo tempo apenas terem sido repetidas as conclusões de Nelson Hungria acerca do dolo. Assim, por exemplo, não havendo negativa explícita ou implícita da legislação, a expressão “assumir o risco” pode muito bem ser entendida não no sentido de uma teoria volitiva, mas como uma teoria cognitiva. Sobre isso interessante trazer, *ipsis literis*, o que aponta Luís Grego:

[...] um dos maiores e mais importantes críticos de qualquer visão do dolo sempre como vontade, um defensor da teoria da possibilidade, alguém que considerava, portanto, suficiente que o autor reconhecesse o resultado como algo possível, e dizia inexistir qualquer culpa consciente, pois se há consciência há dolo (“toda culpa e culpa inconsciente”), Horst Schröder, em seu clássico estudo na *Festschrift* em homenagem a Sauer, utiliza várias vezes a expressão do assumir o risco (*Inkaufnahme des Risikos*)⁷⁹.

E vou além. Mesmo em se concordando que pela redação do art. 18, I, do Código Penal, o legislador quis adotar a teoria da vontade, indaga-se: qual delas? A pertinência da pergunta advém do fato de que não existe apenas uma teoria da vontade, mas sim várias, trazendo uma certa insegurança jurídica face à

78 COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

79 PUPPE, Ingeborn. A Distinação entre Dolo e Culpa. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. xvii.

possibilidade de tratamento não isonômico entre réus que praticaram fatos muito semelhantes. Há, ainda, algo que é deveras grave: se não há um conceito bem fixado de dolo, não se sabe o que se deve provar e, conseqüentemente, os meios de prova adequados para constituir tal prova. O art. 18, I, não é conclusivo quanto a quais critérios devem ser buscados para afirmar que o sujeito agiu com dolo.

Perante essa miscelânea de problemas, é extremamente oportuno mencionar o lúcido ensinamento de Juarez Tavares em sua obra *Teoria do Injusto Penal*: “em face da equivocidade de seus termos, a fórmula do Código é evidentemente incompatível com um direito penal de garantia, o que está a exigir uma precisa tomada de posição da doutrina para delimitá-la no seu verdadeiro sentido”⁸⁰.

Exatamente por essa razão, mister que o julgador adote um sistema penal que ofereça clareza aos componentes da teoria do delito e segurança jurídica aos seus jurisdicionados, como referido alhures.

Diria mais: que o sistema penal propiciasse um ideal de justiça. Num primeiro momento (à vista disso) o sistema significativo de imputação atende a esses ideais na mesma proporção que é respeitoso com a ideia de humanização na formulação das categorias do delito, e mantendo sua congruência como o sistema, guardando compatibilidade com a legislação penal em vigor.⁸¹

A teoria significativa do dolo cria para as diversas espécies de dolo e para o sistema penal, como um todo, uma logicidade que às demais parece faltar: um espaço teórico comum em que harmonicamente as espécies de dolo podem habitar pela

80 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 350.

81 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

similaridade em termos gerais, que é, justamente, esse compromisso com o dano ao bem jurídico.

Um outro raciocínio que leva à mesma conclusão é dizer que ao se firmar um elemento volitivo comum às espécies de dolo, concretizado na expressão “compromisso de lesar o bem jurídico”, unifica-se o gênero dolo. E isso, colocado de uma forma ou de outra, tem todo o nexos: se o dolo normativizado é uma atribuição de um conhecimento e de um compromisso para violar o bem jurídico, as espécies de dolo, então, representam sua graduação, onde o dolo direto de primeiro grau é o máximo de compromisso e o dolo eventual é o mínimo. Confirma e complementa isso a lição de Paulo Busato:

O compromisso que se estabelece para com a produção do resultado pode derivar tanto de um desprezo quanto de uma pretensão a respeito de sua ocorrência, o que faz com que as diversas modalidades de dolo não sejam mais do que uma diferença em graus de desvalor do compromisso para com a produção do resultado. Ou seja, não existem dolos essencialmente diferentes, mas sim graus diferentes de desvalorização dolosa⁸².

Desta maneira, afirma-se que a teoria significativa do dolo se coaduna com o Código Penal e oferece uma base teórica consistente e uma para afirmação do dolo.

Com isso, retomo a questão da prova do dolo significativo relacionada ao processo penal.

Consoante o acima afirmado, o dolo – porque depende de uma compreensão cênica que permita verificar se a conduta do agente demonstra que tinha conhecimento (representação do resultado) e que agiu com o compromisso de lesionar o bem jurídico – necessita e, mais que isso, pode se demonstrar. O dolo se resume ao dolo que se pode demonstrar.⁸³ Entrementes, essa demonstração objetiva da

82 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 418.

83BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

intenção subjetiva não pode ser feita por qualquer instrumento, mas, sim, através do processo penal.⁸⁴

Isso porque, ao meu sentir, toda e qualquer discussão doutrinária resta sem foco se não puder gerar resultados práticos na vida de relação. E com o direito penal não pode ser diferente, vale dizer, de nada adianta uma bela e límpida teoria, se do ponto de vista prático for inútil (seja porque cria algo inverídico, seja porque não se consegue comprovar).

Ressalvados melhores juízos, no meu sentir, mister que o direito penal seja praticável, é dizer, tenha possibilidade de ser aplicado, o que se obtém através do processo penal.

Base nisso, poder-se-ia aventar que o processo é o meio pelo qual se pode obter uma verdade absoluta acerca de um caso.

Deveria ser assim, mas, ainda que seja desejável, o Processo Penal não consegue chegar à verdade real.⁸⁵ Entrementes, isso, ao invés de levar ao descrédito da atividade probatória, deve legitimar a produção probatória, normativamente estruturada, e a discussão destas pela Acusação e Defesa, pois a verdade processual há de se formar pela argumentação e persuasão entre as partes, com atendimento aos princípios do contraditório e da mais ampla e inarredável defesa.

Por essa razão, o Direito Processual Penal buscará a obtenção formalizada da verdade, a chamada “verdade possível” ou “verdade forense, “verdade provada”, à qual se dirige à compreensão cênica”⁸⁶, que será conseguida pelas provas colacionadas aos autos processuais. Concorda com esse posicionamento Jorge Figueiredo Dias para quem a verdade

84BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César. **Dolo e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

85COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155 e 162-163.

86 COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

processual “não sendo absoluta ou ontológica há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”⁸⁷.

É dizer, os fatos deverão estar provados para além da dúvida razoável, visto que o máximo que o Direito Processual Penal pode chegar é a uma aproximação muito grande da verdade provada, mas jamais em uma certeza peremptória.

Note-se: o elemento que legitima o processo é a prova, a partir do qual se fixa uma verdade.

Segundo Norberto Avena, prova “é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”, destinando-se, sobretudo, ao magistrado para possibilitar o julgamento do processo⁸⁸. Nesse mesmo sentido aponta Paulo Rangel, para quem prova é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais [...] de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e defesa”, a fim de convencer o juiz⁸⁹. Observo também que prova tem origem no vocábulo latino “*probatio*” que se traduz como “verificação”, “confirmação” e/ou “exame”.

Com efeito, se o dolo é uma atribuição que se faz a partir da ocorrência dos elementos de representação do resultado e o compromisso com a lesão ao bem jurídico, há que perscrutá-lo com base no que estiver inculpado no caderno processual. Evidencia-se, assim, que não se prova o dolo propriamente dito, mas sim a ocorrência de seus elementos, os quais são auferidos do contexto em que estão inseridos, a partir da produção probatória valorada

87 DIAS, Jorge Figueiredo *apud* COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 162.

88 AVENA, Norberto. *Processo Penal – versão universitária – teoria e prática*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 279.

89 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, P. 463-464

pelo magistrado para se aproximar ao máximo da verdade real.⁹⁰

No caso da prova do dolo, as dificuldades, no transcorrer da história, para comprovar sua presença em relação a um fato delituoso levaram à existência de disparates como presunções de sua ocorrência; o alargamento de seu conceito, objetivando-o totalmente (Jakobs); e até a aceitação da responsabilidade objetiva disfarçada por institutos como o *versari in re illicita*⁹¹. Isso não pode mais subsistir.

Tradicionalmente, todos os meios de prova em Direito admitidos são meios válidos para provar algo relacionado ao processo, cujo objeto está delimitado pela Denúncia oferecida pelo *Parquet*.

Seguindo a lógica de que o dolo se extrai pelo contexto relacionado à conduta, levando em consideração que todos os meios de prova servem à prova de condutas, igualmente, todos eles poderão comprovar o dolo. Logo, há de ser o conjunto probatório que vai fornecer sustentáculo para afirmar ou negar o dolo.

No que respeita à CULPA, o Código Penal define o crime culposo como aquele gerado pela falta de cuidado necessário e exigível à espécie - imprudência, negligência ou imperícia. Essas espécies de comportamento invariavelmente são atuações comissivas ou omissivas impróprias desprovidas dos devidos cuidados, os quais representam a criação ou o incremento do risco para além do permitido ou tolerado.⁹²

Logo, no delito imprudente, produzir-se-ão os mesmos resultados do delito doloso, mas, pelas razões já mencionadas, que, a fim de evitar a tautologia, faço remissão, não se pode

90COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 154.

91 COSTA, Pedro Jorge. **Dolo Penal e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 154.

92BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329/332.

atribuir ao agente igual punição como se doloso fosse.

Reprova-se, em veras, a conduta “inferior à capacidade de atuar” exigível do agente, a qual cria e produz o resultado lesivo ao bem jurídico.⁹³ Destaque-se, ainda, que a responsabilização pelo delito imprudente somente pode ocorrer se houver expressa previsão na Legislação Penal.

Isso porque, segundo Roxin, os delitos imprudentes “não teriam seu fundamento de punibilidade relacionado com a realização de uma ação, mas com a violação de um dever”⁹⁴. Por isso, fundamenta que não há sentido em basear o castigo do delito imprudente em critérios como os de evitabilidade ou previsibilidade, sendo necessário, assim, que haja, por óbvio, conduta descuidada, imputação objetiva desta e o nexo de causalidade entre esta e o resultado lesivo.

No sistema significativo de imputação, dolo e imprudência são instâncias de imputação que “não participam da etapa conceitual ou de definição do delito, mas são critérios de responsabilidade que se referem ao plano substantivo”⁹⁵. A imprudência pode ser definida como a contrariedade ao dolo, pois quem atua de maneira imprudente o faz sem intenção, é dizer, sem o compromisso de causar lesão ao bem jurídico.⁹⁶

Desta forma, conclui-se que “o conteúdo da imprudência é a infração de um dever de cuidado e a ausência do compromisso com o resultado”⁹⁷. Por conseguinte, a imputação do resultado desvalioso ao agente depende, para se dizer imprudente, da análise de sua capacidade individual e de sua atuação.

93BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 433.

94 ROXIN, Claus *apud* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 427.

95 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 429.

96BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 429.

97 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 430.

Em outras palavras, verifica-se o que sua conduta representa para a produção do resultado lesivo e se o próprio agente tinha condições de conhecer os riscos de sua conduta.

Para tanto, no sistema significativo de imputação, utilizam-se os mesmos critérios de imputação objetiva elaborados por Roxin – constituintes basilares da responsabilização do delito imprudente – aliado a um elemento subjetivo, qual seja, a falta de compromisso para com a evitação do resultado lesivo ao bem jurídico previsto ou proibido pela norma (hipótese em que há exclusivamente falta de cuidado). Esse elemento subjetivo, juntamente com os critérios objetivos, tem essencial importância, pois não se pode conceber dentro de um direito penal moderno uma responsabilidade que se constitua fulcrada unicamente de maneira objetiva.

A análise do elemento subjetivo divide-se em duas etapas. A saber: a verificação do dever geral de cuidado objetivo e o dever subjetivo de cuidado. Aquele trata de identificar se o agente atuou diligentemente de acordo com a experiência comum ou não, não servindo de padrão o “homem médio”, mas sim a previsibilidade máxima exigível das condutas dos indivíduos.⁹⁸ Realiza-se essa etapa na pretensão geral de relevância, pois a “violação do dever de cuidado, no delito imprudente, é um aspecto de definição conceitual do próprio tipo de ação”⁹⁹. Já no que importa o dever subjetivo de cuidado, este será verificado na pretensão subjetiva de ilicitude, onde se procura determinar se, no caso concreto, diante das circunstâncias pessoais do agente, este poderia ter previsto e evitado o resultado.

Por fim, classicamente, divide-se a imprudência entre consciente e inconsciente. Inconsciente, quando o resultado não é

98BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434.

99 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 437.

previsto pelo protagonista (embora previsível). Consciente, quando o resultado é previsto, mas o autor confia que não irá ocorrer. O que distingue uma da outra é a previsibilidade. Na culpa inconsciente o agente não prevê o resultado, diverso da culpa consciente, em que o resultado é previsto.

Daí surge a polêmica, e por que não dizer, célebre, discussão a respeito da diferenciação entre o DOLO EVENTUAL e a CULPA CONSCIENTE.

No ponto, o que as distingue é que na culpa consciente, o agente não quer o resultado, confia na sua não ocorrência e, se ocorrer, conseguirá evitá-lo. Enquanto no dolo eventual, segundo Muñoz Conde¹⁰⁰, “o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco”, portanto, o agente quer o risco e não o resultado.

Nelson Hungria, lecionando a respeito da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, assim se manifesta:

há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado[...] mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na *esperança* ou persuasão de que este não ocorrerá¹⁰¹.

Ocorre que, a bem da verdade, essa discussão é meramente (e não mais que) doutrinária. Isso porque o Código Penal não faz, em nenhum momento, qualquer referência à culpa consciente, de modo que para o Diploma Material Repressivo – tal qual o dolo direto de segundo grau –, ela não existe, tratando-se, como creio, de

100 MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**, Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 60

101 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 1v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 113.

criação doutrinária. Destarte, asseverar-se: a regra é que a responsabilização penal seja a título de dolo e, excepcionalmente, a título de culpa inconsciente.

Na linha de tudo o que foi trazido à nível doutrinário (puramente), resta, que no delito doloso haverá sempre a presença de um compromisso do autor com a realização do resultado lesivo ao bem jurídico, o qual representa o elemento volitivo do dolo – o querer ou o assumir o risco de causar o resultado significados, considerados normativamente –, ausente na imprudência. Por outro lado, no delito imprudente sua nota característica será sempre o desconhecimento da periculosidade da conduta em relação ao tipo de ação ou um erro vencível sobre algum elemento, sendo uma conduta apenas descuidada.

Posta, pois, essa digressão doutrinária, indaga-se: como deve o Juiz Criminal proceder para analisar a existência de dolo ou da culpa no procedimento do Júri? Através da análise do caso concreto, pois a partir das circunstâncias do fato é que se pode verificar se há indicativos de dolo ou culpa, ou nenhum deles.

Entrementes, para que o Juiz Togado possa ingressar na verificação da presença ou não do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do(s) agente(s), com o fito de proceder com uma desclassificação, precisa concluir, taxativamente, que não vislumbra crime doloso contra a vida. E isso deve ser demonstrado de modo diáfano, manifesto, sob pena de invadir, indevidamente, a seara de competência do Tribunal do Júri.

Quando o Juiz desclassifica o delito, simplesmente retira a classificação que inicialmente lhe foi dada (delito doloso contra a vida) na exordial acusatória e a coloca em outra – podendo inclusive ser dolosa.

De uma forma ou de outra, numa decisão de

desclassificação, fica patente que o delito que se consubstancia nos autos é de competência estranha a do Júri, o que enseja o envio dos autos para o Juiz singular, o qual poderá encerrar o processo com uma decisão de mérito absolutória ou condenatória, donde se conclui que a desclassificação é mera decisão modificativa da competência, em razão da matéria, possuindo, destarte, natureza jurídica de decisão interlocutória, ao meu sentir, simples.

Por fim, a única decisão que permite que ocorra, de imediato, a inauguração da segunda fase do procedimento do Júri, denominada de fase de preparação do plenário, é a pronúncia, a qual também não tem natureza de sentença – embora tenha sua estrutura como tal -, mas de decisão interlocutória mista não terminativa, conseqüentemente não fazendo coisa julgada mas, preclusão *pro judicato*, cuja finalidade é delimitar a acusação, estabelecendo sua extensão, que deve estar limitada ao que foi encontrado pela investigação e teve ressonância no processo criminal¹⁰², e, destarte, servindo de perímetro para que o acusado saiba do que se defender no Plenário do Júri.

Para a decisão de pronúncia, que encerra a fase processual de admissibilidade da acusação, o Código de Processo Penal em seu artigo 413 exige, somente, que o juiz se convença da materialidade do fato e de indícios suficientes de que os réus sejam autores ou partícipes. Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, portanto.

A decisão de pronúncia constituiu mero juízo de admissibilidade e de viabilidade da pretensão deduzida na exordial acusatória, oportunidade em que se verifica apenas a presença dos pressupostos necessários para o encaminhamento dos fatos imputados à apreciação dos jurados no Tribunal do Júri.

102 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 651.

Cumprir referir que, embora na pronúncia não deva o juiz fazer uma análise densa de toda a prova, discutindo-a com profundidade, à exaustão, deve, porém, fazer uma exposição expressa e fundamentada (por força constitucional) de que há uma versão nos autos, admissível, que aponta no sentido de indícios suficientes que o acusado teria praticado conduta delituosa dolosa contra a vida e eventuais qualificadoras, haja vista que a pronúncia tem, hoje, a tarefa de delimitar a acusação, face a extinção do libelo crime acusatório.

Nesse viés, a lição do nobre magistrado NUCCI¹⁰³ quando diz:

“Suprimido o libelo, torna-se essencial ser a pronúncia detalhada o suficiente para limitar a atuação da acusação em plenário, oferecendo ao defensor o exato alcance da imputação. A partir de agora, torna-se cabível sustentar a correlação entre pronúncia e o questionário,[...]”.

Do que se retira que, ao pronunciar, deve o juiz expor os fundamentos de participação do acusado e as qualificadoras, de modo a impedir qualquer dificuldade para a defesa. É certo que o magistrado deverá respeitar a soberania do Júri, por evidente, sem uma exposição aprofundada de todas as provas insertas nos autos mas, de outra banda, não poderá na pronúncia, deixar de especificar e fundamentar, ao menos sucintamente, a decisão que aceita a acusação, caso contrário poderá ocorrer violação da ampla defesa e da fundamentação das decisões, também por força constitucional.

De maneira alguma, a decisão de pronúncia pode ser vista como uma condenação prévia, pois exclusivamente proclama a admissibilidade da acusação, é dizer, “reconhece a plausibilidade da acusação feita, declarando a necessidade de se submeter o réu a julgamento perante seu juiz natural”¹⁰⁴.

103 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 103.

104 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 650.

Afora elementos técnico-teóricos que o Juiz Togado entenda pertinentes apontar para justificar sua decisão, essencialmente, o que a sentença de pronúncia afirma é que carreado aos autos há elementos que comprovam a materialidade do(s) fato(s), bem como provas que indicam a probabilidade de ser(em) o(s) acusado(s) o(s) autor(es) ou partícipe(s) do(s) fato(s) – destaque: não se exige certeza da autoria do crime, mas apenas indícios suficientes desta –, determinando como consequência a remessa dos autos para julgamento perante o Conselho de Sentença.

Urge pontuar que, apesar de o Direito Processual Moderno preconizar que, na dúvida, decidir-se-á a favor do réu, há dois momentos no ordenamento jurídico em que a dúvida determina a inclinação a favor da sociedade: no recebimento da exordial acusatória e na decisão de pronúncia.

Isso porque essas duas situações não determinam um pré-julgamento – condenação nem formação de culpa – tratando-se apenas de um juízo de admissibilidade da imputação, de um critério técnico baseado na teoria que orienta a aplicação da lei brasileira e na jurisprudência de nossos tribunais superiores – STF e STJ.

Somente na hipótese de estarem presentes, de forma escorreita, indicativos que afastassem o dolo, mesmo que eventual, é que se poderia desclassificar a conduta dos acusados.

Segue recente jurisprudência:

Ementa: HABEAS CORPUS. DELITOS DOLOSOS E CULPOSOS CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO, POR DUAS VEZES, DENTRE OUTRO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA.(...) A sentença de pronúncia é, como consabido, decisão de viabilidade procedimental, oportunidade em que o julgador singular deve, apenas, analisar a existência de justa causa, presente no caso que ora se examina, para superação da primeira fase do rito - judicium

accusationis - e submissão do réu ao plenário do Júri - iudicium causae - onde os fatos serão exaustivamente debatidos pelas partes, e analisados por seus juízes naturais, os jurados. Não havendo improcedência manifesta em relação ao contido na denúncia, é de ser mantida a sentença de pronúncia, com as qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa das vítimas, para que o Conselho de Sentença aprecie a incidência dessas circunstâncias no caso concreto. A sentença de pronúncia tem natureza eminentemente declaratória, encerrando a primeira fase do rito dos processos submetidos ao procedimento do Júri. A análise prelibatória que envolve essa decisão não comporta manifestação acerca do concurso de crimes, matéria exclusivamente de direito, afeta à dosimetria da pena, que deverá ser examinada pelo Juiz togado somente ao final, após a votação eventual condenação. PRELIMINAR DE NULIDADE DESACOLHIDA. NO MÉRITO, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (...) ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70068800986, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 19/05/2016.

No ponto, ressalto que, para a doutrina tradicional, a máxima "*in dubio pro societate*" tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime para fundar a pronúncia. Entretanto, não se trata de pura e simplesmente dizer que, no procedimento do Júri, na dúvida sempre se decide a favor da sociedade, como se, de qualquer forma, já se estivesse estabelecendo um pressuposto para condenação. Se analisado o *in dubio pro societate* em sua literalidade, inafastável será a conclusão de que estaria configurado um absurdo jurídico, uma atecnia teórico-processual.

Por isso, ao meu sentir, esse aforismo precisa ser bem compreendido, vale dizer, adequadamente interpretado, a fim de que não se gere uma presunção *a priori* prejudicial ao acusado.

Roborando, quando o Juiz pronuncia – porque encontrou nos autos materialidade fática e indícios suficientes de autoria – verdadeiramente o que ele está a fazer é preservar a competência constitucional do Tribunal do Júri para julgar a causa. E é exatamente nessa direção que deve ser entendido o brocardo alhures referido.

E só excepcionalmente, pode a competência do Júri ser afastada.

A dúvida que se estabelecer no processo e que tornar questões razoavelmente controvertidas haverá de ser dirimida em Plenário, juiz natural da causa. É dizer: o in dubio pro societate em delitos denunciados contra a vida significa que só poderão ser julgados, presente os requisitos legais, pelo Conselho de Sentença, de acordo com sua íntima convicção.

Nessa trilha, cabe ao juiz explicitar quais as provas constantes do processo que foram hábeis a convencê-lo do preenchimento dos requisitos para a pronúncia – inculpidos no artigo 413 do Código de Processo Penal (materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação), fazendo um juízo de fundada probabilidade acerca da acusação.

Estabelece o artigo 413, §1º, do Código de Processo Penal:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Para a sentença de pronúncia, basta, então, que haja indícios suficientes de autoria delitiva – um juízo de mera probabilidade, não de certeza –, que comprovadamente o fato exista – prova incontroversa da existência fática e não do crime – e que aparentemente haja indícios de que seja um crime doloso contra a vida – o exame do atuar doloso do acusado deve ser genérico, sem

conclusão categórica¹⁰⁵.

Mencionei ser necessário que o fato, e não o crime, esteja comprovado porque, ao menos na teoria, se sumariamente não se puder, pelas provas constituídas nos autos, concluir com segurança/certeza pela ocorrência de uma das hipóteses dos artigos 414, 415 ou 419, todos do Código de Processo Penal, não necessariamente se pode chamar o fato de criminoso.

Isso porque, nesse caso, a única decisão possível será a de pronúncia e, então, exclusivamente, ao Conselho de Sentença caberá deliberar sobre a existência ou não de um (ou mais) delitos e quem são por eles responsáveis. Além do que, com a Reforma, nova redação foi introduzida ao referido texto legal.

Para resolver a controvérsia, então, deve o julgador – num plano geral - analisar as provas existentes nos autos e verificar se a(s) tese(s) aduzida(s) pela(s) defesa(s) se coadunam de forma uníssona, cristalina, numa única direção, diametralmente oposta a pretensão punitiva, é dizer, se se extrai dos autos apenas uma versão, favorável ao(s) acusado(s) quando, então, poderá impronunciá-lo(s), absolvê-lo(s) sumariamente ou desclassificar a imputação para delito outro que não seja da competência do Tribunal Popular.

Insisto, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que o Juiz, ao proferir uma decisão de pronúncia precisa respeitar o mandamento do artigo 93, inciso IX, da Carta Política, fundamentando sua decisão de forma comedida, vale dizer, sem analisar todas as teses arguidas.

Dessarte, a motivação da sentença de pronúncia deve ser

105 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6 ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 117.

feita com comedimento, é certo, mas deixando claros os caminhos para formação do raciocínio jurídico que levou à conclusão pela pronúncia.

Com efeito, no juízo de pronúncia não é necessária a comprovação plena, como nas decisões de mérito, da existência do dolo, até porque não é permitido o enfrentamento aprofundado da prova produzida. De todo modo, é sabido que a desclassificação na fase de pronúncia exige certeza absoluta de que o réu não agiu com *animus necandi*. Dito de outro modo, para eventual decisão desclassificatória, a inexistência de dolo de matar deve estar comprovada nos autos de forma estreme de dúvida.

Segue jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DOLOSO (DOLO EVENTUAL) PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. Uma linha muito tênue separa o dolo eventual da culpa consciente, pois em ambos os casos o possível resultado é conhecido e não é desejado pelo agente. A diferença reside no fato de que, na culpa consciente o agente sequer cogita a hipótese de tal resultado realmente vir a ocorrer, enquanto no dolo eventual aceita a possibilidade, simplesmente aceitando o risco que corre de produzir o resultado. Diante de tão sutil diferença, seria mesmo imprudente privar os jurados da apreciação do fato, que consiste em um acidente de trânsito causado por motorista embriagado. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI NA CONDUTA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DESDE LOGO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE CERTEZA ABSOLUTA QUANTO AO DOLO DE MATAR. A desclassificação do delito importa em apreciação do animus necandi, matéria de competência exclusiva do Tribunal do Júri, só podendo ser operada nesta fase processual quando há certeza absoluta da inexistência do dolo de matar. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. Não se configura o excesso na pronúncia quando o prolator se limita a fundamentar sua decisão, nos termos do artigo 93, inciso IX, da CF, apenas descrevendo depoimentos testemunhais, a fim de embasá-la. NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70036376309, **Primeira Câmara Criminal**, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 07/07/2010)

Segundo Vicente Greco Filho (*apud* Nucci), “o raciocínio do juiz da pronúncia, então, deve ser o seguinte: segundo minha

convicção, se este réu for condenado haverá injustiça? Se sim, a decisão deverá ser de impronúncia ou de absolvição sumária”¹⁰⁶. Logo, em havendo elementos indiciários conflitantes, a divergência deve ser deslindada pelo veredicto dos Jurados, devendo ser proferido, no *judicium accusationis*, sentença de pronúncia.

Insisto por derradeiro: somente se poderá optar por uma daquelas três opções antes anunciadas (impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária) se as provas representarem uma única voz e em favor dos acusados.

Ao revés, havendo mais de uma versão, provas em sentidos opostos, divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, a pronúncia se torna imperativa preservando-se, destarte, a competência do Tribunal do Júri. Essa é a regra processual, que vem estampada no artigo 413 do Código de Processo Penal, em obediência ao já mencionado mandamento constitucional (CF, art. 5º, XXXVIII), que é cláusula pétrea, tratando-se de questão relativa à competência absoluta, indisponível, voltada ao interesse público. Isso porque, como já dito, o Tribunal do Júri vem afirmado como direito fundamental na Carta Política. É uma garantia fundamental institucional que, em nosso País, sempre foi aceito e reconhecido desde o período imperial.

Aclaradas essas questões teóricas, dentro do perímetro puramente doutrinário, parto para uma incursão às provas relativamente ao caso concreto.

Analisando o caderno processual, percebo cristalina a prova quanto à **materialidade do fato.**

Explico o porquê.

106GRECO FILHO, Vicente *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6 ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 91.

A notícia das mortes está demonstrada, não só pelos documentos específicos insertos nos autos, como pelos autos de necropsias, atestando mais de duas centenas de mortes (242), e mais de seis centenas de pessoas feridas, corroboradas pelos autos de exames de corpo de delito, boletins de ocorrência, prontuários médicos, informações dos estabelecimentos de saúde onde foram atendidas as vítimas, fotografias e depoimentos, que, em parte estão encartados nos anexos e, outra parte, integrando os próprios volumes principais – tudo isso esclarecido pela certidão de fls. 1214 dos autos principais, volume 07.

Analisando-se os autos de necropsia (vol. 14, fls. 3227 até o volume 26, fls. 5640 dos anexos), verifica-se que a causa das mortes foi, invariavelmente, inalação de gases tóxicos resultantes do fogo ocorrido na Boate Kiss, desencadeado não apenas junto ao revestimento de espuma existente no teto e nas paredes laterais do palco e que produziu queima nessa espuma, mas também em outros materiais que lá se encontravam - a maior parte dos laudos especifica monóxido de carbono e cianeto que, associados, foram os causadores dos óbitos; alguns o cianeto e, outros, que não especifica um ou outro gás tóxico, mas o associa a sinais visuais de resíduos de queima (fls. 4344, 4355, 4391, 4449, 4527, anexo 18; fls. 4612, 4625, anexo 19; entre outros).

Há, ainda, junto aos laudos de necropsia, fotografias das vítimas fatais, ilustrando secreções de cor escura no nariz e na boca, indicativas da respiração de fumaça e seus gases integrantes (fls. 4343, 4366, 4400, 4424, anexo 18; fls. 4780, 4795, anexo 19 e fls. 4932 anexo 20, por exemplo).

Pertinente aos autos de exame de corpo de delito e demais documentos, estes vem traduzindo os relatos das vítimas, dos médicos que prestaram atendimento, e sempre vinculando como causa do malefício sofrido a inalação de fumaça derivada do fogo ocorrido na Boate Kiss, ou as próprias queimaduras sofridas no

local (fls. 2528, 2529, 2533, 2534, anexo 11; fls. 10244, 10245, 10246, 10248, vol. 47 dos autos principais, etc.).

Ainda, no que tange especificamente à prova da materialidade do fato, é válido ressaltar o que foi trazido ao processo pelos peritos ouvidos em juízo, a fim de comprovar os efeitos dos gases tóxicos no organismo, os quais, somados ou agindo de forma isolada, teriam sido os grandes causadores dos óbitos.

Claudio Cityá, perito médico legista, explicou que seu trabalho consistia no exame externo do cadáver, pesquisa de alguma queimadura, sinais de aspiração de fumaça, presença de espuma ou sangue na cavidade oral, etc, e principalmente averiguar se a pessoa estava viva no momento do fato, fazendo também coleta de sangue e urina. Falou que nos corpos foram encontrados CO₂ e/ou Cianeto, podendo concluir por asfixia por gases tóxicos, mesmo com alguns exames não realizados ou prejudicados. Referiu ter convicção do que concluiu nos laudos (audiência do dia 06/10/15).

No mesmo sentido vêm os esclarecimentos do médico legista **Áureo Felipe Duarte**, que participou das necropsias nos corpos. Explicou a ação do CO dentro do corpo humano, que impede a captação de oxigênio pelas células, de forma que sua ação é extracelular. O cianeto, por sua vez, possui uma ação intracelular, sob o metabolismo de alguns componentes que fazem o transporte do oxigênio. Falou que pela análise dos cadáveres restou concluído inequivocamente, que a causa da morte se deu por asfixia. Falou que não precisa olhar para o pulmão da pessoa para se chegar a essa conclusão, que a presença de fuligem na via aérea superior, graus de cianose no lábio, salivação com espumas, são caracteres externos claramente definidos como sendo demonstrativos da causa da morte asfixia, que não há a necessidade de gases para se comprovar que uma pessoa morreu asfixiada. Referiu que todas as pessoas examinadas por ele tem essa *causa mortis*, todas as pessoas

tinham algum indicativo de asfixia. Referiu que o fato de haver um sinergismo entre os gases faz com que valores menores de cada gás fossem determinantes para a morte. A diferença de saturação entre alguns cadáveres se dá por circunstâncias pessoais de cada indivíduo, e também pelo tempo de exposição aos gases. Referiu que não há necessidade de abrir o cadáver, pois é possível comprovar com sinais externos de asfixia. Relatou que suas conclusões sobre a causa da morte das pessoas se deu no dia do exame dos corpos, que os laudos laboratoriais apenas complementam a informação (audiência do dia 07/10/15).

Ainda, **Arlindo de Vargas**, médico do IGP, esclareceu que o CO se junta à hemoglobina e impede a oxigenação das células. Referiu que o cianeto tem um efeito muito grande sobre o cérebro e o coração, e bloqueia todo o sistema respiratório. Explicou que o monóxido de carbono, estando acima de 40% já se mostra bastante violento, mas há relatos de que em porções mais baixas já tenha ocorrido óbito. Acredita que a variação em percentuais nos corpos tem a ver com o tempo de exposição aos gases. Referiu que todos os corpos que examinou tinham indícios de aspiração de gases. O cianeto, acima de 3 miligramas por litro de sangue, é letal (audiência realizada em 07/10/15).

Marcos Soares, perito médico legista, também explicou o efeito do monóxido de carbono na respiração celular, relatando que ele impede a circulação de oxigênio na célula. Falou que o cianeto atinge o interior da célula, no interior da mitocôndria, onde ocorre a respiração celular. Relatou que a combinação desses dois gases no organismo humano foi letal (audiência realizada em 07/10/15).

Comprovada, portanto, a materialidade do fato, passo a analisar precisamente se há indícios suficientes de autoria para fins de remessa ou não ao Júri Popular.

Pois bem.

A peça portal atribuiu, especificamente, aos acusados ELISSANDRO e MAURO, terem concorrido para os fatos implantando nas paredes e no teto da Boate Kiss espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabiam incluir exhibições com fogos de artifício, mantendo a casa superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças do local que impedissem a saída das pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na referida casa noturna e, assim, assumindo o risco de produzir o resultado de homicídios e tentativas de homicídios, na forma de dolo eventual.

Aos acusados LUCIANO e MARCELO, a peça portal atribuiu que teriam concorrido para os fatos adquirindo e acionando os fogos de artifício que sabiam destinar-se a uso em ambientes externos, por ganância, e direcionando-os, acesos, para o teto da Boate, a poucos centímetros, desencadeando a queima do revestimento inflamável e saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, eis que dispunham de acesso fácil ao sistema de som da boate e, assim, assumindo o risco de produzir o resultado homicídios e tentativas de homicídios, qualificados e na forma de dolo eventual.

Segundo consta da denúncia ofertada pelo Ministério Público, qualificados porque teriam sido praticados mediante as qualificadoras do meio cruel, haja vista o emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas, e também por motivo torpe, pois ELISSANDRO e MAURO, além de economizarem com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investirem em segurança contra o fogo, também teriam lucrado com a superlotação do estabelecimento, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas; também por

ganância, MARCELO e LUCIANO teriam adquirido o fogo de artifício indicado para uso externo (cerca de R\$ 2,50), por ser bem mais barato que o indicado para uso em ambientes internos (cerca de R\$50,00).

Essas são as imputações, e que teriam sido praticadas pelos acusados tanto de forma omissiva imprópria como comissiva, respectivamente – segundo a peça exordial.

Vejamos, pois, se existem indicativos nesse sentido, ou não.

O acusado **ELISSANDRO SPOHR**, quando interrogado, disse que quando comprou parte da Kiss, seu sócio era o Alexandre. Referiu que uma das suas condições para comprar a boate era ter toda a documentação em dia. Depois de um tempo, comprou a parte do Alexandre, e passou para o nome de sua mãe. Falou que nunca viu show pirotécnico na Kiss e referiu que sua banda não utilizava. Referiu que foi ele quem contratou a banda Gurizada Fandangueira, que era ele que montava a agenda da boate, sabia as músicas que iriam tocar, o show que iriam fazer. Falou que sempre tratava com o Danilo, da banda Gurizada Fandangueira. Relatou que conhecia todas as bandas que tocavam na Kiss. Contudo, falou que não sabia que a banda fazia show pirotécnico, referindo que nunca viu. Negou que incentivasse as bandas a fazerem shows pirotécnicos, e que a banda nunca pediu autorização para fazer show pirotécnico dentro da boate, pois se tivessem pedido não teria deixado. Referiu que nunca viu a banda Gurizada usar fogos, nem na Kiss e nem fora da Kiss.

Falou que depois de um tempo, o Mauro adquiriu 50% da boate. Referiu que o Mauro era seu principal concorrente, e para ele foi um bom negócio, pois ele era “pequeno” e o Mauro tinha experiência e só iria somar. Falou que seu trato com o Mauro é que o Mauro cuidaria do Absinto e ele da Kiss, que todo final de festa

na Kiss sua irmã Angela mandava as coisas para o Mauro conferir. Referiu que seu primo Diogo foi contratado para prestar serviço em algumas obras na Kiss. Falou que o Mauro sabia tudo o que se passava na Kiss, pois tudo que envolvia dinheiro era comunicado para ele.

Contou que a primeira reforma que fez foi porque queria fazer um Bar, então tirou umas paredes e fez um pub, para usar o pub durante a semana e a boate no final de semana. Falou que 99% das reformas que fez foram feitas melhorias, pinturas, arrumaram a boate. Referiu que a única reforma estrutural foi o TAC. Falou que a respeito das janelas da boate, elas foram fechadas ainda pelo Alexandre, em função do isolamento acústico, por ordem da promotoria. Com relação às saídas e luzes de emergência, referiu que tinha luzes de emergência em todos os lugares, inclusive duas baterias de carros com dois faroletes, tinha luzes de LED escrito saída, caixa, etc. Acredita que tinha 7 ou 8 extintores lá dentro, e que essa estória de que ele não gostava dos extintores por não achar estético foi inventado pela Vanessa, com quem teve problemas de relacionamento, acreditando que ela falou isso para lhe desmoralizar. Referiu que toda vez que chegava na boate ele dava uma “geral”, se preocupava com a Kiss.

Voltando ao assunto da banda Gurizada e os shows pirotécnicos, reafirmou que nunca presenciou um show deles fazendo uso de fogos. Referiu que havia um extintor de CO2 na cabine no DJ, que servia para um efeito de ar. Os extintores das paredes eram de pó branco, e se alguém borrifasse isso ele ou os seguranças teriam visto e teriam tirado. Referiu que na gravação de seu clipe contratou um serviço para fazer um efeito no palco, mas negou que fosse fogo, nem sabe se queimava. Referiu nunca ter visto nenhuma foto da banda Gurizada fazendo show pirotécnico dentro da Kiss. Falou que o que a Banda Gurizada usou no dia da tragédia não era a mesma coisa que utilizou na gravação de seu clipe, falando que não era nem o mesmo efeito. Falou que no dia da

gravação do seu clipe tinha um isolamento para as pessoas não chegarem perto do palco, mas não sabe o porquê disso.

Referiu que elevou o piso da boate por causa do isolamento acústico, porque diminuindo a altura diminuía o som também. Sobre os guarda-corpos, falou que sempre teve na boate. Os que ele colocou foram os que deram “mais problema”, mas na sua cabeça o objetivo era organizar a fila e ajudar na segurança, pois auxiliava no momento da revista das pessoas. Quanto aos seguranças, contratou uma empresa terceirizada com o Druzian. Sua maior preocupação era briga, e quem fazia reunião com os seguranças era o Ricardo. Referiu que nunca passou na sua cabeça que poderia ocorrer fogo dentro da boate, pensava em faca, arma, briga generalizada, mas nunca fogo.

No momento do incêndio estava envolvido com um rapaz que estava embriagado. Quando estava voltando para a boate o Ricardo lhe avisou que tinha dado algum problema no palco. Olhou para o palco e não viu nada, mas já tinha gente vindo e dizendo que era fogo. Nesse momento, saiu correndo pela porta de fumantes avisando as pessoas que era fogo, e daí já veio uma “manada” atrás de si.

Falou que naquela noite a festa não foi “falhada” mas também não foi “bombada”. Uma festa “bombada” tinha 800 pessoas, e no dia da tragédia acredita que tinha menos que isso. Relatou que fazia o controle das pessoas através das comandas. Falou que sua ideia era a de conforto, que 800 pessoas era um numero bom, se passasse disso começava a ficar desconfortável, então se passasse de 800 só entrava na medida que as pessoas saíam. Relatou que em uma noite boa ele ganhava de 18 a 20 mil reais brutos. Falou que a Kiss estava começando a dar certo.

Referiu que o Mauro não sabia as bandas que iriam tocar na Kiss. Relatou que todas as coisas importantes ele repassava para o Mauro. Contou que logo que comprou a boate teve problemas com os

vizinhos a respeito do barulho e foi chamado no Ministério Público. Nessa época estavam começando as negociações com o Mauro, que exigiu que ele resolvesse esse problema antes de fechar negócio.

Relatou que sempre ajudava seus funcionários, pois eram amigos. Referiu que o Marcelo ocasionou o fogo, mas que ele não queria matar ninguém, que foi um erro. Referiu que não tinha porque os seguranças barrarem a saída, pois eles também correram, todos correram. Falou que tem certeza que nenhum segurança barrou a porta, pois isso não tem nem lógica. Referiu que foi ele que abriu a primeira porta gritando que tinha acontecido algo sério e que era para abrir as portas.

Falou que o que motivou o incêndio foi o show pirotécnico, se isso não tivesse acontecido estaria trabalhando até hoje. Falou que o resultado final foram vários fatores, o tumulto, o medo, o desespero etc. Acredita que se tivesse 400 pessoas dentro da boate teria acontecido alguma coisa do mesmo jeito, pela toxicidade da espuma. Referiu que a boate estava no nome da sua mãe e da sua irmã apenas para poderem pegar um empréstimo no banco, pois se ficasse em seu nome não conseguiria. Relatou que quando saiu da boate no dia do incêndio ligou para os bombeiros e para o Mauro. Reafirmou que em nenhum momento os seguranças impediram as pessoas de sair, que ele estava ali e não viu isso acontecer.

Negou que pedisse para a banda Gurizada Fandangueira usar pirotecnia nos shows. Relatou que as fotos da Fuel em que aparece utilizando pirotecnia foi feita de tarde na boate. Falou que na festa La Mexicana ele contratou duas pessoas para se passarem por mexicanos e animarem as pessoas. Afirmou ter certeza que não tinha mais de mil pessoas lá dentro no dia da tragédia. Não recorda do Mauro lhe perguntando se os bombeiros reclamaram das barras de proteção.

Referiu que se a banda lhe perguntasse se poderia usar fogo, ele não deixaria, pois já tinha tido um problema com isso uma vez, que em uma festa umas pessoas estavam “cuspiendo fogo”, e assustou os frequentadores, momento em que teria pedido para pararem de fazer isso. Relatou que ouviu falar que a banda Gurizada utilizava artefatos pirotécnicos no Absinto também.

Relatou que em respeito aos alvarás da boate, o Mauro não participava. Falou que se pudesse voltar no tempo, não teria comprado a Kiss. Acredita que tudo o que ele fez estava 'ok', mas sabe que algumas coisas poderiam ter sido diferentes, quem sabe o que ele fez não foi suficiente, porque ele acreditava que era seguro. Falou que não era só ele que achava, pois tinha o 'ok' dos bombeiros, da prefeitura, do Ministério Público. Acredita que se os bombeiros tivessem equipamento e tivessem entrado na boate eles teriam salvado mais pessoas, que o salvamento foi um desastre. Relatou que não queria que isso acontecesse, que tem sua parcela de culpa, mas não é assassino. Que sua culpa é em algum aspecto que ele não foi suficiente, algo que ele deveria ter visto, que ele quis fazer o melhor e acredita que estava fazendo o melhor. Falou que acha que em 2009 já deveriam ter fechado a boate, por quem fiscaliza, e daí ele não teria comprado com a documentação tudo 'ok'. Em 2011 a documentação foi dada novamente. Referiu que o prefeito Cesar Schirmer deveria ser réu da ação também, bem como qualquer um que tenha algum envolvimento, inclusive os antigos proprietários, que junto com ele deveria ter bem mais gente respondendo ao processo criminal.

Referiu que o acusado Luciano é o “Roadie” da banda, ou seja, os “serviços gerais”, o que tivesse que fazer ele iria fazer. Falou que o “Roadie” é o “mandado”, um cara contratado que nem faz parte da banda. Falou que não é assassino e nem irresponsável, achou que estava certo, e que o juízo não deveria ter aceitado a denúncia contra quatro “bocós”.

Não sabe dizer de onde Vanessa tirou que a capacidade da boate era de 1300 pessoas porque nem ele tinha a informação da capacidade. Relatou que o engenheiro Samir lhe disse que já havia feito um projeto de isolamento acústico que continha espuma, sendo que então comprou a espuma dele. O engenheiro Pedroso que falou que não precisaria espuma se fizesse uma parede com pedras. Referiu que se não fosse pelo engenheiro Pedroso ele teria colocado espuma em toda a boate, e não só no palco. Reafirmou que a ideia do colocamento da espuma partiu do engenheiro Samir. Falou que no TAC não consta a espuma porque ela nem iria ser usada, mas que a promotoria poderia ter visto a existência da espuma no local pelas fotos do processo. Falou que no primeiro TAC feito pelo Alexandre dizia que ele tinha revestido as portas de espuma, e que não podem dizer que ninguém sabia da existência da espuma. Falou que espuma não era para isolar o som, porque isso a parede deveria ter feito. A espuma servia mais para tratar o som. Falou que achava a espuma feia, ironizou que se ele era "tão preocupado com a estética" que não tinha porque colocar essa espuma. Relatou que em todos os lugares que tocava com sua banda tinha espuma e não tinha nenhum lugar que dizia ser proibido colocar essa espuma. Ninguém sabia que a espuma ia dar tanto problema, que ele não imaginava que alguém ia lá e colocaria fogo.

Referiu que antes de cada festa eles conferiam toda a boate, se estava tudo 'ok'. Explicou a sistemática da entrada na boate e das filas. Falou que as barras de ferro foram colocadas ali puramente por questões de segurança, pois tinha medo que entrasse alguém com uma arma e matasse alguém lá dentro. Negou que servisse para trancar as pessoas para pagar a comanda, até porque as comandas eram pagas do outro lado, embaixo. Falou que os seguranças que eram seus funcionários eram o Fabiano e o Baby. Referiu que uma época eles chegaram a ter radio comunicador entre os seguranças, mas que eles não funcionaram.

Reafirmou que nunca viu usarem artefatos pirotécnicos, mas

concordou que eles podem ter usado sem ele ter visto. Falou que o responsável pelo palco e pelo som era o Sandro Cidade, e que ele lhe falou também que nunca tinha visto usarem fogos. Questionou que se eles realmente tivessem usado fogos antes, porque não pegou fogo antes? Acredita que por ser um "Roadie", o Luciano não deveria estar respondendo o processo. Referiu que acompanhava a passagem de som de praticamente todas as bandas. Não sabia que a banda Gurizada era famosa por usar pirotecnia, e acredita que isso é uma "lenda".

Falou que tem um caderninho que consta o público da boate no ano inteiro, e que nesse caderno pouquíssimas vezes constou mais de mil pessoas na boate. Falou que nunca teve um papel indicando qual era a lotação da boate, que ninguém nunca lhe informou, que eles foram fazendo alguns testes e concluíram que 700 pessoas era um número bom, que valia mais a pena ter 800 pessoas do que mil. Falou que não colocou outra porta de saída porque os órgãos que deviam ter mandado ele fazer isso não o fizeram, lá em 2009, que se já tivessem cobrado isso lá atrás isso não teria acontecido e ele não estaria respondendo hoje. Confirmou que tem a sua responsabilidade, mas não é assassino, não matou ninguém, não quis que algo assim acontecesse. Referiu que tem certeza que deveria ter outra porta, mas tinha certeza que a boate estava 'ok' porque ele tinha permissão para trabalhar. Não iria discutir com um alvará que já havia sido dado. Achava que era seguro, nunca imaginou que poderia pegar fogo. Referiu que apenas depois do ocorrido ficou sabendo de um papel de um engenheiro Escobar que apontava 29 irregularidades na boate. Não sabe dizer como liberaram a boate para funcionar se tinha essas irregularidades, mas de alguma forma os antigos proprietários conseguiram isso, pois quando ele comprou a Kiss já tinha os documentos. Não sabia da lei que proibia o uso de espuma nas boates. Recorda que os bombeiros foram lá fazer fiscalização e já tinha a espuma. Referiu que os bombeiros também viram que tinha os guarda-corpos lá dentro. Falou que nem os engenheiros e nem os

bombeiros lhe falaram que ter somente uma porta era errado.

Concorda que todo mundo tem uma parcela de culpa no ocorrido, mas falta o pessoal que fiscalizou a boate em 2009, bombeiros, prefeitura, todos que deram alvará, em 2011 fiscalizaram de novo, o prefeito, o ministério público, todos ajudaram a lhe induzir ao erro, pois fizeram ele comprar uma boate errada, e depois ainda lhe deram a documentação com a boate em dia. Referiu que quando comprou, a boate estava regular. Acredita que esses órgãos sabiam que a boate estava irregular, afirmando que eles foram negligentes, omissos e irresponsáveis. Eles tinham o poder de dizer “faça mais uma porta” e ele teria feito se tivessem pedido. Falou que ele não ia mexer na boate se acreditava que era segura. Eles fiscalizaram e mesmo assim a boate continuou funcionando.

Referiu que fez grandes e pequenas reformas, que nas grandes sempre teve um engenheiro. Não sabe explicar por que o extintor do palco não funcionou, se estava vazio ou se foi por mal uso. Nunca fez treinamento com o seu pessoal para usar extintores. Referiu que as velinhas usadas nos champagnes são aquelas “in door”, que não pegam fogo, e consta isso inclusive da embalagem delas, e que esse uso foi autorizado por ele.

Reafirmou que foi ele quem mandou abrir as portas no momento em que percebeu a confusão. Falou que sobre as imagens da Fuel, no dia, eles pediram para usar o ambiente da Kiss e ele autorizou, mas não sabia que eles iriam utilizar os artefatos. Acredita que se a banda Gurizada Fandangueira tivesse se apresentado tantas vezes com artefatos pirotécnicos ele saberia, e se tivesse feito e ele tivesse visto, eles não tocariam mais na boate. Ficou sabendo depois do ocorrido que dias antes da tragédia, a banda Gurizada Fandangueira teria tocado no Absinto e também teria usado fogos. Acredita que se o fogo tivesse começado de outra forma, o resultado seria o mesmo. Não acha que o Marcelo

é assassino, não acha que ele quis fazer isso, que foi uma brincadeira errada.

Falou que sabe que havia um lugar dentro da boate que tinha só o indicativo de extintor mas sem o extintor, e explicou que era porque o gancho tinha quebrado, e que isso é o tipo de coisa que acontece na noite, não foi tirado por estética. Referiu que tinha um local em que o extintor tinha sido mal posicionado pelos bombeiros e caía nos pés das pessoas, mas que quando caía eles colocavam de novo, não tinha por que tirar.

Nas imagens da gravação do clipe da sua banda, não sabe dizer se o fogo utilizado era frio ou quente. Referiu que as vezes “vendia” a banda Gurizada, mas não sabia que eles faziam shows pirotécnicos, nunca viu, e nunca lhe pediram para fazer, tampouco pediu para que eles fizessem. Falou que na festa La Mexicana não autorizou que eles usassem fogos, que no dia seguinte ligou para o responsável e proibiu. Relatou que presenciou a passagem de som da banda Gurizada no dia da tragédia e que eles não fizeram nenhuma menção ao show pirotécnico.

Relatou que toda sua família vivia da Kiss. Referiu que o Mauro era um sócio investidor, um parceiro comercial. Falou que quem administrava a Kiss era ele. Referiu que nunca lhe foi trazido que a espuma pudesse causar algum risco. Relatou que não tinha como o Ministério Público não saber da existência da espuma e nem dos guarda-corpos, porque foram levadas as fotos até o conhecimento do Ministério Público.

Referiu que na sua banda, o 'Roadie' não tinha poder nenhum, as coisas eram decididas pelos integrantes da banda e ele só montava e desmontava o palco, trazia água e ajudava no que precisava. Falou que o 'Roadie' é um ajudante. Não sabe em nenhuma outra banda em que o 'Roadie' tivesse poderes. Falou que via o Luciano montando e desmontando o palco para a banda Gurizada

Fandangueira. Referiu que sempre tratou somente com o Danilo, e que os outros acusados não tem como falar o que ele sabia ou não dos fogos pois quem tratava com ele era só o Danilo.

Relatou que começou a negociar a boate no início de 2010, mas só fechou negócio no final do ano, após a boate estar com a documentação toda em dia. Referiu que quando comprou do Elton e do Tiago, seguiu o Alexandre administrando, mas que depois acabaram se desentendendo e assumiu toda a boate sozinho. Falou que não sabe qual foi o procedimento dos proprietários anteriores para conseguir toda a documentação. Acredita que os bombeiros que vistoriaram na época também são responsáveis pelo que aconteceu, pois induziram ele a comprar algo errado. Não sabia que o alvará da boate era fruto de crime e não tinha motivos para não acreditar no alvará. Sabe que os bombeiros que assinaram o alvará respondem processo por falsidade documental. Referiu que nunca teve motivos para duvidar dos alvarás que lhe foram dados. Falou que na data do fato já tinha tomado medidas para regularizar o alvará de 2012, que só faltava a vistoria que ele já havia chamado para ocorrer. Relatou que todas as exigências feitas foram cumpridas. Falou que recebeu o documento autorizando o funcionamento e não recorda de terem feito as vistorias. Falou que seu último contato com o Ministério Público foi a notícia de que o promotor havia arquivado o TAC. Falou que se os bombeiros tivessem feito a vistoria eles teriam visto inequivocamente a espuma, pois elas não eram “escondidas”. Reafirmou que acredita que cada um tem sua parcela de culpa.

Sobre o funcionamento da Kiss, relatou que o Ricardo era seu braço direito, que o responsável pelos bares era o João, mas não sabe dizer quem era o responsável pelas compras das velas das champagnes. Referiu que o Sandro Cidade era o responsável por som e luz. Referiu que sobre os seguranças, tinha contrato assinado com o Druzian. Falou que nunca lhe pediram iluminação de saída no chão da boate. Referiu que tinha câmeras de segurança na boate,

mas o HD estava queimado. Falou que gostaria que estivessem funcionando as câmeras no dia do incêndio, que elas explicariam muita coisa.

Reafirmou que não sabia que a banda usava fogos. Referiu que se o Danilo estivesse vivo, ele falaria a verdade. Falou que nunca foi lhe passado nenhum material de divulgação da banda que desse a entender que o show pirotécnico seria o “carro forte” dela. Ficou sabendo de um outro lugar que a banda também teria tocado e utilizado os fogos, sem informar ao proprietário. Relatou que nunca imaginou que fossem usar um material proibido para locais fechados. Acredita que o artefato utilizado no dia da tragédia não poderia ter sido utilizado outras vezes antes, porque nesse caso teria pegado fogo antes.

Quanto a alegada superlotação, Kiko relata que tinha tudo anotado em um caderninho, a quantidade de comandas que “descia” para abrir a festa, no caso, 800 comandas “em branco”, e era só ver em que número começou essas 800 comandas e quantas já haviam sido distribuídas. Referiu que no dia do evento chegou na boate 1:40hrs e perguntou como estava a lotação, sendo que lhe falaram 650, que as caixas iam entrar no “bolo” das 700 comandas. Depois que chegasse nas 800, só entraria dependendo das pessoas que iam saindo e entregando o canhoto para o segurança. Recorda que o Baby lhe disse que tinha 74 canhotos, ou seja, 74 pessoas já tinham saído naquela noite antes do incêndio. Referiu que do numero total de vítimas trazido pela polícia, teria que diminuir essas 74 pessoas que já haviam saído e os funcionários, que eram em torno de 20 pessoas e 15 seguranças. Explicou também o funcionamento dos cartões vips e das listas de aniversários.

Relatou que a acusação de que era ganancioso, e que desligava os ar condicionados para as pessoas passarem calor e consumirem mais é mentira, pois prezava pelo conforto dos clientes. Se eles fossem num lugar quente não iriam querer voltar.

Falou que ter muita gente na boate não é bom, porque prejudica o atendimento, prejudica as vendas, as pessoas não vão até o bar comprar, etc. Referiu que todas as reformas que fez foram melhorias, tornaram a boate melhor do que era quando ele a comprou. Referiu que ninguém fazia “brincadeira” com extintores, que isso que falam é sobre um extintor de CO2 que ficava na cabine do DJ apenas para fazer um efeito.

Por fim, relatou ser inverídica as imputações trazidas na denúncia. Quanto a falta de treinamento dos funcionários, ninguém lhe informou que era necessário um treinamento específico. Também não aceita a acusação de ser ganancioso. Referiu que não previu que isso pudesse acontecer, que não tinha nenhuma razão para não se importar com a vida das pessoas lá dentro, que perdeu funcionários e amigos. Falou que isso não era para ter acontecido, que até hoje não entende porque aconteceu, pois achava que estava tudo 'ok', que era bom, fazia tudo o que tinha que fazer.

O projeto técnico do engenheiro Miguel Teixeira Pedroso, fls. 2451 a 2453 (volume 11), não teria indicado a colocação de espuma para isolamento acústico, mas sim a implantação de madeira compensada sob placas de lã de vidro. O engenheiro, em suas declarações de fls. 824/826 referiu que inclusive alertou Elissandro que não se faz isolamento acústico com espuma de borracha.

Ouvido em juízo, Miguel relatou que a primeira coisa que falou para o Kiko quando teve contato com a boate é que a espuma não era um isolante acústico, que podia colocar tudo fora, referindo, inclusive, que se ele colocasse espuma “estragaria a boate”. Falou que nunca indicou a utilização de espuma para isolamento acústico. Referiu que toda a espuma que existia na Kiss quando foi contratado foi retirada, ou seja, toda a espuma presente na boate no dia da tragédia foi colocada após a sua participação. Referiu ser absolutamente contra a colocação de

qualquer tipo de espuma (audiência do dia 27/06/2014).

O engenheiro Samir, ouvido em juízo no dia 30/05/2014, relatou que foi contratado para fazer um laudo de isolamento acústico, solicitado pela prefeitura, para a concessão do alvará. Falou que não estavam conseguindo reduzir o ruído de dentro da casa noturna, e, em uma reunião com o Dr Ricardo Lozza foi proposto fazer um TAC com um projeto acústico. Como era um caso mais complexo, indicou o engenheiro Pedroso para a realização do projeto, que foi contratado pelo Kiko. Falou que ele apenas executou o projeto elaborado pelo engenheiro Pedroso. Recorda que antes de começarem a executar o projeto, o engenheiro Pedroso esteve no local e pediu para que retirassem toda a espuma que tinha lá, pois não servia para nada de isolamento acústico, que era o problema a ser combatido. Recorda de ter feito um forro de gesso, cuja finalidade era unicamente estética. Negou que o Kiko tenha comprado espuma dele, pois a espuma que ele vende é de outro tipo, muito mais cara. Ninguém da boate comprou espuma dele. Falou que em nenhum momento o projeto do engenheiro Pedroso fala em espuma. Sabe que o engenheiro Pedroso marcou várias vezes com o pessoal da boate para fazer a medição do som, mas ninguém aparecia. Falou que sua única participação foi a colocação do forro de gesso com lã de vidro, que depois disso não teve mais contato com a boate. Sabe que as normas da ABNT falam que as espumas têm que passar no teste de inflamabilidade e toxicidade, e era essa a espuma que vendia. Reiterou que é mentira que o Kiko comprou espuma dele. Sabe que a lã de vidro e as placas de gesso não pegaram fogo no incêndio da boate. Referiu que sua primeira participação foi ainda com o proprietário Tiago Mutti, acredita que em 2009, que seria o revestimento de gesso. Que nas duas ocasiões que trabalhou na boate foi com a colocação de gesso. Falou que o gesso e a lã de vidro não liberam nenhuma substância tóxica. Negou que vendesse espumas em “rolo” e falou que não vende espumas de colchão.

O Promotor de Justiça Ricardo Lozza, na audiência do dia 07/10/2014 na qual foi ouvido, falou que as espumas colocadas na boate não foram pedidas/indicadas/exigidas nem solicitadas pelo Ministério Público, que jamais fez uso da palavra “espuma” nem no inquérito civil, nem no TAC.

Marcos José, perito criminal do IGP, referiu que a espuma utilizada na boate não continha elementos “anti-chama”, explicando que, na comparação com as espumas que contêm o retardante de chamas, a espuma utilizada na Kiss queimou bem mais rápido (audiência do dia 25/09/2015).

A respeito da acusação de que o acusado trazia para si a responsabilidade das obras, sem o auxílio de um profissional, à nível de indícios, têm-se uma conversa informal que o acusado teve com a arquiteta Nívia da Silva Braido, segundo imagens de fls. 11371/11383 (volume 53). Nessa conversa, entre outras coisas, a referida arquiteta ressalta a importância de se fazer um planejamento e contar com o apoio de um profissional.

Ouvida em juízo à título de informante, Nívia relatou que em janeiro de 2012 o Kiko teria lhe procurado e pedido dicas para as reformas na boate, pedindo orientação sobre compras de papel de parede. Referiu que foi até a boate, tirou algumas fotos e conversou com o Kiko, inclusive pelo facebook. Perguntou para o Kiko quem era o responsável pela obra, e ele teria dito que não tinha responsável, que ele mesmo estava fazendo as coisas da obra. Ficou surpresa quando foi na boate e percebeu que se tratava de uma obra significativa, que ele estava mudando o palco de lugar, etc. Sugeriu que ele poderia lhe contratar caso quisesse apoio de um profissional, mas isso não foi adiante. Recorda que alertou o Kiko que a partir do momento em que ele começasse a colocar o “entulho” para fora da boate, a fiscalização iria bater e ele precisaria de um responsável técnico, momento em que o Kiko teria dito que o Samir, que estava fazendo a parte acústica, já teria

lhe falado que se precisasse assinaria como responsável técnico da obra. Acredita que ele se preocupava com as questões de fluxo e funcionalidade da boate, e não com questões de segurança, até porque quanto a isto apenas um responsável técnico poderia orientar. Por fim, referiu que não é normal alterar ambientes sem um responsável técnico e disse ter certeza que as mudanças que o Kiko fez no layout da boate necessitaria do acompanhamento de um responsável (audiência do dia 10/06/2014).

Nessa trilha, Diogo Calegari, primo de Kiko, referiu que foram feitas inúmeras reformas dentro da casa noturna e nunca recebeu projeto de reforma confeccionado por engenheiro (declarações de fls. 812, volume 05).

Após, em juízo, referiu que quem tinha contato com as plantas era seu pai, e que ele apenas executava, mas isso apenas referente à obra do TAC, e que as demais obras eram só “mudanças” e daí não havia projetos (audiência do dia 22/05/2014).

Quanto a isto, tem-se o depoimento da vítima Fernanda Londero (audiência do dia 26/06/2013) no qual a depoente diz ser formada em arquitetura e que o fluxo lá dentro da boate era muito bagunçado para ter passado por um profissional, e que acredita que muita coisa foi feita sem auxílio técnico, pois eles estudam (na Universidade) exatamente para não fazerem aquele tipo de coisa.

Neste lance, a respeito do material espumoso cujas notas fiscais de venda para a casa noturna encontram-se no volume 12, (fls. 2459 a 2461), conforme depoimento de Angela Callegari (audiência do dia 31/10/2014), a espuma foi colocada pelos próprios funcionários da boate, que não tinham nenhum treinamento.

Quanto à utilização de pirotecnia dentro da boate, há nos autos um enorme conjunto de material fotográfico em que apresenta indícios da utilização de fogos no interior da Kiss. Cito as

imagens de fls. 192 (volume 01), 588 a 593 e 595 (volume 03), fls. 6091, (volume 26), e, entre as fotos, tem-se as imagens de fls. 2577 e 6094, onde aparece a banda Projeto Pantana, na qual o acusado Elissandro era vocalista, utilizando material pirotécnico nas laterais do palco.

Marcelo Brum, que foi responsável pela gravação do clipe da banda de Kiko, em suas declarações de fls. 2573/2574 (volume 12), referiu que a banda Projeto Pantana usou artefatos pirotécnicos no dia da gravação do clipe, que se deu para público restrito por volta das 19 horas, mas que depois, na mesma noite, em apresentação durante a festa na Kiss, teria usado novamente os artefatos.

Ouvido em juízo, Marcelo Brum disse que na ocasião da gravação do clipe da banda do Kiko foram usadas máquinas de fogos com controle remoto na frente do palco, e dessas máquinas subia um fogo até uma certa altura. Recorda que foi colocada uma corda de contenção naquela área onde poderia alcançar o fogo. Contudo, afirmou não recordar se durante a noite a banda voltou a se apresentar usando fogos.

Bruna Pilar da Silva, frequentadora assídua da boate, na audiência do dia 12/09/2013, relatou que sempre tinha shows com fogos lá dentro da Kiss, que o Kiko estava presente e nunca viu nenhum impedimento.

Há informações que a própria banda Gurizada Fandangueira já teria realizado show pirotécnicos no local, bem como a Empresa Fuel fazia shows e apresentações com a utilização de pirotecnia, e indícios de que todos contariam com o conhecimento e aval do acusado Elissandro.

Rodrigo Lemos Martins, guitarrista da banda Gurizada Fandangueira, referiu em seu depoimento dia 01/08/2013 que sempre

houve show pirotécnico. Que quando utilizavam esse artefato, tinham o consentimento dos proprietários da boate. Relatou que quem organizava o show era o Luciano, e acredita que era ele quem comprava os artefatos. Referiu que eles tocavam em outras boates e usavam o mesmo artefato, que isso fazia parte do show. Contou que não foi a primeira vez que usavam esses fogos na Kiss, falando que sempre foram usados. Que em outros lugares, quando o dono não queria a utilização de fogos eles respeitavam e não usavam, mas que nunca presenciou nenhuma negativa do pessoal da Kiss para não se apresentarem com os fogos, tanto que a apresentação era corriqueira.

Giovana Rist (audiência dia 26/06/2013), relata que as champagnes dos aniversariantes tinham um artefato que conduzia uma chama, que era colocada na tampa da garrafa; recorda ainda que a banda do "Kiko" tinha gravado um clipe com o uso de artefatos pirotécnicos. No mesmo sentido o depoimento do funcionário Marcelo Carvalho (audiência dia 28/06/2013), que inclusive acrescentou que no sábado anterior ao ocorrido, a empresa Fuel tinha usado artefatos pirotécnicos na Kiss e ainda presenciou o uso de artefatos semelhantes na festa La Mexicana.

No que diz respeito aos extintores de incêndio, há imagens de fls. 3762 (volume 17) e 5217 a 5219 (volume 22), onde aparece apenas o suporte para o extintor de incêndio, sem a presença do equipamento ali pendurado.

Há, ainda, o depoimento de Bruna Pilar da Silva (audiência dia 12/09/2013) na qual ela conta que chegou a comentar com o 'Kiko' a respeito da ausência dos extintores no local indicado, e ele teria dito simplesmente que não achava bonito.

Ainda quanto a estes fatos, nos documentos de fls. 2098 a 2102 e fls. 2184 a 2203, todos do volume 10, há indícios de que a ausência de extintores nos devidos locais não seria para

manutenção deles, eis que a última manutenção prestada teria sido no mês de outubro de 2012, na qual houve inspeção dos referidos extintores e a recarga.

Inquirida, Jessica Fernandes, (audiência do dia 26/06/2013), relata que já tinha visto a seta indicando extintor de incêndio sem ter extintores ali, bem como já teria visto outros shows que utilizavam artefatos pirotécnicos. A funcionária Ingrid Goldani, na mesma audiência, também relatou que tinha um lugar na boate que continha apenas a indicação de extintor, mas sem o extintor, e ouviu boatos que, na virada do ano, alguém teria pego um extintor e esvaziado de “brincadeira”. No mesmo sentido, vem o depoimento da vítima Barbara de Oliveira, no dia 28/06/2013.

Gianderson Machado da Silva (fls. 791, volume 04) funcionário da Previne Extintores, referiu que toda vez que chegava na boate, os equipamentos estavam fora do local correto, fora do local onde deveriam estar.

Ouvido em juízo, (audiência do dia 23/05/2014), Gianderson relatou que recorda de ter ido duas vezes na boate fazer a manutenção dos extintores, e que em uma das vezes os extintores já estavam no chão para ele pegar, e na outra vez teve que procurá-los, tendo inclusive achado uns no chão em um canto da boate, e outros no chão da cozinha. Referiu que quando um extintor é acionado, já tem que ser feita a recarga desse extintor, mesmo que não tenha sido utilizada toda a carga. Falou que existem regras para manter os extintores em um estabelecimento, por exemplo, os extintores tem que estar sempre a vista. Relatou que a responsabilidade pela manutenção dos extintores, mensalmente, é do proprietário dos estabelecimentos, pois eles só entram em contato com as empresas depois de um ano. Referiu que se o manômetro está verde, se ele não foi mexido, teoricamente o extintor teria que funcionar.

Yasunobu Aihara, engenheiro mecânico, periciou os extintores de incêndio mas não soube indicar o motivo da falha no extintor, pelo estado em que se encontrava. Acredita que se ele estivesse funcionando normalmente, teria combatido o foco do incêndio (audiência do dia 24/09/2015).

No que tange à alegada superlotação da boate, também há indícios a esse respeito. Várias pessoas ouvidas no presente processo, tanto vítimas como testemunhas, relatam que a casa estava lotada na noite da tragédia, muitos depoimentos trazendo à tona a dificuldade de se locomover no interior da boate, bem como a sensação de “sufocamento” e “aperto” sentida por inúmeras pessoas.

Há indícios que havia superlotação na casa noturna (242 vítimas fatais e 623 feridos – somados em 865, que extrapola o número de lotação – segundo o laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do inquérito policial, a capacidade da boate era 740 pessoas na área de público e 29 pessoas na área de apoio, perfazendo um total de 769 pessoas); que os extintores não funcionaram, que havia uma única saída de emergência, e que a espuma de vedação acústica era inadequada, conforme depoimentos já trazidos pelos engenheiros Samir e Miguel.

Não cabe aqui trazer todos os depoimentos que indicam a superlotação, até porque são inúmeros. O que se extrai dos autos é que há indícios que havia a possibilidade de se fazer um controle de pessoas no interior da Kiss e isso não estaria sendo feito de maneira adequada.

Esses indícios são retirados dos depoimentos constantes nos autos, principalmente dos funcionários da boate (Giovana Rist, ouvida dia 26/06/2013, Marcelo Carvalho, ouvido dia 28/06/2013, Katia Siqueira, ouvida dia 09/07/2013, entre outros). Luiz Carlos Pires Junior, ouvido em 27/06/2013, referiu que ia 'direto' na

boate, tendo, inclusive, cartão VIP e que nunca viu controle de pessoas na Kiss.

Nesse sentido, tem-se o depoimento de Matheus Rocha, na audiência do dia 27/06/2013, onde este relata que acredita que se quisessem controlar o número de pessoas dentro da boate seria plenamente possível, pelo número de comandas distribuídas. A funcionária Cátia Siqueira referiu que se quisessem controlar a capacidade era plenamente viável de fazer, separando o número de comandas antecipadamente. Referiu, ainda, que nunca viu ninguém tentando controlar o número de pessoas lá dentro (audiência dia 09/07/2013).

Nesse lance, um trecho do depoimento judicial prestado por Luismar da Rosa (audiência do dia 17/07/2013), que era funcionário da boate, no qual ele refere acreditar que tinha 800 e poucas pessoas no momento do ocorrido, e quem fazia o controle da entrada de pessoas era o Ricardo, tendo relatado que apenas se a casa estivesse realmente “explodindo” eles barravam, caso contrário eles deixavam o pessoal entrar, pois era lucro.

A vítima Barbara de Oliveira, ouvida dia 28/06/2013, referiu que sua turma costumava alugar a boate e fazer festas fechadas lá dentro, e que o próprio Kiko, ao ser questionado, falou que poderia colocar até mil pessoas lá dentro, 1200 se fosse bem apertado.

A respeito de pessoas que teriam sido barradas pelos seguranças, Mateus Rocha Homercher (fls. 2501/2502 – volume 12) refere que o segurança não saía de frente da porta e não deixava as pessoas saírem, sendo que o declarante teria dado um chute no peito dele, que veio a cair no chão.

Em juízo, Matheus reafirma seu depoimento, dizendo que próximo a saída, foi impedido por uma barra de ferro, tendo que

“estourar” a barra, e depois pelo segurança, que parou na sua frente com o intuito de tentar barrá-lo. Falou que chutou o segurança, que caiu no chão e derrubou sua namorada. Pegou a namorada e empurrou-a para fora. Não sabe se o segurança estava impedindo as pessoas de saírem por não pagar a comanda, somente o derrubou por ele estar no caminho (audiência do dia 27/06/2013).

No mesmo sentido vêm as declarações da vítima Ereni Medianeira Gonçalves (fls. 4496 – volume 20), de que logo que viu o fogo foi em direção à porta que dava acesso aos caixas, e quando chegou lá os seguranças mantinham as portas fechadas e disseram que não era para sair, que era apenas uma briga e que iriam controlar. A declarante e outras pessoas então empurraram os seguranças e disseram que estava pegando fogo, conseguindo sair para a rua.

Luiza Borges, ouvida em juízo no dia 26/06/2013, referiu que ouviu gente gritando que não estavam deixando sair sem pagar a comanda. Carmen Reis, na mesma audiência, referiu que viu o início do fogo e saiu correndo, mas foi barrada na porta pois lhe pediram a comanda, e que o 'pessoal' pediu para que ela entregasse a comanda paga para poder sair.

A vítima Bruna Dutra, ouvida em juízo dia 28/06/2013, relatou que saiu correndo para a porta e foi barrada, que os seguranças apontavam para o local de pagar a comanda, momento em que começaram a se empurrar. Mesmo dizendo para o segurança que estava pegando fogo, acredita que ele achou que fosse uma briga e não deixava as pessoas saírem.

Relativamente ao fato de que nenhum funcionário da boate tinha treinamento para agir nesse tipo de situação, Ricardo Pasch, gerente da casa noturna, referiu em seu depoimento (audiência do dia 19/08/2013 – fls. 10299 e seguintes – volume 47) que da equipe da boate ninguém tinha treinamento, pois nunca fora pedido isso.

Luismar da Rosa (audiência do dia 17/07/2013), funcionário da boate, ouvido em juízo, relatou não ter visto o início do incêndio, e que só percebeu que era algo mais grave quando viu dois músicos saindo correndo. Falou que logo em seguida sentiu o cheiro da fumaça e pulou por cima do balcão, momento em que o tumulto já estava generalizado. Nesse momento a luz “estourou” e ficou tudo escuro, e foi quando começou a “tatear” em direção à saída. Falou que quando “estourou” a luz da boate, não funcionou nenhuma luz, nem as de emergência. Contou que ficou preso nos “guarda-corpos” achando que morreria ali, pois não estava conseguindo passar. Referiu que logo que iniciou o tumulto olhou para porta e realmente viu os seguranças tentando conter o pessoal, mas acredita que isso ocorreu até eles perceberem o que estava acontecendo, até porque eles tinham que salvar a própria vida também.

Disse, ainda, a referida testemunha Luismar, que o Kiko tinha umas ideias “mirabolantes” volta e meia a respeito da boate, e referiu inclusive que uma vez ele queria fazer uma reforma baseada em um sonho que teve, e que então eles mudaram o chão do palco, mas teria ficado muito rente ao chão da boate, momento em que o Kiko percebeu que teria que subir um pouco a altura do palco. Acredita que foi por causa dessas reformas que aconteceu a tragédia, pois daí o palco ficou mais perto do teto. Falou que quando o Mauro entrou na sociedade, colocou um funcionário seu lá dentro, o João, que seria uma espécie de “fiscal” do Mauro na boate. Falou que as reformas foram inúmeras. Falou que já tinha visto show da banda Gurizada Fandangueira, mas que nunca tinha visto apresentação pirotécnica. Sabe que a Fuel se apresentou na Kiss várias vezes e faziam uso de fogos nas apresentações. Acredita que tinha 800 e poucas pessoas no momento do ocorrido. Falou que no show do Armandinho foi a vez que mais lotou, estava infernal, e ficou sabendo que tinha 1200 pessoas lá dentro na ocasião. Contou que quem fazia o controle da entrada de pessoas

era o Ricardo, e que apenas se a casa estivesse realmente “explodindo” eles barravam, caso contrário eles deixavam o pessoal entrar, pois era lucro. Falou que como funcionário nunca teve treinamento para situações de crise, pois era algo impensável. Contou que eles não sabiam nem lidar com extintores, se precisassem. Referiu que o Kiko gravou um clipe de sua banda na boate e confirmou que tinha fogos na gravação, que saía labaredas. Aduziu também que era comum a utilização de artefatos acoplados nas champagnes na boate. Presenciou a festa La Mexicana com a Fuel e a utilização de artefatos pirotécnicos também. Falou que realmente havia a história de deixar a temperatura do ar condicionado mais quente pro pessoal sentir mais calor e consumir mais. Sabe que a cultura é que a festa é boa quanto mais apertada estiver.

Vanessa Vasconcelos, ouvida em juízo dia 23/05/2014, contou que no dia dos fatos não estava na boate, mas foi avisada do ocorrido, tendo chegado na frente da boate aproximadamente 3 e pouco da manhã. Soube quando o Mauro entrou na sociedade, que a Angela, que cuidava do financeiro, tinha que se retratar à ele. Referiu que a boate estava sempre reformando. Falou que o Kiko que fazia as coisas (das reformas) e pedia para o Diogo realizar. Era possível verificar a capacidade da boate pela numeração das comandas. Quando chegou na frente da boate no dia do ocorrido viu o Kiko sem camisa gritando que o sonho dele tinha acabado. Foi “pra cima dele” perguntando sobre sua irmã e o Kiko teria respondido “que tenha morrido”, momento em que tentou bater nele mas ele foi afastado do local por um sobrinho. Falou que viu o Mauro no estacionamento do Carrefour, tendo falado para ele que sua irmã tinha morrido e ele teria “dado de ombros”. Acredita que se tivesse uma pessoa mais capacitada para administrar a boate, que soubesse o que tava fazendo, a tragédia poderia ter sido evitada. Lembra que tinha luminosos de emergência, mas o pessoal tirava para usar como lanterna, e também referiu que após as reformas muitas vezes os extintores não voltavam para o local.

Sabe que o Kiko achava feio os extintores, que “estragava a aparência”. Referiu que o Kiko afirmava que a capacidade da boate era 1200 pessoas. Falou que quando trabalhou nos caixas, no momento em que acabasse as comandas que tinham ali, elas subiam e pegavam mais, nunca parava de entrar gente. Nunca viu “não deixar entrar pessoas”, o máximo que acontecia era segurar as pessoas, e daí na medida que saiam iam entrando. No início as festas lotavam demais e tinha muita reclamação, daí o Kiko limitou o número de 1200 pessoas. Lembra que o Kiko não deixava eles comentarem que a capacidade era 1200. Sabe que tinha gente que entrava sem comanda, e que muita gente tinha o cartão vip. Falou que o que motivava as reformas realizadas pelo Kiko, basicamente, era a estética. Falou que em seu último mês de trabalho, dezembro de 2012, eles estavam aguardando a vistoria dos bombeiros e estavam preocupados que não tinha extintores, daí veio um rapaz “largar” uns extintores no dia seguinte. Falou que dois extintores ficavam no chão da chapelaria, e atrapalhava muito quem trabalhava ali. Falou que as vezes os extintores estavam nos lugares, mas como estavam sempre mudando, nunca era “estável”, as vezes não estava o extintor no local correto. Falou que recebia ordens do Mauro também, sabe que foi o Mauro que escolheu a cor rosa para a fachada da boate. Falou que quando o Mauro entrou na sociedade as coisas começaram a se endireitar, que, inclusive indicou um funcionário para entrar na boate, o João. Falou que as barras de ferro foram colocadas antes do Mauro entrar na sociedade, e que elas serviam para organizar as filas. Relatou que normalmente nos sábados as festas “bombavam”, que era no mínimo mil pessoas por noite. Aludiu que quem contratava as bandas era o Kiko, e que a banda dele fazia shows na boate, inclusive pirotécnicos. Falou que viu engenheiros nas reformas apenas uma vez, que em todas as outras nunca viu ninguém. Falou que as barras foram colocadas também para não deixar as pessoas saírem sem pagar e para ordenar a fila. Referiu que era comum as pessoas passarem mal lá dentro de tão lotada. Falou que era comum também o Kiko mandar cobrar mais caro a comanda dos bêbados, e que nunca era para cobrar “a menos” de ninguém, sempre

“a mais”. Falou que presenciou umas 5 ou 6 festas com utilização de fogos. Referiu não ser movida por nenhum sentimento de vingança. Falou que nunca escutou do Kiko que era para controlar a entrada, que para ele “quanto mais gente, melhor”. Falou que o Kiko investia mais em decoração do que em segurança, e que ele e Mauro discutiam muito, por exemplo, sobre atrações, que o Mauro não concordava muito com as escolhas do Kiko, também por causa das reformas, etc. Falou que aquilo que o Mauro não queria na boate ele impedia que fosse feito, então, quando estava pronto, era porque ele tinha concordado. Falou que recebia ordens do Mauro e o respeitava como chefe. Relatou que os funcionários nunca receberam treinamento para situações de emergência. Aduziu que havia uma ordem, vinda do Kiko, para deixar os ar condicionados mais quentes para que o pessoal consumisse mais cerveja, e que o pessoal sempre reclamava que estaria muito quente lá dentro.

Relatou, ainda, Vanessa, que o Kiko sabia e permitia o uso de fogos de artifício na boate e que ele dizia que quanto mais gente melhor, que ele não se preocupava com excesso de pessoas, que o interesse dele era dinheiro. Acredita que a boate era um bom negócio para o Kiko. Falou que os seguranças nunca receberam treinamento pra esse tipo de situação. Aludiu que o Mauro tinha poder de mando na boate. Tem certeza que a noite da tragédia não foi a primeira em que ocorreu show pirotécnico. A respeito da banda Gurizada Fandangueira, sabe que quem tratava com o Kiko eram o Danilo e o Venâncio. Falou que a banda tocava muito na Kiss, mas nunca tinha visto shows pirotécnicos com eles antes. Não reconhece o Luciano como integrante da banda.

Quanto ao fato de que a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada, há nos autos o laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do inquérito policial, mais especificamente nas fls. 5911 e seguintes, no qual consta que, no que diz respeito à sinalização de saída do prédio, este item não encontrava-se atendido.

A sobrevivente Daniela Medina relatou que depois de um tempo as luzes (da boate) todas se apagaram e não tinha nenhuma luz de emergência indicando a saída. No mesmo sentido, Fernanda Londero não recorda de ter visto indicação luminosa de saída. Acredita que só conseguiu sair porque estava perto da entrada da copa e foi por dentro, se guiando pelas luzes dos freezers, referindo que se fosse por fora, pelo caminho "normal" pelo salão, não teria conseguido sair pois já estava muito escuro e tinha muita gente (audiência dia 26/06).

Guilherme Patatt, ouvido em juízo dia 09/07/2013, falou que não tinha iluminação na saída, apenas no banheiro, e que as pessoas podiam pensar que a saída era no banheiro, por causa das luzes. O funcionário Luismar Model, ouvido dia 17/07/2013, relatou que quando "estourou" a luz da boate, não funcionou nenhuma luz, nem as de emergência.

Consta do referido laudo, também, que a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas, pois a saída de emergência do imóvel possuía quatro unidades de passagem, sendo que o necessário seriam oito unidades de passagem para a área e população determinada pela edificação. Tudo isso segundo laudo pericial acostado aos autos.

Joel Berwanger, ouvido dia 09/07/2013, referiu que chegando na porta da saída as pessoas já não andavam mais, já 'trancava'.

Ainda, quanto ao fato trazido pelo Ministério Público na exordial acusatória de que os exaustores estariam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica, que acabou direcionando-se para a saída - justamente onde as pessoas teriam se aglomerado para tentar deixar o prédio -, há nos autos indícios, conforme laudo pericial nº 12268/2013, que os dutos de exaustão

encontravam-se com suas extremidades voltadas para a fachada principal, vedadas por janelas basculantes permanentemente fechadas. As extremidades dos dutos estavam, também, parcialmente obstruídas pelas paredes de alvenaria da fachada.

Oswaldo Brasília, engenheiro elétrico que trabalha na seção de incêndios do IGP, referiu que a eficiência da refrigeração da boate não era tão boa, pois não havia exaustão suficiente. Ainda, relatou que a abertura da porta aumentou o fluxo de oxigênio dentro da boate, aumentando a propagação da chama. Referiu que os dutos de ar que tinham dentro da boate não seriam suficientes para a exaustão, e os que tinham estavam lacrados pelas janelas fechadas, madeira e fachada da boate. Aduziu que o projeto da boate, como um todo, estava inadequado nesse sentido. Falou que havia outros elementos de segurança que não estavam presentes, como por exemplo os chuveiros automáticos. Referiu que o fato dos dutos de ventilação dos ares-condicionados estarem parcialmente bloqueados não obstaculizou a propagação das chamas, porque principalmente na fase inicial do incêndio, uma boa exaustão poderia retirar da boate esses gases tóxicos, fuligens, etc, que iam direto para a cozinha e sanitários. Falou que o que comprometeu mesmo foi a ausência dos elementos de segurança. Ainda, relatou que pela capacidade da boate, verificou a obrigatoriedade legal de ter 2 portas. Havia o número suficiente de luminárias de emergência, mas não há como saber se estavam funcionando. Acredita que todas as irregularidades que tinham dentro da boate contribuíram para a tragédia, que se estivesse tudo 'ok' diminuiria os efeitos, se tivesse cumprido todos os quesitos da norma, acredita que haveria menos vítimas (audiência dia 23/09/2015).

Rodrigo Ebert, perito criminal do IGP, ouvido em juízo dia 24/09/2015, referiu que a ausência do sistema de exaustão fez com que todo o fluxo de ar fosse direcionado para a porta, no momento da abertura. Falou que independente do sistema de ar condicionado,

era necessário um sistema de exaustão de gases aquecidos. Falou que como a boate não tinha janelas, ela era considerada um ambiente subterrâneo, fazendo-se necessário esses aspectos a mais de segurança e circulação de gases. Ainda, relatou que o vão livre entre as portas, ou seja, a vazão, não estava adequado ao cálculo populacional. Referiu que, por ser equiparada a subsolo, faz-se necessário duas saídas de emergência, e que em um ambiente superlotado, os elementos de segurança perdem a sua eficácia.

Cristiano Damásio, engenheiro eletricitista e perito criminal do IGP, na audiência do dia 24/09/2015, referiu que os dutos de ar estavam entupidos, não jogavam o ar na rua, pois estavam parcialmente obstruídos pelas janelas basculantes. Referiu que pela norma, seria necessário ter duas portas de saída. Por fim, referiu que com a falta dos elementos de segurança aumentou o risco da boate.

Postos assim alguns relatos e circunstâncias, retirados do bojo do caderno processual, sem expor de forma densa e profunda as provas, mas também sem deixar de fazer uma breve análise, por força constitucional, percebo que além da presença da materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado Elissandro quanto aos fatos articulados pela denúncia.

Não estou assentando que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, e suas teses não se apresentando de forma escorregada de dúvida (nessa fase), a pronúncia é o caminho a ser seguido.

Quanto ao acusado **MAURO HOFFMAN**, o “Maurinho”, interrogado, refere que é administrador de empresas, e relatou ter escolhido o ramo de entretenimento para se especializar, que só na boate Absinto trabalhou por 15 anos. Falou que em todas as empresas que teve no ramo, sempre tentou ser o mais correto, o

mais organizado possível. Referiu que a aquisição da Kiss foi uma estratégia de mercado, que ele já havia sido informado pelo Shopping que precisaria disponibilizar o local onde funcionava o Absinto. Só comprou parte da Kiss porque já teria uma família envolvida e não precisaria fazer a administração total e a parte do “dia-a-dia” da boate. Recorda que na época da negociação, o Kiko estava envolvido com alguns problemas com o Ministério Público, e que só depois que ele os resolvesse eles voltariam a negociar. Referiu que se dava muito bem com o Kiko, que a banda dele tocou várias vezes no Absinto e que confiava nele.

Relatou que durante o dia foi muito pouco na Kiss, e que ia normalmente nas quintas à noite. Falou que sobre assuntos comerciais, falava muito mais com a Angela do que com o Kiko. Relatou que Angela fazia relatórios semanais de quanto entrava e quanto saía de dinheiro na Kiss. Falou que quando comprou a Kiss se certificou que a documentação estava toda em dia. Falou que teve 6 estabelecimentos em 10 anos em Santa Maria, e sabe da dificuldade para se conseguir um alvará e que nunca trabalhou de forma irregular. Falou que a reforma da boate que ele tem conhecimento é a do TAC, as outras eram manutenções. Conhecia o engenheiro Samir e as vezes via ele na boate. Nunca participou de nenhuma obra na boate, e nunca viu o engenheiro Pedroso lá. Sabe que tem a informação de que teriam visto ele carregando saco de cimento na reforma, mas nega, acredita que foi confundido com alguém.

Relatou que nunca se sentiu dono da Kiss. Negou que tivesse poder de decisão lá e nunca fez reuniões com os funcionários. Relatou que nunca mostrou preocupação sobre as coisas da Kiss para o Ricardo e negou que tenha demonstrado preocupação quanto as barras de ferro. Referiu que um dia no Absinto uma banda tentou se apresentar com shows pirotécnicos, mas no momento da montagem do palco já foi proibido que utilizassem os fogos. Falou que não admitia nenhum artefato que trouxesse risco.

Falou que no Absinto era difícilimo alguma banda tocar e fazer uso de algum artifício e ele não ficar sabendo. Contou que na semana antes do ocorrido a banda Gurizada Fandangueira utilizou fogos de chão no Absinto, sendo que foram proibidos de usar novamente. Foi enfático ao referir que a banda nunca tinha tocado no Absinto com fogos, e se tivessem utilizado ele saberia.

Falou que sempre se preocupou com questões de segurança na Kiss. Acredita que a tragédia teria sido muito pior se a boate fosse a “original” que foi aprovada. Falou que sabia pelo Kiko que a lotação seria 800 pessoas. Relatou que desde que entrou na sociedade, apenas duas vezes a Kiss teve mais de mil pessoas no giro. Relatou que no Absinto fazia o controle das pessoas pelas comandas, e acredita que na Kiss também era feito isso, que o Kiko se preocupava muito com o conforto das pessoas lá dentro.

Na noite da tragédia, foi avisado pelo Kiko do que estava acontecendo e chegou na boate junto com os bombeiros. Referiu que presenciou cenas muito fortes e não conseguia acreditar no que estava acontecendo. Relatou que o Kiko estava desesperado ali na frente. Contou que foi um dos últimos a sair, tendo ficado ali até umas 6 da manhã. Referiu que o que motivou o incêndio foi o artefato inadequado para uso interno. Falou que ele permitia no Absinto aquelas velas da champagne, que eram para uso interno. Os outros tipos ele não permitia, pois poderia assustar, machucar, não via a necessidade de utilizá-los. Também acredita que se tivesse 400 pessoas dentro da boate teria ocorrido a mesma coisa, guardadas as proporções. Referiu que se imaginasse que algo assim pudesse acontecer nem teria comprado sua parte na boate.

Não se considerava um concorrente do Kiko, pois os públicos das boates eram diferentes. Referiu que só está nessa situação porque confiou no Ministério Público. Falou que sempre viu extintores nos locais e as luzes de emergência, mas nunca conferiu. Acredita que Vanessa possa ter usado de sua mágoa com o

Kiko para prejudicá-lo em seus depoimentos. Não sabia que tinha uma lei que proibia o uso de espumas, falando que os bombeiros, a prefeitura, MP, os engenheiros, todos estiveram lá, viram as espumas e não falaram nada. Referiu que em nenhum momento apontou para o Kiko possíveis problemas na Kiss. Acreditou que os órgãos públicos que fiscalizaram a boate tinham capacidade técnica para emitir os documentos que eles emitiram. Acredita que do jeito que o Kiko administrou a Kiss estava seguro, e confiava no Kiko. Não sabe por que o Kiko deixou a empresa no nome da mãe e da irmã.

Falou que não contratava diretamente as bandas, mas sabe que o responsável pela Gurizada Fandangueira era o Danilo. Relatou que não era o responsável pela aquisição das velinhas da champagne no Absinto, e quem fazia isso era um terceiro, e não sabe onde comprava e nem o preço.

Explicou qual a função do "Roadie" de uma banda, referindo que ele não tem poder nenhum de decisão, dizendo que seria como um "roupeiro". Acredita que o que mais colaborou com a tragédia foi alguém entrar com o artefato e botar fogo no local.

Falou que antes do ocorrido, ninguém se preocupava em ter apenas uma porta, na colocação de espumas, etc. Falou que as barras de ferro ajudavam a organizar o fluxo de pessoas. Referiu que nunca sequer imaginou a possibilidade de alguém erguer um fogo quente dentro da boate, com um teto de 3 metros de altura. É tão obvio que ninguém faria isso que isso sequer foi cogitado. Falou que se o MP tivesse exigido, o Kiko teria feito outra porta. Nunca contestou um alvará que lhe foi dado.

Não acredita que a utilização de fogos de artifício seria o "carro chefe" da banda Gurizada Fandangueira, e que nunca viu nenhuma foto, nenhum material, nenhum vídeo, nada que indicasse isso. Falou que na Kiss não tinha nenhuma ingerência em escolha das bandas. Nunca tomou conhecimento de que a Gurizada

Fandangueira tenha usado artefatos na Kiss. Falou que a lógica de desligar o ar condicionado para as pessoas passarem calor e consumirem mais bebidas não é verdadeira. Relatou que uma casa quente e abafada não geraria lucro, seria uma burrice, pois as pessoas não voltariam num lugar assim.

Referiu que os bombeiros não tinham preparo algum, que apenas um bombeiro tentou entrar na boate mas desistiu, não funcionou o equipamento, etc. Acreditou que os bombeiros fossem chegar preparados, entrar e apagar o fogo, resolvendo o problema. Acredita que se os bombeiros tivessem o mínimo de treinamento e estivessem devidamente equipados teria feito muita diferença no resultado de vítimas. Sabe que os trâmites para o novo alvará já haviam sido iniciados pelo Kiko e ele não poderia fazer mais nada além de esperar a vistoria. Falou que apenas está respondendo hoje porque o Ministério Público "autorizou" sua aquisição, se sente enganado pelo Ministério Público.

Referiu que não teve nenhuma participação na compra ou colocação das espumas na boate e não sabia da proibição de utilização. Falou que ambos os engenheiros, Samir e Pedroso sabiam da existência da espuma e não se importaram. Falou que não tinha como suspeitar da veracidade/conteúdo do alvará fornecido pelos bombeiros. Acredita que os órgãos públicos foram totalmente omissos, que os documentos estavam em dia.

Falou que as modificações realizadas pelo Kiko melhoraram muito a boate, facilitaram a circulação das pessoas, as rotas de fuga. Nunca presenciou o sistema de funcionamento da Kiss, não tendo participado da alegada superlotação. Sobre os seguranças sem treinamento obrigatório, acreditava que a empresa contratada fosse capacitada, pois era especializada nisso. Nunca ordenou que os seguranças berrassem as pessoas por falta de pagamento de comanda, e acredita que o Kiko também não fez isso. Referiu que não tinha a chave da boate, então não poderia entrar lá na hora que quisesse,

até porque não se sentia dono da Kiss.

Falou que em nenhum momento assumiu o risco, e de nenhuma forma consentiu com a tragédia. Acredita que nesse caso, assumir o risco da tragédia seria um pacto suicida, pois ele e seus familiares também frequentavam a Kiss, finaliza Mauro.

A ilustrada e diligente Defesa Técnica, especificamente, alega que Mauro era apenas um sócio investidor da boate, sem nenhum poder de mando, não devendo ser responsabilizado por eventuais irregularidades constantes da boate que eram anteriores à data de sua entrada na sociedade. Alega também que o acusado não teria participado das reformas da boate, nem da colocação da espuma, dos guarda-corpos, tampouco participava da escolha das bandas, não havendo provas que ele sabia ou assentia com a utilização de artefatos pirotécnicos.

Dos relatos, verifica-se que há indicativos que o acusado era uma pessoa experiente no ramo noturno, eis que, além da boate Kiss, era proprietário também do Absinto Hall, outra boate famosa na cidade, sendo, teoricamente, uma pessoa meticulosa e cuidadosa em seus negócios, e isso se retira não só do seu depoimento como dos demais elementos probatórios colhidos neste caderno processual.

A alegação do acusado de que não tinha poder de mando, e que não sabia o que se passava na boate, embora possa ser verdadeira, há indícios que o acusado era um empresário zeloso, cuidadoso em seus negócios e expert no ramo noturno, e que ele sabia o que acontecia referente à boate Kiss.

Vanessa Vasconcelos, na audiência do dia 23/05/2014, relatou, por exemplo, que depois que Mauro entrou na sociedade as 'coisas' começaram a se endireitar, que ele inclusive indicou um funcionário para entrar na boate, o João, referindo, também, que

ele tinha poder de mando na boate.

O próprio acusado refere em seu interrogatório que escolheu o ramo de entretenimento para se especializar, e que só na boate Absinto trabalhou por 15 anos.

Especificamente quanto à boate Kiss, há indícios de que o acusado Mauro costumava frequentá-la, tendo ido inúmeras vezes na boate e teria presenciado a alegada superlotação, bem como as reformas sendo realizadas e a utilização de artefatos pirotécnicos em seu interior.

Alguns depoimentos trazem indícios de que Mauro costumava frequentar a Kiss durante as noites, (Ingrid Goldani, Saulo Rodrigues, (audiência do dia 26/06), Marcelo Carvalho, ouvido dia 28/06/2013, entre outros) e o próprio acusado relata que “normalmente ia nas quintas a noite”.

Everton Drusião, na audiência do dia 28/06/2013, também relatou que as vezes o Mauro ia na boate de noite, como um cliente normal.

Há informações indiciárias de que somente após a entrada de Mauro na sociedade que a Kiss começou a obter lucros, vide depoimento de Vanessa Vasconcelos já referido anteriormente, por exemplo.

Nessa toada, nos documentos de fls. 775 a 777 e 2110 a 2112 (volumes 04 e 10 do processo), Angela Callegaro refere que “todas as decisões e assuntos importantes eram objeto de diálogo entre Elissandro e Mauro, uma vez que esse último também tinha poder de decisão na boate. Mauro não se limitava a perceber lucros. Havia periódicas conversas pessoais entre eles”.

Em sede judicial, Angela Callegaro (audiência do dia

31/10/2014) referiu que explicava para Mauro o funcionamento da boate, o que faziam e o que era comprado. Falou que passava para ele relatórios financeiros, quanto dava nas noites, etc. Referiu, ainda, que Mauro frequentava a boate durante as noites, referindo que ele não seria louco de não conversar com o 'Kiko' (seu sócio) a respeito de dinheiro. Ainda, aduziu ter lido o depoimento prestado na polícia antes de assiná-lo.

Consta nos autos o documento de fls. 8492 e 8494 (volume 38) cópias de e-mails do acusado Elissandro, onde este relata que "(...) Sei que já tem muito disso que estou pedindo mas quero todo o mês olhar desta forma e passar pro Mauro mastigado assim" e "(...)então vamos fazer esse controle funcionar e preciso que funcione assim. Tive até uma discussão com o Mauro sobre isto", respectivamente.

Giovana Rist (audiência do dia 26/06/2013) funcionária da Kiss, relata que ambos os proprietários decidiam juntos as questões da boate.

O contrato de cessão de cotas de sociedade limitada (fls. 1010 e 1011 – volume 06 dos autos) previu expressamente que a partir de 1º de setembro de 2011, o acusado Mauro assumiu efetivamente posição societária no empreendimento, inclusive parte do pagamento se deu em 09 parcelas ao longo do ano de 2012 (constam os recibos nas fls. 1012 a 1020), a comprovar o adimplemento, inclusive nos meses em que estava em curso a reforma da boate.

Diogo Callegaro (fls. 812 – volume 05) refere que todas as reformas que fez na boate foram com determinação de Mauro e Kiko; bem como as declarações do engenheiro Miguel Pedroso (fls. 824/826 – volume 5) de que viu o Mauro na obra, inclusive carregando sacos de areia para dentro do local. Miguel confirmou seu depoimento em juízo, dizendo que viu os funcionários da boate trabalhando lá,

inclusive o Kiko e o próprio Mauro, tendo visto este várias vezes lá na obra (audiência do dia 27/06/2014)

Em juízo, Diogo Callegaro relatou que via Mauro e Kiko conversando, mas retificou a informação colhida em sede policial, relatando que Mauro nunca lhe deu ordens diretas. Não tem como saber o teor das conversas entre os proprietários, mas acredita que era sobre as obras, pois logo após as conversas o Kiko vinha e lhe dizia o que era para fazer (audiência do dia 22/05/2014).

Ainda, Vanessa Vasconcelos, em seu depoimento prestado em juízo, refere que recebia ordens de Mauro, e que teria sido ele, inclusive, que teria escolhido a cor rosa para a fachada da boate.

Jairo da Silva Lima, segurança da Kiss, em seu depoimento colhido em sede policial, relata que já viu Mauro e Kiko reunidos com funcionários da boate (fls. 3378, volume 15). Em juízo, confirmou essa informação (audiência do dia 11/09/2013).

A arquiteta Nivia da Silva Braido, em audiência no dia 10/06/2014, relatou que mostrou algumas propostas de mudanças no interior da boate para o Kiko, que escolheu uma delas e falou que teria que mostrá-las para o sócio, pois não poderia decidir sozinho.

Quanto às barras de ferro, no depoimento perante a polícia (fls. 2333 a 2337 – volume 11), Ricardo Pasche, gerente da casa noturna, relatou que “colocaram várias barras de ferro para organizar o pagamento nos caixas e logo após as caixas de entrada, com o objetivo de organizar. Lembra que Mauro perguntou ao Kiko se os bombeiros não haviam reclamado das barras de proteção, no entanto eles não haviam feito vistoria depois da reforma, portanto ninguém reprovou as barras”. Também consta no mesmo documento a preocupação de Mauro com o tamanho das portas, achando que estavam pequenas.

Ouvido em juízo, Ricardo reafirmou ter visto quando Mauro perguntou para o Kiko se estaria tudo regular, tudo 'ok', tudo em dia, e o Kiko teria confirmado que sim, que tudo havia sido aprovado pelos bombeiros (audiência do dia 19/08/2013 – fls. 10299 e seguintes – volume 47). Confirmou também que Mauro questionou se não houve reclamação quanto as portas, mas estaria tudo 'ok', eis que sempre foi a mesma porta.

Matheus Fettermann da Silva (fls. 5023/5028 – volume 22), ouvido, refere que era comentário corrente no meio dos funcionários que aquele “corrimão” não poderia permanecer no local, porque se ocorresse uma fiscalização mandariam retirá-lo, e que isso tudo era de conhecimento de Mauro e Kiko.

Ainda no que diz respeito as barras de ferro, há indícios nos autos que estes anteparos acabaram dificultando muito a saída das pessoas do local, pois muitas acabaram caindo ou ficando presas nessas barras, tendo sido impedidas de sair livremente da boate, conforme relatos de algumas vítimas. Trago a título exemplificativo o depoimento de Giovani Dias, na audiência do dia 26/06/2013, no qual ele relata que não foi fácil de sair da boate, que ficou preso com sua namorada nas barras de ferro, e apenas conseguiu sair porque alguém os puxou, inclusive referindo que se as barras não estivessem ali, teria saído muito mais gente.

Andressa Dotto, ouvida em juízo, também relatou que ficou presa nas barras de contenção que serviam para organizar a fila, bem como Fernanda Londero, que referiu que acredita que as barras de ferro foram muito relevantes para o número de mortes. Saulo Rodrigues referiu que pessoas tiveram que pular as barras para conseguir sair (audiência dos dia 26/06/2013).

Relativamente ao uso de fogos em eventos, Giovani Kegler, integrante da banda Gurizada Fandangueira, relatou que era comum o

uso de fogo nos shows da banda, que em praticamente todos os shows eram utilizados. Relatou que já tinham usado aquele mesmo fogo na Kiss, no mesmo palco, da mesma forma. Falou que também tocou no Absinto e também utilizaram artefato pirotécnico lá (audiência do dia 10/07/2013).

O Delegado Sandro Meinerz, em audiência do dia 23/04/2015, referiu que os proprietários da Kiss deveriam saber que a Banda Gurizada Fandangueira utilizava fogos quentes, pois quem contrata deve saber o que contrata e em que termos contrata.

O delegado Marcelo Arigony, quando foi ouvido em juízo dia 10/04/2015, disse que acredita que tanto o Kiko quanto o Mauro sabiam das irregularidades constantes da boate e permitiram que ela funcionasse daquele jeito, e foi por causa disso que eles foram indiciados no inquérito policial.

Ainda, conforme a denúncia, há indícios de que havia materiais sujeitos a combustão em todo o entorno do palco, onde teria sido acionado o artefato pirotécnico. Quanto a isso, tem-se o laudo pericial encartado no anexo XXVII dos autos, onde contem fotografias ilustrando a presença de cortinas, madeira e da espuma.

O perito Osvaldo, quando ouvido, referiu que além da espuma, todos os materiais inflamáveis poderiam entrar em combustão e propagar a chama, como por exemplo todo o mobiliário, tudo que é de madeira, tecido, etc. Rodrigo Ebert, por sua vez, referiu que qualquer material que fosse combustível ou orgânico contribuiu para a propagação do fogo.

Ao passo da hora, sublinho (também em homenagem a Ilustrada Defesa e, por se revestir como questão processual, num primeiro momento) que a defesa do acusado MAURO impugnou a menção aos extintores de incêndio nos memoriais acusatórios, eis que

estes não constariam na exordial acusatória. Entrementes, a denúncia faz sim alusão a extintores de incêndio, mesmo que não o faça expressamente. Digo isso pois consta da denúncia que os acusados Mauro e Elissandro “concorreram para o crime (...) mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza (...)”

Posta, pois, alguns relatos e circunstâncias, retiradas do bojo do caderno processual, sem expor de forma densa e profunda as provas, mas também, sem deixar de fazer uma breve análise, por força constitucional, percebo que além da presença da materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado MAURO quanto aos fatos articulados pela denúncia.

Não estou assentando que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, e suas teses não se apresentando de forma escorreita de dúvida (nessa fase), a pronúncia é o caminho a ser seguido.

No ponto, quanto à impugnação aos elementos da cadeia causal atribuídos ao acusado, pontuo que estes não podem ser analisados de maneira percuciente nesta fase de *judicium accusationes*, mas sim como um conjunto de fatores que, somados, trazem indícios de autoria.

Quanto ao acusado **LUCIANO**, ao ser interrogado, relatou que atualmente trabalha como moto-táxi e que estudou até a 6ª série. Falou que conheceu o Danilo pelo facebook, e que ele lhe convidou para trabalhar para sua empresa. Depois, começou a trabalhar como freelancer, mas nunca participou da banda, não participava das reuniões, nem tinha poder de decisão. Negou que fosse produtor da banda, e referiu que ganhava 50 reais. Relatou que carregava instrumentos, montava instrumentos, levava água e cerveja pro pessoal da banda. Falou que na noite da tragédia, não colocou uma

luva na mão do Marcelo, que não sabia que poderia pegar fogo, que jamais o Danilo permitiria que colocassem nem o Marcelo, nem as outras pessoas em risco.

Na noite da tragédia, disse que o pessoal da banda lhe passou um papel onde dizia o que teria no show, momento em que acoplou o dispositivo na mão do Marcelo, que subiu para o palco. Depois, o Danilo lhe fazia um sinal que era para ele apertar o botão que acionava o dispositivo. Depois que ele apagou, tirou da mão do Marcelo e colocou num canto. Após isso, ouviu alguém falando que estava pegando fogo, momento em que olhou para o teto e viu uma “bola de fogo azul”. Pegou então uma água mineral e atirou para cima. Nesse momento, Marcelo correu pra pegar o extintor, que não funcionou. Pensou então que Marcelo não sabia usar o extintor. Ouviu o Marcio falando “fogo, fogo, vamos sair senão vamos morrer”. Relatou que só saiu por causa disso. Se dirigiu pra saída e ouviu as pessoas gritando para abrir a porta porque estava pegando fogo. Recorda que quando abriram a porta “baixou” toda a fumaça preta, ele seguiu reto e se trancou em uns ferros, sendo que caiu no chão e percebeu que estava perdendo os sentidos, momento em que colocou a camisa para tapar o nariz e, nisso, um rapaz lhe puxou para fora.

Falou que tentou ajudar as pessoas, salvar mais gente, ajudando os bombeiros. Explicou que o artefato era acionado por controle remoto, nunca entregou o material aceso. Acredita que ele e o Danilo foram os últimos a saírem do palco. Falou que tudo foi uma cena horrível, que não quer que ninguém presencie o que os sobreviventes presenciaram lá dentro. Que as pessoas gritavam que era fogo e a porta ainda estava fechada, e que foi um bloco de pessoas que conseguiu abrir a porta, e por isso conseguiu sair. Não conhecia muito bem a boate, mas sabia que se fosse reto no “espelho d'água” conseguiria sair.

Não viu espuma na boate. Falou que fazia serviços para a

empresa do Danilo, e cumpria ordens, Danilo lhe dava o dinheiro e ele ia lá na loja comprar o artefato. Confirmou que foi ele quem colocou na mão do Marcelo. Falou que não tinha conhecimento, que quem lhe ensinou como funcionava o artefato foi o Danilo. Acredita que o Danilo também não sabia que pegava fogo, pois não iria querer se matar lá dentro. Falou que sempre era o mesmo tipo de fogo. Falou que foi descobrir a diferença de fogo quente e frio depois do ocorrido, e o Danilo lhe falou que o que ele comprava não pegava fogo. Falou que quando chegava na loja não ficava conversando, chegava, comprava e saía. Ninguém nunca lhe pediu para comprar o fogo mais barato. Nunca questionou que aquilo fosse perigoso. Falou que era pago para montar o show, ele tinha que ir lá e montar.

Não recorda se alguém avisou no microfone o que estava acontecendo. Contou que quando saiu as luzes da boate ainda estavam acesas. Sabe que outras bandas também utilizavam esses artefatos. Negou que tenha falado que tinha 1500 pessoas lá dentro, que não tem noção de quantidade de pessoas. Relatou que nunca comprou o artefato na caixa, e que não tinha nenhuma orientação. Referiu que disse para o Marcelo que o artefato era seguro porque o Danilo tinha lhe dito isso. Falou que nunca se preocupou que pudesse acontecer alguma coisa com o uso desses artefatos, porque para ele era seguro.

Ficou sabendo o que é "Sputinik" depois do ocorrido, e falou que não foi isso que colocou na mão do Marcelo na noite da tragédia, que nunca comprou isso. Falou que não conhecia o Kiko e não viu ele dentro da boate, só lá fora. Falou que quando ia na boate ficava sempre atrás de uma cortina, era uma "pessoa oculta". Acredita com firmeza que se o Danilo estivesse vivo hoje, ele (Luciano) não estaria sentado ali, porque o Danilo diria que ele era só um "Roadie" e que cumpria ordens suas. Sabe que era o Danilo que fazia o contato direto com os proprietários e era ele que escolhia o repertório. Não sabe se o Danilo levava o

repertório para o Kiko, mas acredita que sim. Falou que o Danilo era muito responsável e acredita que ele não faria nada sem o consentimento do proprietário. Acredita que todo o show da banda era com o consentimento do proprietário da boate. Relatou que nunca foram impedidos por ninguém de fazer algum show.

Aduziu que ele é vítima, que se não fosse uma pessoa tirar ele de lá a mãe dele estaria junto com as mães das vítimas, lutando pelo filho que morreu. Falou que as características da banda eram o carisma dos integrantes e o show pirotécnico. Falou que no Absinto eles se apresentavam também com os mesmos fogos. Referiu que só ele da banda ficou salvando as pessoas ali fora. Relatou que nunca imaginou que seria indiciado por essa situação, e que inclusive já pensou em se matar, mas se fizesse isso não poderia vir falar a verdade do que aconteceu. Falou que nunca imaginou causar tamanha dor para os pais. Não sabe dizer o que motivou a tragédia, não quer acusar ninguém. Falou que sempre lutou pelas coisas corretas, que por circunstâncias da vida está sentado no banco dos réus, pois ele é inocente, é vítima, e jamais provocaria algo que pudesse causar a dor dos pais e tirar a vida de alguém, finalizou Luciano.

A Defesa do acusado alegou que este seria o “Roadie” da banda, é dizer, um mero prestador de serviços, devendo ser afastado o dolo eventual de sua conduta por não possuir qualquer autonomia para atuar, apenas obedecendo ordens. Argumentou, ainda, que não há como admitir que o acusado tinha sequer consciência da possibilidade de produzir o resultado, não havendo prova nos autos de que agiu prevendo a possibilidade de ofensa a bem jurídico penalmente tutelado.

A respeito desse ponto, consta no caderno processual, nas fls. 1403 (volume 07), nota fiscal de compras dos produtos em nome da banda, datados de 25 de janeiro de 2013 (dois dias antes do evento).

O gerente da loja Kaboom, Daniel Rodrigues, (audiência do dia 22/05/2014), relatou que era o acusado Luciano quem adquiria os artefatos e que ele era esclarecido da inadequação (ambiente externo/ambiente interno). Que o “Sputinik” ou “Chuva de Prata” eram apropriados para ambientes abertos, pois neles é utilizado uma espécie de pólvora que queima. Explicou que há um produto próprio para uso interno, no qual a fagulha é feita de um outro tipo de pólvora que não queima, sendo um “fogo frio”. Referiu ainda que o produto para uso interno era bem mais caro que o “Sputinik”.

Há, ainda, indícios de outras notas fiscais indicando a compra de artefatos semelhantes, bem como fotografias nas fls. 2621 e seguintes (volume 12), onde se constata imagens de outros shows da banda Gurizada Fandangueira, em outros locais, nos quais teria também sido usado artefatos pirotécnicos.

Nessa trilha, há indícios nos autos de que foi o acusado Luciano quem teria acoplado o artefato nas mãos do acusado Marcelo, e que teria sido o responsável pela compra do material mais barato – para uso externo -, bem como pelo acionamento do aludido dispositivo, que, posteriormente, acabou encostando no teto da boate e incendiando, o que teria dado início à tragédia.

Eliel Bagasteiro Lima, integrante da banda Gurizada Fandangueira, quando foi ouvido na audiência do dia 1º/08/2013, relatou que no dia da tragédia a casa estava muito lotada, que nunca tinha visto a boate tão cheia. Referiu que o artefato pirotécnico fazia parte dos shows, que quem acionava era o Luciano, que era o Roadie da banda. Luciano acoplou o artefato na mão do Marcelo, com uma espécie de “luva”, que o tipo de artefato que utilizavam era sempre igual. Referiu que o show pirotécnico era o “carro chefe” da banda. Relatou que diversas bandas usavam isso também, que chamava a atenção. Falou que os fogos eram uma

espécie de “marketing”, que todo mundo sabia que eles usavam. Já haviam se apresentado outras vezes na Kiss com fogos, e não teve problema nenhum, e nunca houve restrição por parte dos donos da boate.

Ingrid Goldani, funcionária da boate (audiência do dia 26/06/2013) relatou que viu a banda começar com fogos no chão, depois veio um rapaz e colocou uma “luva” na mão do vocalista, onde estava preso o artefato, e que a faísca que saía deste artefato era bem grande.

Dessa forma, a versão trazida pela Defesa de que este seria apenas o “roadie” da banda e estava cumprindo ordens, embora possa ser verdadeira, de que ele era apenas um “roadie” e não teria poder de mando, esta não se apresenta de forma isolada, única, haja vista o depoimento do vendedor Daniel (audiência do dia 22/05/2014) no qual ele refere que Luciano era esclarecido da inadequação dos artefatos e mesmo assim optou por comprá-los.

O delegado Sandro Meinerz (audiência do dia 23/04/2015), refere que recorda que o proprietário da loja Kaboon lhe falou que indicou para o Luciano um produto que fosse possível utilizar em ambientes internos, que era mais caro, e que o Luciano teria optado pelo produto mais barato, bem como o acusado teria falado que sabia qual comprar pois era experiente com isso.

Da análise dos relatos, verifico que, presente a materialidade, há também indícios suficientes de autoria apontando para o acusado nos moldes apontados pela peça exordial acusatória. Não estou referindo que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria como relatado na peça portal, e suas teses não se apresentando de forma escorreita de dúvida nessa fase, a pronúncia é o caminho a ser seguido.

Por fim, quanto ao acusado **MARCELO**.

Vejamos o que disse Marcelo em seu interrogatório.

Referiu que é azulejista, estudou até a 7^o série e era o vocalista da banda Gurizada Fandangueira. Falou que quem fazia o contato da banda com os locais para tocar era o Danilo, e sabe que na Kiss o contato dele era com o Kiko. Falou que tocaram na Kiss várias vezes. Referiu que o Danilo fazia o repertório e lhe passava durante a semana. Falou que mais ou menos de 15 em 15 dias se reuniam para ensaiar as músicas. Acredita que o Danilo passava o repertório para os proprietários. Relatou que era sempre o mesmo show pirotécnico que eles faziam.

Confirmou que eles eram conhecidos pela utilização da pirotecnia, e quem decidia se no dia teria ou não apresentação com os fogos era o Danilo, e que ele conversava sobre isso com o proprietário. Falou que o artefato não era uma novidade, tinha até ensaios da pirotecnia.

Não recorda a primeira vez que usou os fogos, não viu a caixa e não tinha conhecimento nenhum de como usar. Falou que confiava nas informações do "Roadie" de que era seguro e que não tinha perigo nenhum. Falou que não era uma "luva", que o que ficava preso na mão era o disparador, e não o artefato. Referiu que nunca foi se informar porque era uma coisa normal que todo mundo fazia. Acredita que o fogo era frio, pois se fosse quente ele se queimaria, e só após a tragédia ficou sabendo que havia diferença de "fogo quente" e "fogo frio". Nunca pensou que fosse perigoso, jamais pensou nessa possibilidade.

Explicou que ele estava cantando normal, o Luciano vinha e colocava na sua mão, disparava, durava no máximo 10 segundos, apagava, o Luciano tirava e era isso. Referiu que ninguém nunca se queimou nem reclamou. Nunca passou pela sua cabeça que algo

pudesse acontecer na Kiss porque para eles o local era seguro. Recorda que era a música do Naldo que ele cantava no momento do ocorrido, mas falou que não pulava na música, apenas colocava o braço pra frente, na direção das pessoas.

Relatou que pouco antes da tragédia ficou sabendo que o Mauro também era proprietário, mas nunca conversou com ele. Falou que o Kiko nunca lhe indagou sobre o uso dos artefatos, mas acredita que com o Danilo ele conversava sobre isso. Que Danilo falava para o Kiko como seria o show e o Kiko dizia que não teria problema. Afirmou que o Kiko tinha conhecimento que eles usariam artefatos pirotécnicos no show e consentia com isso.

Contou que apenas percebeu o que aconteceu quando seu irmão lhe jogou uma baqueta nas costas, e perguntou o que houve, mas nesse momento já havia tirado o dispositivo, já estava em outra música. Olhou para cima e viu uma chama do tamanho de um CD, momento em que olhou pros lados e gritou “fogo, saiam”. A banda então parou de tocar e um rapaz lhe alcançou um extintor, momento em que tentou apagar o fogo. Falou que quando gritou “fogo” o pessoal já começou a querer sair da boate. Acha que o Luciano também tentou apagar o fogo com uma garrafa de água. Contou que seu irmão só percebeu que tinha fogo porque pingou uma “coisa escura” em cima de seu instrumento, momento em que olhou pra cima e percebeu o fogo. Referiu que somente depois que o extintor não funcionou que começou a baixar uma fumaça. Falou que ficou esperando lhe trazerem outro extintor mas não veio, olhou para a pista e não tinha mais ninguém, então foi para o canto do palco para descer e não se recorda de mais nada, acredita que desmaiou ali. Falou que bem no início ele pegou o microfone para avisar as pessoas do fogo.

Acredita que os guarda-corpos eram para organizar a fila, mas tem certeza que dificultaram a saída das pessoas. Nunca reparou se tinha luzes de emergência na boate e falou que a boate

era bonita. A única coisa que lhe chamou a atenção na mudança do palco é que ele trocou de lado, era na frente e depois foi pro fundo da boate. Não tinha informações sobre o artefato, nunca leu nada sobre eles. Negou que tivesse saído antes das pessoas. Falou que nunca percebeu que o teto em cima do palco era coberto de espuma. Não tem como prever ou imaginar que isso um dia fosse acontecer. Falou que não tem como saber se foi o artefato que ele segurava que começou o incêndio, mas as pessoas e a acusação dizem que foi. Falou que ele inclusive já tinha tirado o artefato da mão, e só depois que aconteceu tudo. Acredita que se o extintor tivesse funcionado ele teria conseguido parar o fogo, e também acredita que se tivesse mais saídas na boate mais pessoas teriam se salvado.

Gostaria de pedir perdão a todas as pessoas se ele fez algo de errado, e que nunca imaginou que isso poderia acontecer, que sua intenção era passar alegria para as pessoas. Referiu que ganhava uns 80 reais, e tocava porque gostava. Falou que o Danilo era quem explicava tudo para o contratante, o que seria feito e o que não seria feito, e só repassava para o resto da banda o que tinha combinado e decidido. Falou que faziam shows pirotécnicos em outros lugares também, em quase todas as boates de Santa Maria, e também fora da cidade. Reafirmou que era sempre o Danilo que combinava tudo, e que ele nunca lhe passou que em algum lugar eles tinham sido proibidos de realizarem shows pirotécnicos. Falou que as velas que ficavam no chão eram iguais as que ele segurava na mão. Falou que sempre foi feito show pirotécnico, que faziam e o Kiko estava dentro da boate, vendo tudo.

Relatou que seu irmão lhe tirou da boate quando viu que ele estava caindo. Não sabe quem da banda saiu primeiro, mas acredita que foi um dos últimos a sair do palco. Falou que a Kiss estava sempre lotada, que nunca tocou lá com pouca gente. Negou que o Luciano fosse o produtor da banda, dizendo que ele era o "Roadie", só montava o palco e os instrumentos. Falou que não

avisou mais no microfone porque o áudio já estava desligado, e também já tinha bem poucas pessoas no local. Falou que a banda era composta de 8 pessoas e apenas uma faleceu. Não sabe dizer quantas pessoas tinha lá dentro, mas acredita que estava bem cheio. Falou que sempre era quente dentro da boate. Não sabe dizer por que o extintor não funcionou. Reafirmou que sempre foi permitido e liberado pelo proprietário o uso de fogos.

Não sabe dizer se o Luciano ganhava mais por ter que comprar as coisas para a banda. Falou que era comum a apresentação com fogos, que todas as bandas faziam isso. Relatou que nunca teve contato com os termos do contrato da banda com o proprietário das casas, que apenas confiava no que o Danilo passava pra eles. Referiu que sempre faziam esse tipo de show e nunca deu problema em lugar nenhum. Relatou que as vezes o contratante, antes de começar o show, lia o contrato com o Danilo e o Danilo avisava eles que não teria show pirotécnico, que o pessoal não queria. Falou que na Kiss recebia em torno de 70, 80 reais de cachê por show. Por fim, relatou que é difícil falar sobre uma coisa que não imaginou que fosse acontecer, que não queria que acontecesse, que perdeu amigos e clientes, que deseja que a justiça seja feita e se cometeu algum erro ele pede perdão.

Alega a Defesa Técnica que o acusado era apenas o vocalista da banda e que acreditava na palavra de Luciano quanto à segurança do artefato pirotécnico, bem como acreditava que a boate também era segura. Alega também que o acusado não sabia das propriedades dos fogos de artifício adquiridos e nem do revestimento espumoso da boate. Ainda, que ele não sabia da existência de lei que proibisse a utilização dos aludidos fogos.

Há indícios de que teria sido o acusado, vocalista da banda Gurizada Fandangueira, quem teria proporcionado o fogo na boate com a utilização do artefato quando, erguendo sua mão (a qual continha o dispositivo inflamável acoplado pelo acusado

Luciano) e fazendo gestos coreográficos em direção ao teto da boate, o dispositivo, então, teria encostado no teto, onde havia uma espuma isolante de material altamente inflamável, momento em que teria dado início ao fogo e à exalação dos gases tóxicos.

Quanto a isso, trago o depoimento de Saulo Rodrigues, que recorda da música que tocava no momento do início do incêndio, e lembra do vocalista erguendo e abaixando o artefato na mão. Matheus Rocha, na audiência do dia 27/06/2013, recorda que foi colocada uma “tala” na mão do vocalista e um objeto ali, e começou a fazer os shows pirotécnicos. Viu o momento em que o vocalista pulou com a mão erguida e viu as fagulhas atingirem o teto. Viu que o foco do fogo começou pequeno e depois foi se alastrando.

Daniela Medina, na audiência do dia 26/06/2013, falou que viu o início do fogo, tendo visto o vocalista erguendo o braço e encostando o fogo no teto do palco, que era mais baixo. Guilherme Mello, dia 27/06/2013, relatou que viu o sujeito erguendo o artefato no teto, umas 6 faíscas encostaram no teto e o fogo veio vindo de modo uniforme. O teto então começou a pingar, momento em que resolveu ir embora e começou o tumulto. Luzianara Marques, na mesma audiência, referiu que viu o início do fogo, que começou quando o cantor, com uma luva na mão, balançou a mão e colocou fogo.

Existem indicativos de que o acusado e a banda já haviam realizado esse tipo de show em outros locais (conforme relatado anteriormente quanto aos indícios de autoria do acusado Luciano).

Há, ainda, indícios da possibilidade do acusado ter alertado o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação do local, o que não teria sido realizado de maneira suficiente.

Nesse laço, disse o delegado Marcelo Arigony, quando foi ouvido em juízo dia 10/04/2015, que acredita que o acusado Marcelo

poderia ter minimizado o resultado da tragédia se tivesse anunciado o fogo no microfone.

Na mesma toada, Ingrid Goldani, funcionária da boate (audiência do dia 26/06/2013), referiu que viu o vocalista com o artefato na mão, e depois viu ele apontando para o teto indicando que tinha algo errado. Viu um rapaz tentando jogar água no teto e tentaram utilizar um extintor que não teria funcionado. Viu o vocalista largando o microfone e fazendo gestos para as pessoas saírem de perto do palco.

Guilherme Mello (audiência do dia 27/06/2013), relata que o pessoal da banda não falou nada em relação ao fogo; que eles tentaram apagá-lo mas não conseguiram. Acredita que se eles tivessem avisado no microfone, talvez mais gente teria se salvado, porque muitas pessoas não viram o que estava acontecendo. Fernanda Rodrigues, na mesma audiência, corroborou tal depoimento, referindo que ninguém do palco avisou que tinha fogo, eles simplesmente pararam de tocar e tentaram apagar, mas não avisaram nada. Quem estava do outro lado da boate nem sabia o que estava acontecendo, concluiu.

Karine Campagnollo relatou em seu depoimento dia 27/06 que ninguém avisou no microfone que tinha fogo, inclusive a música continuou cantando e o vocalista apenas parou de cantar para tentar apagar o fogo.

Da análise dos relatos, verifico a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria apontando para o acusado nos moldes apontados pela peça exordial acusatória. Não estou referindo que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria como relatado na peça portal, e suas teses não se apresentando de forma escurreita de dúvida nessa fase, a pronúncia é o caminho a ser seguido.

Quanto aos alegados erros de tipo/erros de proibição, teses defensivas trazidas pela Defesa Técnica de Marcelo, tais alegações não podem ser analisadas nessa fase.

As teses trazidas pelas defesas de incompatibilidade do dolo com o instituto da tentativa ficam, da mesma forma, para serem examinadas pelo Conselho de Sentença, vez que também se apresenta conflitante.

Aliás, a respeito do tema e, sem adentrar no mérito, trago trecho de acórdão recente oriundo de nosso Egrégio Tribunal de Justiça, de lavra do Ilustre Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁷, no sentido de que:

(...)devido à equiparação entre o dolo direto e o dolo eventual, feita pelo legislador pátrio no inciso I do art. 18 do Código Penal, não há que se falar em incompatibilidade da figura tentada nos crimes praticados quando o agente, embora não tendo desejado diretamente o resultado, assume o risco de produzi-lo. Além disso, para a configuração da tentativa, o elemento subjetivo do tipo ocorre integralmente, não importando, portanto, se a vontade do agente é direta ou se advém de uma criação do legislador (dolo eventual), restando apenas na espécie tentada, por intervenção externa ao agente, a incompletude dos elementos objetivo durante a fase de execução do crime, o que a diferencia dos crimes consumados.¹⁰⁸

Todas essas teses, portanto, exigem perquirição do animus do agente (ingresso profundo das provas), matéria de

¹⁰⁷ RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. POSSIBILIDADE DE TENTATIVA EM CRIME PRATICADO COM DOLO EVENTUAL. PRECEDENTES. REFORMA DA SENTENÇA. 1. No caso dos autos, há provas da materialidade e indícios suficientes de que o acusado, em tese, seria o autor dos delitos. O réu, supostamente, conduzia seu veículo automotor no acostamento de uma rodovia, em estado de embriaguez e em velocidade acima do permitido para a via em que circulava, condições que foram, a princípio, demonstradas pelas provas orais e pelo resultado do teste alveolar produzido logo após o fato. 2. Restou afastada a tese de impossibilidade de tentativa nos crimes praticados com dolo eventual, pois, em que pese existência de discussão doutrinária sobre o tema, devido à equiparação entre o dolo direto e o eventual, forte no inciso I, do art. 18, do Código Penal, a espécie do elemento subjetivo é irrelevante para caracterização da figura tentada de um delito. Sentença de desclassificação reformada para pronunciar o réu nos termos da denúncia. RECURSO PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70050795400, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 06/04/2016)

¹⁰⁸ Nessa linha, NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 173

competência constitucional privativa do Tribunal do Júri.

Com efeito, levando em conta todas as divergências trazidas nos presentes autos, outra não poderia ser a solução se não a pronúncia dos acusados, para que o Conselho de Sentença, competente constitucionalmente, analise todos os pontos controvertidos apresentados.

Isso porque, como nos manifestamos a respeito das demais teses trazidas pelos defensores dos outros acusados, concernentes ao mérito, a análise probatória nessa etapa processual deve ser suficiente apenas para demonstrar a origem do convencimento do magistrado em levar a matéria à apreciação do Júri.

O que não significa dizer que não foram averiguados todos os elementos trazidos até o momento. Todo o conjunto probatório foi analisado por este julgador, apenas não cabe (sob este rito e neste momento) decidir qual é a versão que predomina, face a existência de mais de uma.

Esta tarefa incumbirá, exclusivamente, ao Conselho de Sentença.

Repito, as versões trazidas pelas defesas dos quatro acusados não se encontram amparadas, nesta fase processual (aqui e agora) em prova inequívoca, irrefutável, estreme de dúvida, posto controvertidas.

É dizer, uma vertente da prova colhida nessa primeira fase do procedimento aponta em direção contrária as explicações fornecidas pelos acusados em seus interrogatórios e trazidas por seus Ilustrados Defensores.

Seguem jurisprudências de nosso Tribunal a respeito do tema:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. ?PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO POR EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO E LINGUAGEM: DESACOLHIDA -A fundamentação das decisões judiciais, como é sabido, é condição inafastável para sua legitimidade. Os juízes devem expor as razões que determinaram o seu convencimento, sob pena de afronta ao disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal. - Proferindo decisão - no caso, de desclassificação do crime narrado na denúncia para os dos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro -, não poderia a digna Magistrada deixar de declinar os motivos pelos quais entendeu não ter o réu cometido crime doloso contra a vida. Do contrário, a decisão sofreria de carência de fundamentação. -Pensamos que a alegação de nulidade por excesso de fundamentação e linguagem só tem cabimento contra decisão de pronúncia, quando fundamentada excessiva e exaustivamente, ultrapassando os limites da mera análise do juízo de admissibilidade da acusação. - Não é o caso dos autos. MÉRITO - (...) - A versão apresentada pelo inculpado não se encontra amparada, nesta fase, em prova unívoca, tratando-se de questão controvertida. Com efeito, uma vertente da prova colhida aponta em direção contrária a explicação do episódio fornecida pelo inculpado. - (...) não autorizam afastar, de plano, a configuração do dolo eventual. - A desclassificação, por sua vez, nesta etapa - iudicium accusationis-, "(...) só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano." (Resp nº 192049/DF, Relator Ministro Felix Fischer, j. em 09/02/1999, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). - Na espécie, observa-se que há mais de uma versão em relação às condições do condutor, à velocidade imprimida no veículo, inclusive ao motivo de sua fuga. Pensamos, assim, que a digna Juíza de Direito, mesmo reconhecendo eventual controvérsia do conjunto probatório, não deveria optar por uma das versões. Havendo mais de uma versão para o acontecimento - uma delas contrária a explicação do episódio fornecida pelo inculpado - a análise do feito deve ser encaminhado aos Srs. Jurados. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, não podemos olvidar que "Na fase de pronúncia, reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambigüidade faz incidir a regra do brocardo in dubio pro societate." (RESP 485775/DF). - O eminente Ministro José Arnaldo Da Fonseca, quando do julgamento, em 23 de maio de 2000, do Recurso Especial nº 225.438-CE, pela e do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou: "Ainda que se vislumbrasse dúvida no tocante à definição legal da conduta, ainda aí, o juízo de avaliação é do Tribunal Popular. Em suma: `Dúvida sobre a existência de culpa ou dolo eventual na conduta do agente. Apreciação pelo Júri.¿" (grifamos). - Não podemos esquecer, ainda, que o mesmo Sodalício, por sua e. Terceira Seção, no Conflito de Competência 35294/SP, relator o eminente Ministro Paulo Gallotti, julgado em 13/10/2004, deixou assentado: "DÚVIDA QUANTO À PRESENÇA DE ANIMUS NECANDI NA CONDUTA

DO DENUNCIADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA DEFINIR A TIPIFICAÇÃO A SER DADA AO FATO DESCRITO NA DENÚNCIA.: - Temos, neste passo, sem adentrar no exame aprofundado da prova - incompatível nesta fase do procedimento - que, na espécie, há indícios (mero juízo de suspeita) da presença do dolo eventual, suficiente para afastar a alegação de que a imputação é manifestamente improcedente. - Com efeito, tratando-se de ocorrência de trânsito, no momento em que o motorista resolve dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica ou substância entorpecente, em tese, aceita o risco de produzir o resultado típico. A Segunda Turma do Pretório Excelso, quando do julgamento, do HC 97252/SP, em 23/06/2009, relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, proclamou (passagens da ementa): (a) "2. **O dolo eventual compreende a hipótese em que o su diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável (assume o risco da produção do resultado, na redação do art. 18, I, in fine, do CP). 3. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente.**"; e, (b) "5. **Na presente hipótese, depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velocidade e, após o atropelamento, aparentava estar alcoolizado. 6. (...). PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70041848 Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 13/10/2011) Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal (grifei).**

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DOIS HOMICÍDIOS SIMPLES. DOLO EVENTUAL. ARTIGOS 304 E 305 DA LEI 9.503/97. PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. 1ª PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DOS CRIMES CONEXOS. (...) 4ª PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE FUNDAMENTAÇÃO NA PRONÚNCIA. O Juízo da origem adotou efetiva técnica em sua forma de exposição argumentativa, explicitando, efetivamente, quais as razões em que se baseou para ver a pronúncia como um imperativo para o caso vertente, apontando-as, pois, expressamente. Não se constata, pois, tenha o juízo a quo ultrapassado o limite do razoável, do juridicamente aceito, do tecnicamente correto no que diz respeito à pronúncia exarada e linguagem nela encampada. Não se vislumbra, em consequente, como nula a decisão proferida, na medida em que não chegou a formular frases que possam eventualmente induzir o raciocínio dos Senhores Jurados, apreendendo-se nas ponderações efetivadas pelo Juízo singular, que estivesse a esclarecer o porquê da aferição redundar na pronúncia do acusado, o que não significa, no caso em tela, excesso de linguagem. **Outrossim, não pode ser olvidado que a sentenciante fez referência expressa ao fato de haverem duas versões acerca do ocorrido - a t interrogatório do acusado, e a acusatória, presente na narrativa da denúncia -, no sentido de demonstrar que caberia ao Conselho de**

Sentença optar por uma delas. Ainda, o julgador não é obrigado a tecer considerações quanto a cada uma das teses defensivas quando encontra nos autos substrato suficiente para encaminhar o feito ao Tribunal Popular, tendo em vista que a versão exculpatória não se encontra estreme de dúvidas. Não há a pretensa nulidade, não se apreendendo, convém que se enfatize, excesso de linguagem, valoração indevida dos elementos coligidos ao longo do feito, inadequação de argumentos ou qualquer outra eiva de irregularidade no âmbito da pronúncia questionada. No caso, importante destacar que por se tratar de possível dolo eventual, uma vez que os homicídios decorreram, em tese, da prática de "racha" no trânsito, impunha, como fez a sentenciante, uma análise mais acurada dos elementos dos autos, a fim de distinguir a culpa do dolo, já que em caso de se configurar o primeiro, o feito fugiria à apreciação do Conselho de Sentença. Por outro lado, o fato de a sentenciante ter destacado partes dos depoimentos colhidos durante a instrução não induz, por si só, à conclusão de que está a influenciar os senhores jurados; ao contrário, os grifos têm o escopo de demonstrar a origem de seu convencimento para levar a matéria à apreciação dos juízes de fato, competentes para o caso. MÉRITO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO situação em tela, suficiente apoio para a pronúncia questionada. Afinal, há prova da materialidade delitiva, bem como robustos elementos indicativos da autoria, uma vez que o próprio acusado confirma o abalroamento, ainda que atribua à conduta do motoqueiro que o teria surpreendido, negando, por outro lado, a prática do racha. Já o racha, que teria culminado com a morte das vítimas, é demonstrado por outros testemunhos constantes dos autos, além da prova pericial, o que permite levar a questão ao egrégio Conselho de Sentença, já que presente duas correntes probatórias, prevalecendo neste momento o princípio do in dubio pro societate. Na prática de racha tem-se o dolo eventual (assumir a possibilidade do resultado), consoante entendimento jurisprudencial. Em conseqüente, diante da viabilidade do dolo eventual no caso em tela, incabível, neste momento, operar-se a desclassificação delitiva para homicídio culposo, até porque a tese defensiva não restou estreme de dúvidas a permitir, desde logo, a despronúncia do ora recorrente. 1ª PRELIMINAR ACOLHIDA. 2ª, 3ª E 4ª PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70040517732, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 07/07/2011)

Assim, reputando presente alguma controvérsia, não pode o juiz monocrático optar por alguma das versões trazidas. Havendo mais de uma versão para o acontecimento, uma delas que vai contrária a explicação do episódio fornecida pelas Defesas, a análise do feito deve ser encaminhada ao Conselho de Sentença,

conforme entendimento dos Tribunais Superiores.

As matérias sustentadas pelas combativas defesas são questões que não se apresentam isentas de polêmica relevante e devem ser submetidas ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, pois a valoração da prova compete a eles.

Segue jurisprudência a respeito do tema:

Ementa: HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. - A prova da materialidade do delito encontra apoio no AUTO DE NECROPSIA, complementado pelo MAPA DAS REGIÕES ANATÔMICAS. - (...) Há outras versões sobre o ocorrido. - Temos, assim, que se impunha a pronúncia. A r. decisão não merece censura. Não poderia o digno Julgador, reconhecendo eventual controvérsia do conjunto probatório, optar por uma das versões. Havendo mais de uma versão para o acontecimento - uma delas contrária a explicação do episódio fornecida pelo inculpaado - a análise do feito foi, acertadamente, encaminhada aos Srs. Jurados. Precedentes dos Tribunais Superiores. - A decisão de pronúncia, conforme se tem afirmado, inclusive com amparo em precedentes dos TRIBUNAIS SUPERIORES, é "mero juízo de suspeita". A prova da existência do crime e indícios de autoria basta para a pronúncia, sendo que eventuais dúvidas devem ser dirimidas pelo Tribunal do Júri. Os "indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária", conforme proclamou o PRETÓRIO EXCELSO, "mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado". Vinga, nesta fase, o princípio do 'in dubio pro societate'. - As matérias que dizem com a negativa de participação do acusado, ausência de relação de causalidade e ausência de dolo - teses sustentadas pela combativa defesa - são questões que não se apresentam isentas de polêmica relevante e devem ser submetidas ao Tribunal do Júri, Juiz Natural da causa. Lembramos, somente, que a nova Parte Geral do Código Penal manteve a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais, conhecida também como 'conditio sine qua non'. - O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já deixou assentado que "Para a prolação de juízo positivo na decisão de pronúncia basta, além de prova da materialidade, a presença de indícios de autoria, de modo que havendo prova nos dois sentidos - tanto de que o paciente teria tido participação nos fatos como o contrário - a dúvida remete a causa para julgamento pelo Tribunal do Júri por aqui vigorar o princípio in dubio pro societate." (HC 93431/SP, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 08/04/2008), orientação reafirmada recentemente: "Por ocasião da pronúncia vige o princípio in dubio pro societate, ou seja, na dúvida, compete ao Tribunal do Júri a soberana decisão sobre a autoria criminosa." (HC 135724/PE, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, j. 23/03/2010). - Esta Câmara, há muito,

proclamou: "CRIMES DOLOSOS E CULPOSOS CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. (Art. 121, § 2º, inciso II e IV, c/c o art. 29, caput, do Código Penal). TESE DEFENSIVA DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA E O EVENTO. É consabido que, na etapa processual da pronúncia, a dúvida, por mínima que seja, sempre se resolve em favor da sociedade. No caso concreto, ainda que a perícia não tenha identificado a causa mortis, há indícios nos autos demonstrando que o fato pode ter ocorrido na forma relatada pela denúncia. De qualquer forma, questões referentes ao dolo, relação de causalidade com evento letal, via de regra, não são objeto de apreciação pelo juízo monocrático, de forma prévia, pois a valoração da prova compete ao Conselho de Sentença. RECURSO IMPROVIDO." (Recurso em Sentido Estrito Nº 70010093433, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 17/03/2005) (...) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO (Recurso em Sentido Estrito Nº 70028662898, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 09/09/2010)

No que respeita às qualificadoras, estas, também, somente podem ser afastadas quando forem manifestamente improcedentes.

Identificado o suporte probatório mínimo que indica a presença das qualificadoras descritas na inicial acusatória, devem elas serem submetidas à deliberação pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Nesse sentido:

"Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DAS IMPUTAÇÕES. QUALIFICADORAS NÃO MANIFESTAMENTE DIVORCIADAS DO CONTEXTO PROBATÓRIO. 1. Existindo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria que apontem para a possível ocorrência de crime doloso contra vida, impõe-se a pronúncia do réu para julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para analisar os elementos probatórios e proferir o veredicto. 2. Não há como acolher, de plano, como requer a defesa, a absolvição do réu, por ausência de provas, pois, na atual fase processual, que é de mero juízo de admissibilidade da acusação, só pode ser operada a absolvição quando provada a inexistência do fato, provado não ser o réu autor ou partícipe, o fato não constituir infração penal ou demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime, o que, como se viu, não é caso. 3. Admitida a acusação quanto ao delito

contra a vida, os crimes conexos (ocultação de cadáver e associação para o tráfico de drogas), os quais apresentam elementos suficientes para a pronúncia, também devem ser submetidos à apreciação do Conselho de Sentença. 4. Pelos mesmos motivos, havendo indícios quanto à presença das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, impõe-se a pronúncia da acusada pela tentativa de homicídio duplamente qualificado. **As qualificadoras do delito de homicídio somente podem ser excluídas, na atual fase, quando se revelarem manifestamente divorciadas da prova, o que não ocorreu in casu.** 5. Manutenção da segregação suficientemente fundamentada na pronúncia. Prisão mantida. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70064059736, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 22/07/2015)” grifei

Nessa toada, as qualificadoras imputadas na denúncia merecem admissão, pois há possibilidade de que o fato tenha sido praticado por motivo torpe e meio cruel.

A respeito da qualificadora do motivo torpe, havendo indícios nos autos de que os denunciados Mauro e Elissandro teriam economizado com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investiram em segurança contra incêndios, também lucrando com a superlotação do estabelecimento; e havendo indícios de que os acusados Marcelo e Luciano adquiriram fogos de artifício indicados para uso externo, por ser mais barato que o indicado para ambientes internos, a qualificadora deverá ser levada à apreciação pelo Tribunal Popular.

Nesse sentido, tem-se, exemplificativamente, o depoimento dos engenheiros Miguel e Samir, no sentido de que nunca indicaram a colocação da aludida espuma; Marcos José, perito criminal do IGP, referiu que a espuma utilizada na boate não continha elementos “anti-chama”; Ricardo Pasch refere que ninguém da boate tinha algum treinamento; Jéssica Fernandes que aduz que a boate estava muito apertada, para onde ela olhava estava lotado; Giovani Dias também relata que a boate estava lotada, que tinha pouca movimentação; Fernanda Londero referiu que tinha a impressão que dentro da Kiss era um “labirinto”; Vanessa Vasconcelos referiu que

os funcionários da boate nunca receberam treinamento para situação de emergências e que havia uma ordem, vinda do Kiko, para deixar os ares condicionados mais quentes para que o pessoal consumisse mais cerveja; Luismar da Rosa relatou que apenas se a casa estivesse realmente “explodindo” eles barravam, caso contrário eles deixavam o pessoal entrar, pois era lucro, e que realmente havia a história de deixar a temperatura do ar condicionado mais quente pro pessoal sentir mais calor e consumir mais. Quanto aos músicos, tem-se o depoimento do gerente da loja Kaboom, Daniel Rodrigues, de que Luciano era esclarecido da inadequação (ambiente externo/ambiente interno), e que o produto para uso interno era bem mais caro do que o que foi comprado; o delegado Sandro Meinerz também recorda que o proprietário da loja Kaboom lhe falou que indicou para o Luciano um produto que fosse possível utilizar em ambientes internos, que era mais caro, e que o Luciano teria optado pelo produto mais barato, bem como o acusado teria falado que sabia qual comprar pois era experiente com isso.

Da mesma forma quanto à qualificadora do meio cruel, haja vista a existência de indícios do emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas, esta também deverá ser levada para apreciação dos jurados.

Tem-se o depoimento de Ingrid Goldani, que respirou a fumaça densa, ficou tonta e caiu, tendo ficado internada na UTI em Porto Alegre com pneumonia tóxica; Carmem Reis referiu que a fumaça era muito forte e ardia o nariz; Guilherme Mello referiu que a fumaça não era normal, ela ardia os olhos e tonteava. Ainda, há indícios da ocorrência da aludida qualificadora no depoimentos dos peritos ouvidos em juízo, que ressaltam a presença de indicativos de asfixia nos corpos analisados.

Sublinho que não estou afirmando que as mencionadas qualificadoras efetivamente ocorreram no caso em apreço, apenas, que há indícios nos autos que tornam possíveis as suas

configurações, cabendo aos jurados, no tempo próprio, decidir suas efetivas presenças, ou não.

Isso porque, repito, a jurisprudência de nossas Cortes vêm se manifestando no sentido de que somente a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DOLOSOS E CULPOSOS CONTRA A PESSOA. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, C/C O ARTIGO 29, CAPUT, AMBOS DO CP). INCONFORMIDADE DEFENSIVA. MANUTENÇÃO DA PRONÚNCIA. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da sentença que pronunciou o réu, inviabilizando a acolhida dos pleitos de impronúncia, por insuficiência de provas acerca da autoria delituosa ou, alternativamente, de absolvição sumária, por legítima defesa de terceiros, pois nesta etapa processual a dúvida, por mínima que seja, sempre se resolve em favor da sociedade. De igual forma, o afastamento de circunstâncias qualificadoras, na fase processual da pronúncia, somente é permitido em caso de improcedência manifesta, o que inócorre no presente feito, não sendo possível a desclassificação do delito para sua forma simples. Por fim, também não vinga o pedido subsidiário de relaxamento da prisão preventiva do réu, porque permanecem hígidos os requisitos do artigo 312 do CPP. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70069172633, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 09/06/2016)

Ementa: HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. - (...) QUALIFICADORAS - Cumpre prenunciar que é inviável, "sob pena de incorrer-se em excesso de linguagem", "adentrar demasiado ao exame dos elementos que instruem o processo", conforme já proclamou o Pretório Excelso: AI 458072/CE, Ministro JOAQUIM BARBOSA. - Não podemos olvidar que, "Em caso de incerteza sobre a situação de fato - ocorrência ou não de qualificadora - a questão deverá ser dirimida pelo Tribunal do Júri, o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida." conforme deixou assentado o eminente Ministro GILSON DIPP, quando do julgamento, em 19/02/2002, do Resp 249605/PE, pela egrégia 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, "As qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia somente podem ser excluídas quando absolutamente improcedentes ..." (passagem da ementa do HC 100673/RN, Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, j. em 27/04/2010) MOTIVO FÚTIL - Segundo a denúncia, "O crime foi cometido por motivo fútil, consistente no fato da vítima ter tentado apartar uma briga na qual o denunciado e o adolescente estavam envolvidos." - Cumpre consignar, inicialmente, que a qualificadora também se caracteriza quando a conduta foi realizada por motivo que não é causa suficiente para o

crime (Resp 555166/MG, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. em 09/03/2004, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). - A qualificadora descrita na peça vestibular, em tese, não se caracteriza como manifestamente improcedente, segundo se verifica em precedentes desta Corte. - Não podemos olvidar, também, que "O reconhecimento da ocorrência da circunstância fútil como motivadora do delito", conforme deixou assentado a egrégia QUINTA TURMA do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA quando do exame, em 25/10/2005, do Resp 742453/SC, de relatoria do eminente MINISTRO GILSON DIPP, " implica em definir se o ilícito ocorreu por causa de somenos importância, irrelevante e decorre de operação que contém alto grau de subjetividade, intimamente relacionada com o contexto fático-probatório contido nos autos."(grifei) - **Cabe, deste modo, ao Tribunal do Júri apreciar, no caso em estudo, o modo como se deu a interveniência da vítima, bem como a conduta do acusado, e, se entender, aplicar ou não a qualificadora. Com efeito, ao Conselho de Sentença, ou seja ao Juízo natural, caberá, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, da CF), examinar o móvel do crime em sua origem, em sua natureza.** RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA - Uma vertente da prova produzida autoriza a manutenção da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, ou seja, que "o ofendido foi executado após ter sido agredido fisicamente pelo denunciado, facilitando a atuação do atirador", muito embora existe outra versão para o acontecimento. Com efeito, o adolescente, em uma das vezes em que foi ouvido, afirmou que foi o acusado quem deu a "voadeira" na vítima ["(...) o meu amigo conseguiu dar uma voadeira nele e derrubou a arma. Ai quando eu consegui pegar."]. O AUTO DE NECROPSIA, por sua vez, consigna: "... pelas características e descrição dos ferimentos no encaminhamento ao IML do hospital, o mesmos foram provocados por disparo de projétil de arma de fogo e teve o seguinte trajeto no corpo da vítima: de diante para trás, da esquerda para a direita e de cima para baixo." (sublinhamos). USO DE MEIO QUE RESULTOU PERIGO COMUM -No caso 'sub judice', embora seja noticiada o ocorrência de um único disparo efetuado pelo adolescente, não podemos desconsiderar que há uma vertente da prova produzida autorizando a manutenção da qualificadora. - **Assim, a qualificadora não pode ser decotada, pois não é manifestamente improcedente.** Anote-se: REsp 912060/DF, Relator(a) p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. LIBERDADE PROVISÓRIA Por fim, o pedido de concessão de liberdade provisória está prejudicado, não merecendo conhecimento, visto que já deferido na origem. REGURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO (Recurso em Sentido Estrito Nº 70028662898, **Segunda Câmara Criminal**, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 09/09/2010) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TESES ARGUIDAS EM CONTRARRAZÕES. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA.HOMICÍDIO. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. RECURSO QUE DIFICULTOU OUTORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO. ADULTÉRIO. ANTERIOR AMEAÇA. I - O órgão judicial, para expressar sua convicção, não estáobrigado

a manifestar-se a respeito de todos os argumentos levantados pelas partes. A decisão impugnada solucionou a questão jurídica de maneira clara e coerente, apresentando as razões que firmaram o seu convencimento.

II - A exclusão de qualificadoras constantes na pronúncia somente pode ocorrer quando manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida.

III - O modo como se deu a execução do crime revela-se elemento indispensável na aferição da caracterização da qualificadora prevista no art. 121, §2º, IV, do Código Penal. No caso, a vítima estava sonolenta, desarmada, dentro de casa, sem ter para onde fugir, impedindo, ao menos nesta fase, o afastamento da qualificadora. IV - A existência anterior de adultério e ameaça não é suficiente para descaracterizar a qualificadora. V - Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no REsp 1295740 / PR AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0274655-6 Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170) T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 20/08/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 28/08/2015 (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO DOLOSO. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS MANTIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA NÃO VERIFICADA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ACÓRDÃO EMBASADO EM PREMISSAS FÁTICAS. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ.

I- A pronúncia é decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri. Encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo *in dubio pro societate*. II- **É defeso ao Tribunal, ao examinar recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia, excluir uma qualificadora, valorando provas e aspectos particulares do caso, porquanto tal competência pertence exclusivamente ao Conselho de Sentença, juiz natural da causa.** III- **A exclusão das qualificadoras apenas é possível quando manifestamente improcedentes e descabidas.** IV - Afastar a conclusão das instâncias de origem, quanto à presença dos indícios de autoria e materialidade suficientes para pronunciar o Réu, bem como manter as qualificadoras para serem submetida à análise do Tribunal do Júri, implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inadmissível na via do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. V- Agravo Regimental improvido. AgRg no AREsp 417732 / PI AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0351431-9 Ministra REGINA HELENA COSTA (1157) T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 05/06/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 10/06/2014 (grifei)

As versões defensivas, embora possam existir, não restaram demonstradas de forma cabal para que possam subtrair as

qualificadoras da análise pelo júri popular, porquanto serão levadas ao Conselho de Sentença para apreciação pelo princípio do “in dubio pro societate”, vigente nessa fase processual, da mesma forma quanto a eventuais dúvidas e teses defensivas que restem presentes no processo, serão remetidas à elucidação em plenário, sob o crivo dos jurados – eis que, em razão dos elementos antes citados, não se pode subtrair a competência deles.

Por fim, já que aventado pelo Nobre e Ilustre Defensor do acusado Elissandro merecendo, pois, uma resposta desse Estado-Juiz, pontua-se que uma eventual participação de terceiros, incluindo o Poder Público, não exclui o indiciamento dos acusados, vez que o direito penal moderno aponta no sentido do direito penal do fato, e não do autor, além do que não cabe a este julgador provocar a jurisdição - homenagem ao princípio acusatório.

Entrementes, em face ao requerimento da Defesa de Elissandro de aplicação da regra constante no art. 417 do Código de Processo Penal, dê-se vista ao Ministério Público para requerer o que entender de direito.

A Defesa de Elissandro também requereu que, em caso de pronúncia, fosse apontada a autoria e materialidade para cada uma das vítimas, inclusive, das tentadas. Contudo, desnecessário esse apontamento eis que, havendo provas da materialidade fática e indícios suficientes de autoria de crimes da competência do Tribunal Popular – nem que fosse somente quanto a uma vítima – a pronúncia é o caminho a ser seguido. Ademais, repito, toda e qualquer manifestação aprofundada quanto ao conteúdo probatório acostado aos autos é inexigível neste momento e nessa etapa procedimental.

Frente ao contexto delineado em juízo, presente a materialidade e indícios suficientes de autoria que indicam que os acusados poderiam ter evitado o resultado, e não evitaram,

assumindo o risco de produzi-lo como refere a denúncia, justificando, destarte, a competência do Tribunal do Júri para aferição do caso, a pronúncia dos denunciados para serem julgados pelo Conselho de Sentença é a medida que se impõe.

É o que decido.

EX POSITIS, julgo **PROCEDENTE** a denúncia para o fim de **PRONUNCIAR** os acusados ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN E MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, qualificados anteriormente, como incurso 242 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, na forma dos arts. 14, inciso II, 29, *caput* e 70, primeira parte, todos do Código Penal, o que faço com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal.

Concedo aos acusados o direito de recorrer em liberdade, se por algum outro motivo não estiverem presos.

A Defesa do Acusado Elissandro requereu a aplicação da regra do artigo 417 do CPP. Em conformidade com o princípio acusatório, vista ao Ministério Público para requerer o que entender de direito.

Após o trânsito em julgado, vista ao Ministério Público e às Defesas para os fins do art. 422 do CPP.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Santa Maria, 27 de julho de 2016.

ULYSSES FONSECA LOUZADA

JUIZ DE DIREITO