



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIOS. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. PRELIMINARES DE NULIDADE. INVALIDADES NÃO CONSTATADAS. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. RECONHECIMENTO DE POSSÍVEL DOLO EVENTUAL NA CONDUTA DOS RÉUS. SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. QUALIFICADORAS AFASTADAS. JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL.

PRELIMINARES DESACOLHIDAS À UNANIMIDADE.

1. Diante do elevado número de vítimas (no caso, 878 ofendidos), não é inepta a denúncia que descreve de forma global os fatos ocorridos, sendo despicienda a repetição da narrativa para cada ofendido individualmente. Questão já decidida no âmbito desta Corte. A ausência de oitiva de algumas das vítimas, por si só, não conduz à impronúncia dos réus. Inteligência dos artigos 201, *caput*, e 401, § 1º, ambos do Código de Processo Penal. Invalidez rejeitada, que tampouco caracteriza “nulidade por acumulação”.

2. Viável, no caso concreto, a habilitação de pessoa jurídica como assistente de acusação. Ação penal *sui generis* em que a associação dos familiares engloba as pessoas autorizadas a habilitarem-se como



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

assistentes de acusação na forma dos artigos 31 e 268 do Código de Processo Penal. Inviabilidade de habilitação individual de cada familiar das vítimas. Solução prudencial, também considerando o vetor duração razoável do processo. Questão já apreciada por esta Corte. Nulidade afastada.

3. Prescindível, no sistema penal brasileiro, a oitiva de todas as vítimas no curso da ação penal, mormente diante do elevado número de ofendidos, em que a oitiva de todas as vítimas prejudicaria a marcha processual e também a tramitação dos demais feitos de que se ocupa a Vara de origem. Julgando necessária a oitiva de alguma das vítimas que não depuseram em juízo, cabe à defesa arrolar as pessoas que queira ouvir, justificando a necessidade. Tratando-se de concurso formal de crimes, desnecessária, sobremaneira, a oitiva de todas as vítimas. No contexto de evento multitudinário, ouvidas 114 vítimas sobreviventes, ao longo de 31 audiências, o esgotamento do universo das 636 vítimas nesta condição não passaria de adição, sem acrescentar qualquer sentido relevante à narrativa processual. Questão já analisada nesta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. Nulidade rejeitada.

4. A ausência da defesa do réu Elissandro em audiência para oitiva de testemunha por carta precatória na Comarca do Rio de Janeiro/RJ, não



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

configurou, em concreto, nulidade por cerceamento de defesa. Conforme as informações contidas nos autos, devido ao atraso da Magistrada que realizaria a solenidade, o advogado que patrocina a defesa de Elissandro retirou-se do Foro. Deste modo, pese a justificativa, não pode a defesa arguir nulidade para a qual contribuiu, nos termos do artigo 565 do Código de Processo Penal. Se a oitiva da testemunha era tão relevante, cabia à defesa sopesar a possibilidade de permanência no local. Invalidez rechaçada.

5. Autorização do Conselho da Magistratura de regime de exceção para a condução do presente processo, possibilitando que o Magistrado que preside a ação penal fosse ao juízo deprecado ouvir as testemunhas, não havendo nulidade a ser reconhecida. Solução prudencial que possibilita plena cognição ao juiz natural da causa. Ademais, a defesa não recorreu da decisão do Conselho da Magistratura, estando a questão fulminada pela preclusão.

6. Ausência de omissão da sentença quanto à responsabilização penal de outros agentes. Decisão de pronúncia em que o Magistrado observou o disposto no artigo 417 do Código de Processo Penal, tendo o Ministério Público ratificado as promoções de arquivamento e esclarecido que a instrução não trouxe elemento novo a modificar sua



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“opinio delicti”. Ademais, a responsabilização de terceiros já foi discutida nas instâncias cabíveis, com o arquivamento dos feitos. Ausência de nulidade a ser reconhecida.

7. Pese a controvérsia, juridicamente viável imputação de homicídio tentado mediante dolo eventual, não havendo incompatibilidade *a priori*. Doutrina e jurisprudência. Não se trata, de todo modo, de impossibilidade jurídica do pedido. Precedentes das Câmaras Criminais e do Primeiro Grupo. Nulidade rejeitada.

MÉRITO. PRONÚNCIA. DECISÃO POR MAIORIA.

8. Tipicidade subjetiva. Dolo eventual. Suporte fático que, no conjunto da obra, na pluralidade de consciências e vontades materializadas em ações e omissões, no plano geral do evento como apresentado, torna plausível a estrutura típica que vem de nortear o contraditório deste processo, não sendo possível descartar, *a priori*, que os réus tenham assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia. Possibilidade de que os réus tenham assumido o risco do resultado morte dos presentes na Boate Kiss, que se renovava a cada atividade e que, na noite do fato, teria se incrementado (somando-se às condições prévias) pelo acúmulo de pessoas cuja aglomeração capturava-se à vista desarmada e se exponenciou pelo manejo da pirotecnia. Risco, em tese, perceptível que, nada



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

obstante, não teria afetado o desejo dos réus de que as coisas seguissem seu rumo, prosseguindo nas condutas perigosas de explorar de modo temerário um clube noturno e de realizar apresentações artísticas inerentemente arriscadas. Ausência de circunstâncias externalizadas que indubitavelmente apontassem a confiança dos réus de que não se produziram as mortes, caso, como aconteceu, se desencadeasse um incêndio.

9. Dolo eventual que pode ser evidenciado na conduta dos réus Elissandro e Mauro, que teriam concorrido para o crime supostamente implantando a espuma altamente inflamável e tóxica, contratando o show que sabiam incluir fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança e equipe de funcionários sem treinamento obrigatório.

10. Em relação aos réus Luciano e Marcelo, o agir mediante dolo eventual é plausível por terem, em tese, concorrido para o evento adquirindo e acionando, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos e direcionando o artefato aceso para o teto da boate, que distou, diante da coreografia, poucos centímetros, e foi o que iniciou a queima do revestimento inflamável.

11. A análise conjunta das condutas imputadas aos réus, ainda que decotadas parte das imputações, permite que sejam submetidos a julgamento pelo



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tribunal do Júri, havendo elementos nos autos que tornam plausível a imputação de crimes dolosos contra a vida cometidos mediante dolo eventual. Razoável imputar, na situação concreta que se desenhou – com diversas condições letais como concausas (várias construídas assincronicamente) –, que as escolhas e condutas realizadas pelos réus tenham conformado uma decisão pela possível lesão à vida daqueles jovens.

12. Tentativas de homicídio possíveis no caso em tela. A denúncia, no 2º § do item 1, descreveu que, dado início ao ato de matar as vítimas [desencadeado o fogo e a emissão de gases tóxicos], as mortes não se consumaram por circunstâncias alheias aos atos voluntários praticados pelos réus, “pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz”. A imputação encontra guarida tanto na prova oral (vítimas e médicos), na reconstrução da dinâmica do evento, quanto nos autos de exame de corpo de delito e outros documentos, dando conta dos malefícios pela inalação da fumaça e também de queimaduras sofridas.

QUALIFICADORAS AFASTADAS.

13. As qualificadoras imputadas na denúncia, em relação aos quatro réus, devem ser afastadas da



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

apreciação dos jurados. Ausentes circunstâncias concretas que revelem, no injusto imputado, especial censurabilidade ou perversidade.

14. Não se discute que, no mais das vezes, a ganância pode ensejar o reconhecimento do motivo torpe, na medida em que reprovável a conduta daquele que, para auferir ganho ou lucro excessivo, ambicionado de forma desmedida, comete o homicídio. Contudo, na hipótese dos autos, inexistente a qualificadora na forma em que descrita na denúncia e reconhecida na sentença de pronúncia. Em relação aos acusados Elissandro e Mauro, o lucro é inerente à atividade empresarial. Não parece possível, isoladamente, considerar reprovável, no modelo de livre iniciativa (Constituição Federal, art. 1º, inc. IV), o interesse de lucrar com a casa noturna. A colocação da espuma, por outro lado, diferente do sustentado na denúncia, não ensejou economia, mas sim *plus* de custo para os sócios da casa noturna, com o fito de evitar o fechamento do estabelecimento, diante das dificuldades em realizar o isolamento acústico do local. Por outro lado, a superlotação da boate naquela noite, ainda que pudesse indicar o desejo dos acusados de obter lucro excessivo no empreendimento, foi um dos elementos que sustentou a plausibilidade de que os acusados possam ter agido mediante dolo eventual,



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

assumindo o risco de produzir os resultados lesivos. É dizer, a reprovação sobre o fato de terem permitido a entrada de mais pessoas do que o local comportava foi sopesada na configuração da tipicidade subjetiva. Se chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria delibado o *bis in idem*, que é vedado. Não há, nestes moldes, como concluir que a motivação dos agentes mereça especial reprovação que autorizasse o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe. A especial reprovação do injusto, não pelo resultado, mas pela conduta que animou os réus, é que deve ser ponderada – neste caso, foi o conjunto da obra que permitiu uma imputação por dolo eventual. Precedente do STJ.

15. Em relação aos acusados Luciano e Marcelo, de forma similar, a motivação torpe deve ser afastada, à míngua de elementos suficientes para que se conclua por sua configuração. Inicialmente, não há em princípio reprovação extraordinária na opção por um produto mais barato por parte do consumidor, na busca de atingir seus interesses (compra, pela banda, de material mais em conta, para futuras apresentações) – desconsiderada, neste momento, a impropriedade do artefato para uso interno. Porém, justamente a opção pelo artefato de utilização externa, inadequado, é um dos vetores preponderantes a indicar que os acusados podem



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

ter assumido o risco de matar as vítimas. Pelo que, analogamente, não é de se permitir sua dupla valoração. Qualificadora rechaçada.

16. Tangente à qualificadora relacionada aos meios de execução do crime – fogo e asfixia –também ausentes elementos pertinentes para submissão aos jurados. No caso dos autos, inexistem indicativos de que o dolo eventual imputado aos acusados abrangesse a asfixia das vítimas, uma vez que, pese altamente inflamável a espuma utilizada no revestimento acústico da boate, o gás tóxico liberado não é conseqüente empiricamente à disposição da consciência, no desdobramento (tanto, evidentemente, não rompe o nexo de causalidade). Ou seja, embora os acusados possam ter admitido o risco de causar a morte das vítimas, não há provas nos autos de que tenham, suficientemente, admitido a possibilidade de asfixiar as pessoas para causar-lhes excessivo sofrimento. O âmbito do direito penal rechaça a imputação objetiva, ausente supedâneo adequado para considerar que o plano de conduta dos agentes abarcasse a asfixia dos ofendidos a ponto de tornar especialmente mais reprovável o injusto. Precedente do STJ.

17. No que se relaciona com o emprego de fogo, não cabe, a símile, submeter aos jurados a qualificadora do inciso III do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal. Os réus Marcelo e Luciano,



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

objetivamente, seriam os responsáveis pelo emprego de fogo no interior da boate, tendo sido o manejo do centelhador o estopim do evento danoso. Ademais, a utilização dos artefatos pirotécnicos, em tese, era de conhecimento dos acusados Elissandro e Mauro. Contudo, no caso dos autos, o emprego da pirotecnia no interior de uma casa noturna lotada é um dos intensos vetores para o reconhecimento do dolo eventual na conduta dos agentes. Ainda, neste espectro, não parece que os acusados desejassem, mediante incêndio, causar excessivo sofrimento às vítimas. Mesmo que se cogitasse que o fogo teria causado perigo comum (imputação que não é articulada na denúncia), a solução não seria outra. A coletividade exposta a perigo pelo evento danoso consubstanciou-se nas 878 vítimas apontadas na exordial acusatória. Ou seja, a situação de perigo realizou-se nos resultados lesivos, pelos quais os acusados estão a responder, integralmente. Conclusão contrária deliberaria, de novo, *bis in idem*. Qualificadora afastada.

JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL.

18. Há, na Constituição Federal, garantias institucionais típicas, exemplar o caso do Tribunal do Júri. Nesta matriz constitucional, legitima-se, a partir da eficácia irradiante da decisão constituinte fundamental, que o papel dos juízes togados sofra certas restrições, limitado, nesta fase processual, a



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

verificar a viabilidade acusatória, certo que no plano da adequação típica (juízo normativo), sem descurar da prova da materialidade e dos indícios de autoria (juízo empírico). Ultrapassado tal limiar, o chamado filtro de racionalidade, segue-se, como corolário da soberania do Tribunal do Júri, que é a sociedade, em sua pluralidade e por íntima convicção, que deve decidir, em última instância, qual vertente probatória há de prevalecer e qual pauta normativa passará a vincular os cidadãos para casos futuros e situações semelhantes. Quanto ao juízo de valor nuclear deste caso, se as condutas imputadas nas circunstâncias concretas, em seu conjunto, significam que os réus assumiram o risco do resultado morte das vítimas, é pergunta a ser formulada e a sociedade não está mais desaparelhada do que a magistratura de carreira para respondê-la. É dizer, enfim, que, meio a contrapelo das naturais inclinações humanas, até mesmo a certeza do magistrado técnico a respeito da questão de fundo a ser julgada é secundária, cedendo ao espaço democrático reservado à sociedade, cujo veredicto ocorrerá em sigilo e por íntima convicção.

**PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE.
RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, POR
MAIORIA.**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-
79.2016.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA MARIA

ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR RECORRENTE

MAURO LONDERO HOFFMANN RECORRENTE

MARCELO DE JESUS DOS SANTOS RECORRENTE

LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEAO RECORRENTE

MINISTERIO PUBLICO RECORRIDO

NERI MACHADO PEREIRA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

LEONES DE JESUS DE OLIVEIRA PEREIRA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

CARINE ADRIANE CORREA GARCIA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

BRUNA KAROLYNA DOS SANTOS DUTRA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

SHELEN ROSSI RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

JOSE INOCENCIO BARBOSA MACEDO RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

IZABEL CRISTINA MOREIRA MACEDO RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

FRANCISCO ELOI THIELE	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
RITA MARIA STEFFEN THIELE	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ASSOCIACAO DOS FAMILIARES DE VITIMA E SOBREVIVENTES	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
JACQUELINE MEDIANEIRA DE LIMA MACHADO	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
PAULO ROBERTO MACHADO	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
BRUNA CLAUSSEN	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
MICHELE BAPTISTA ROCHA SCHNEID	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
MARINES SOARES VICTORINO	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
SANDRA KARSTEN FAVARIN	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
CARLOS ALBERTO FAVARIN	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
INOCENCIO DA CUNHA FERNANDEZ GONCALVES	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
PATRICIA TEIXEIRA GONCALVES	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
HUGO DA CUNHA FERNANDEZ	RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

GONCALVES

MARIA CRISTINA DE ABREU ALTISSIMO GONCALVES RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ISABEL DOS REIS RODRIGUES RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

RODRIGO DA COSTA MENDES MUNIZ RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

TANIA MARIA DE LIMA MALHEIROS RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ADEMAR NTIBOLA CARABAGIALLE RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ELUIZA TURCATO CARABAGIALLE RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

LIANE WILLERS RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ANTONIO CARLOS CECHINATTO RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

DARCI ANDREATTA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ELIZETE TEREZINHA NUNENS ANDREATTA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

FRANCISCO HUMBERTO WILLERS RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

JORGE LUIS BRANDAO MALHEIROS RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

SORAIA TEREZINHA AMARO RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
CECHINATTO

FLAVIO JOSE DA SILVA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ADHERBAL ALVES FERREIRA RECORRIDO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitaram as preliminares. Por maioria, deram parcial provimento aos recursos, para afastar da pronúncia as qualificadoras, vencido o Relator que também dava parcial provimento aos recursos para desclassificar os fatos descritos na denúncia para crimes diversos daqueles elencados no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO (PRESIDENTE).

Porto Alegre, 22 de março de 2017.

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS,

Relator.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO,

Redator.

RELATÓRIO

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS (RELATOR)

Inicialmente, adota-se, em parte, o próprio relatório da decisão *a quo*:

“O órgão do Ministério Público provocou este Estado-Juiz com uma ação penal contra ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 Fandangueira”, 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 confundilo com uma possível saída.

1.1) Individualização das condutas:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 exhibições 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.

1.2) 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:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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;



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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;

1.3) 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.

(...)"

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).

(...)



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 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 denúncia foi recebida em 03/04/2013 (fls. 7297/7302).

(...)

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.

(...)

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.

(...)

Devidamente citados, os réus apresentaram Resposta à Acusação.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No Habeas Corpus nº 70054419841, pela 1º 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 prisão 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.

(...)

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

(...)

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.

(...)

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 impronúcia, 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 impronúcia 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 pronúcia, deve-se



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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).”

Em 27/07/2016, sobreveio a decisão de fls. 14.023/14.120, julgando procedente a denúncia para pronunciar os acusados Elissandro, Mauro, Luciano e Marcelo *“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.”*

As defesas dos acusados Mauro, Marcelo e Luciano opuseram embargos declaratórios, sendo todos desacolhidos na decisão de fls. 14.194/14.199.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

A defesa do acusado Marcelo interpôs recurso em sentido estrito. Em seu arrazoado (14.217/14.297), reeditou os argumentos já expendidos à ocasião dos memoriais, requerendo, ao final: a absolvição sumária; subsidiariamente, a desclassificação do fato ou a impronúncia; alternativamente, o afastamento das qualificadoras.

A defesa técnica de Mauro também recorreu. Nas razões recursais, voltou a alegar que inexistem indícios de autoria em relação a Mauro, o qual era mero sócio-investidor da Boate Kiss, sem poder decisório, não podendo ser responsabilizado por eventuais irregularidades existentes ou praticadas no estabelecimento. Nesta ordem, requereu: a absolvição sumária; a impronúncia; a desclassificação; o afastamento das qualificadoras

A defesa de Elissandro interpôs recurso em sentido estrito e, nas razões fls. 14.545/14.677, pediu a decretação de nulidade do processo, por inépcia da denúncia, por cerceamento de defesa, por nulidade da decisão de pronúncia, por indevida admissão de pessoa jurídica como assistente de acusação, por inobservância das regras aplicáveis às cartas precatórias, por incompatibilidade das acusações de tentativa de homicídio, por inépcia da narrativa da denúncia acerca do dolo eventual. Pleiteou, ainda, a admissão da



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“tese de impossibilidade fático-jurídica do crime de homicídio consumado qualificado por dolo eventual” e o afastamento das qualificadoras.

Por fim, recorreu a defesa de Luciano. Em seu arrazoado, argumentou que a pronúncia é nula por não ter analisado todas as teses defensivas. De outra parte, Luciano era apenas o *roadie* da Banda Gurizada Fandangueira, inexistindo indícios de autoria em relação a ele. Ao final, pediu a impronúncia, a desclassificação ou o afastamento das qualificadoras.

Os recursos foram contraarrazoados.

Nesta instância, o parecer do Dr. Procurador de Justiça Ivan Melgaré é pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTOS

DES. MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS (RELATOR)

Como está dito no relatório, cuida-se de examinar os recursos em sentido estrito interpostos pelas defesas de ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO E MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, denunciados como responsáveis pelo



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

incêndio da boate Kiss, na cidade de Santa Maria, quando lá se realizava uma festa universitária, um dos mais traumáticos episódios de toda a história do Estado do Rio Grande do Sul, com repercussão nacional e internacional, do qual resultaram 242 mortos e 636 sobreviventes, com seqüelas mais graves ou menos graves, a maioria deles jovens estudantes que tiveram a vida ceifada abruptamente e na flor da idade, levando para o desconhecido seus sonhos, esperanças, amizades, amores e o futuro todo que a eles se descortinava.

Após três anos e meio de tramitação processual, restaram os quatro réus acima nominados - os dois primeiros sócios proprietários do estabelecimento e os dois últimos músicos integrantes da banda Gurizada Fandangueira, que naquela noite animava a festa - pronunciados nos estritos termos da denúncia, ou seja, como incurso 242 vezes nas sanções do art. 121, § 2º, I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. § 2º, I e III, na forma do art. 14, II, todos do Código Penal, sob o fundamento de terem agido com dolo eventual.

Contra essa decisão é que se voltam os recursos ora *sub examen*, pretendendo as defesas dos réus MAURO e MARCELO, alternativa e sucessivamente, a absolvição sumária, a impronúncia ou a desclassificação do



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

fato e a defesa do réu LUCIANO tão-somente a impronúncia ou a desclassificação, questões que serão apreciadas mais adiante, eis que relativas ao mérito. Ocorre que a defesa do réu ELISSANDRO, embora nas razões recursais tenha também ferido o mérito, especialmente no que tange ao dolo eventual, na realidade pretende apenas a anulação do feito, invocando uma série de causas de nulidade, o que, por óbvio, exige sua apreciação antes da matéria de fundo.

Passo, assim, ao exame dessas preliminares, adiantando que não vislumbro qualquer fundamento nessas alegações, sendo que muitas delas já foram apreciadas em medidas anteriormente intentadas.

1. Primeira prefacial. Nulidade processual por acumulação, desdobrada em dois fundamentos: inépcia da denúncia sem a individualização das vítimas e pretendida despronúncia em relação às acusações de tentativa de homicídio contra vítimas não ouvidas judicialmente.

Ainda que motivada ao longo de 34 laudas e logicamente exposta, tenho que não se sustenta a alegada nulidade, como, aliás, já foi decidido por



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

este órgão julgador, no Habeas Corpus nº 70054351861, através de acórdão de minha relatoria e que restou assim ementado:

"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 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 denegada".



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Como se verifica, a alegada inépcia da denúncia já foi enfrentada, tendo esta Câmara Criminal reconhecido a plena regularidade da peça póstica do feito, não se podendo sequer cogitar agora da nulidade do processo por esse fundamento.

Já o segundo ponto versado na mesma preliminar, envolvendo a despronúncia do recorrente em relação às acusações de tentativa de homicídio contra vítimas não ouvidas judicialmente, constitui, a meu juízo, questão de mérito, não ensejando o reconhecimento de nulidade do feito.

De qualquer forma, também não me parece que a falta de inquirição judicial de algumas daquelas 636 vítimas sobreviventes possa conduzir, por si só, à impronúncia do recorrente e dos demais acusados. Na realidade, em nenhum processo da competência do Tribunal do Júri, a não ouvida da vítima, quando não se tratar de homicídio consumado, caso em que essa inquirição é impossível, tem o efeito automático da impronúncia, como sustenta a nobre defesa.

E, ademais, a respeito do tema, merece transcrição a seguinte parte do parecer do ilustre Procurador de Justiça que oficiou no feito, Dr. Ivan Melgaré, hoje Corregedor-Geral do Ministério Público Estadual, *verbis*:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“Observa-se, somente para não deixar passar em branco, que ainda que fosse constatada alguma inconsistência em relação a alguma vítima, o que se admite apenas para efeitos argumentativos, tal situação representaria parcela ínfima (apenas 14 nominadas no recurso de Elissandro) dentro do universo de 877 e não traria prejuízo efetivo para sua defesa, pois insuficiente para invalidar a conclusão adotada com relação às demais vítimas - amplíssima maioria – e nem mesmo representaria alteração no montante de pena a ser eventualmente fixado em caso de condenação.”

Por fim - acrescento eu, em complementação ao que foi dito pelo ilustrado agente do Parquet - cabe lembrar que a denúncia, como não poderia deixar de ser, faz referência ao concurso formal de delitos e, nesse caso, considerando o que dispõe o art. 70 do Código Penal sobre a fixação da pena na hipótese, o número limitado de vítimas referidas pelo recorrente se torna absolutamente irrelevante diante do total de ofendidos em decorrência do incêndio.

Por essa razões, sucintamente expostas, rejeito a prefacial argüida.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

2. Segunda prefacial. Nulidade processual decorrente da impossibilidade de uma pessoa jurídica figurar como assistente de acusação.

Menos razão ainda assiste ao recorrente na preliminar agora suscitada.

Na verdade, trata-se de questão já decidida por esta 1ª Câmara Criminal, através de aresto também da lavra deste Relator, lançado na Correição Parcial nº 70054289947 e que recebeu a seguinte ementa:

“CORREIÇÃO PARCIAL. INCÊNDIO DA BOATE KISS, ADMISSÃO DA ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA COMO ASSISTENTE DE 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.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 correção 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 de acusação, mesmo porque tal pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas naqueles dispositivos legais, além de que seria inviável exigir-se habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e familiares de todos os mortos.

Preliminar rejeitada.

Correção parcial indeferida.”

Aliás, a respeito da jurisprudência sobre a matéria, permito-me transcrever parte do voto que então proferi:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“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, numa 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.”

E, apenas para não deixar passar *in albis*, penso que a decisão prolatada pelo insigne Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, trazida à colação pelo ilustre defensor, não se aplica ao caso vertente, eis que se trata de pretendido ingresso de assistente litisconsorcial ativo em processo de natureza civil, e não de assistente da acusação em feito criminal, como aqui se dá.

Em suma, desacolho também a argüição de nulidade do processo por esse fundamento.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

3. Terceira prefacial. Nulidade do processo por cerceamento de defesa: a leitura sistêmica do artigo 401, § 1º, do CPP.

Aqui, retorna o recorrente ao tema da ouvida de todas as vítimas, pretensão que foi afastada pelo MM. Juiz processante.

Como sustenta acertadamente o Dr. Ivan Melgaré em seu judicioso parecer, trata-se de mais uma questão já levada à análise da Câmara, no julgamento do Habeas Corpus nº 70055057590, cuja ordem foi denegada. A propósito, permito-me reproduzir parte do voto do eminente Des. Júlio César Finger, no julgamento daquela medida, o qual esclarece perfeitamente a questão:

(...)

Andou bem o magistrado singular em negar o requerimento de oitiva de todas as vítimas. Não teria qualquer sentido ouvir mais de seiscentas pessoas, eternizando o processo. Penso, mais, que a decisão posterior à impetração – que permitiu ao paciente arrolar a testemunhas - esvaziou o argumento da inicial, no que continha de válido.

O paciente é acusado de 632 tentativas de homicídio. Portanto, a ele deve ser permitida a



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

defesa quanto a todas essas condutas. Todavia, não é menos certo que essa plêiade de fatos deu-se – segundo acusa a denúncia - com a prática de ações únicas que produziram mais de um resultado. Assim, se algumas dessas vítimas foram assim reputadas “por ouvir dizer”, ou “por telefone” ou “por email”, como afirma a defesa, deve ela arrolar especificamente a vítima que quer ouvir, justificando a necessidade do seu depoimento, mas jamais pretender a ouvida de todas elas. Como o magistrado, na origem, permitiu ao impetrante o arrolamento de até 60 ofendidos, sem excluir ainda a oitiva de mais pessoas, se assim fosse justificado, penso que tal pretensão carece de legitimidade.

O art. 201, caput, do CPP, estabelece que o ofendido será ouvido, sempre que possível. O art. 401, §1º, a seu turno, estabelece que aqueles que “não prestam compromisso”, bem como as “testemunhas referidas”, enfim, os assim também chamados “informantes”, caso dos ofendidos, não se incluem no número determinado no caput deste dispositivo. Diante desse programa normativo, penso que (a) não há limite de ofendidos que possam ser ouvidos; (b) não compõe ele o rol de testemunhas (que neste caso é de oito por fato, para cada parte), e, (c) sua oitiva pode se dar sem requerimento das partes.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Penso ainda que, na interpretação da expressão "se possível" bem como a necessidade de oitiva dos "informantes", deve ser preservado o "prudente arbítrio", ou a "discricionariedade" ou o que quer que se chame o espaço de julgamento que detém o juiz de exercer seu poder decisório no sentido de dar concretude às regras processuais, e, neste caso, de harmonizar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e celeridade processuais.

(...)

E, no caso da presente isagoge, ainda mais desarrazoada se mostra a arguição, na medida em que a defesa do réu Elissandro interpôs recurso contra a denegação do Habeas Corpus em tela, o qual foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça, como atesta o acórdão lá proferido e transcrito no parecer do Dr. Procurador de Justiça:

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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)

Em conclusão, não há qualquer possibilidade de acolhimento da preliminar suscitada.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

4. Quarta prefacial. Nulidade absoluta do processo por perda da chance de realização de prova substancial.

A respeito dessa questão, valho-me, mais uma vez, e agora integralmente, do douto parecer do Dr. Procurador de Justiça, cujos fundamentos, por imelhoráveis, adoto como razões de decidir, passando a transcrevê-los:

(...)

Quanto ao suposto cerceamento de defesa ocorrido durante o cumprimento de carta precatória na Comarca do Rio de Janeiro, não há demonstração de prejuízo a ensejar a nulidade arguida.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a testemunha Walter Vilar foi devidamente inquirida, conforme fls. 1209/12811.

Por outro lado, a recusa ao adiamento da audiência não causou prejuízo à defesa, pois o réu Elissandro conta com pelo menos dois defensores atuantes no feito – os mesmos que subscrevem as razões recursais. Assim, ainda que um deles tivesse outra audiência no mesmo dia, não haveria impedimento para o comparecimento do outro à solenidade no juízo deprecado.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Aliás, conforme se verifica da fl. 12809, a defesa de fato compareceu àquela comarca para a oitiva da testemunha, mas acabou se retirando do recinto do Foro devido ao atraso da magistrada, a fim de não "perder a passagem aérea e ainda ter que se desdobrar atrás de hotel" (conforme memoriais da fl. 13987).

Sobre o incidente, transcrevo, por oportuno, aquilo que consta da ata de audiência:

"Certifico e dou fé que, com relação à petição do Advogado do primeiro denunciado (Elissandro Callegado Spohr), Dr. Jader Marques (OAB/RS 39.144), impõe-se esclarecer o seguinte: 1) a MMA. Juíza Auxiliar, Dra. Viviane Ramos de Farias, ingressou no recinto da audiência precisamente às 13:50 horas, sendo que informada que o referido causídio já se retirara; 2) Caso a MMA. Juíza Auxiliar não pudesse comparecer, a audiência seria realizada assim mesmo, já que o MM. Juiz Titular, Dr. Jorge Luiz Le Cocq D'Oliveira, encontrava-se, desde cedo, em seu gabinete; 3) A ausência daquele causídico só foi constatada porque o mesmo recolheu discretamente a sua carteira da OAB/RS (que havia sido entregue a esse Secretário) e não comunicou a nenhum servidor que iria retirar-se; 4) Se realmente existiu a informação prestada pelo Dr. Defensor



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Público, no sentido de que “não haveria a presença do segundo Defensor”, a mesma não se revestia de caráter oficial e não impedia a realização do ato processual, já que advogados dativos poderiam ser nomeados. 5) O Dr. Jonas Stecca (OAB/RS 81501), Advogado da Assistência do Ministério Público recebeu ligação telefônica realizada pelo Dr. Jader Marques, às 14:45 horas, afirmando que não poderia retornar, pois já estava próximo do aeroporto, causando estranheza, já que sua petição foi protocolizada às 14:43 horas”

De qualquer forma, as intercorrências havidas naquela comarca e o possível tratamento desrespeitoso recebido pelos advogados, não podem ser atribuídas ao juízo.

Parece lógico, todavia, que se a testemunha pretendida era tão importante para a defesa, o atraso da juíza poderia ter sido tolerado em prol do objetivo maior, com a posterior adoção da providências cabíveis, como a reclamação dos defensores à Corregedoria da Justiça daquele Estado.

E nesse cenário, não pode agora a parte alegar nulidade para a qual tenha dado causa ou concorrido, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal.

(...)



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Não é preciso dizer mais para concluir-se pela rejeição de mais essa preliminar.

5. Quinta prefacial. Audiência em carta precatória presidida pela autoridade com jurisdição no juízo deprecante e não deprecado.

Neste passo, pretende a defesa do réu Elissandro a nulidade do feito porque as inquirições das testemunhas em cartas precatórias enviadas para várias comarcas do Estado foram realizadas pelo MM. Juiz titular da 1ª Vara Criminal de Santa Maria, e não pelos vários titulares dos juízos deprecados.

Efetivamente, não há previsão legal relativa a esse procedimento. Entretanto, como está dito nas próprias razões recursais, o Colendo Conselho da Magistratura, no âmbito de suas atribuições, em outubro de 2013, quando estava prestes a se iniciar a instrução criminal, instaurou regime de exceção referente a este feito, autorizando aquele magistrado a presidir todas as audiências deste processo em outras comarcas, o que efetivamente foi feito.

É óbvia a razão determinante daquele ato: a magnitude deste feito, especialmente no que tange à colheita da prova oral, sabendo-se que incontáveis vítimas sobreviventes e testemunhas residiam em variados municípios



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

deste e de outros Estados. Se se procedesse na forma preconizada no estatuto processual penal, com a expedição de cartas precatórias para incontáveis comarcas e as audiências dependendo de inúmeras intimações, submetidas a prazos e sujeitas a freqüentes adiamentos, o processo estaria fadado à eternização.

Foi, portanto, sábia e prática a decisão do Conselho da Magistratura, que, embora não tenha previsão na legislação processual, também não encontra obstáculo nessa mesma legislação ou na Constituição Federal ou mesmo em qualquer princípio informador do nosso ordenamento jurídico.

A propósito, reconheço que hoje existe uma tendência, talvez emergente do chamado garantismo penal, no sentido de que "a forma é uma garantia", como está dito em excerto de obra do Prof. Aury Lopes Júnior transcrita nas razões do presente recurso.

Com todo o respeito aos que seguem essa orientação, continuo considerando o caráter instrumental das normas processuais, as quais, portanto, podem e devem ser relativizadas, desde que não tragam prejuízo para a defesa e não firam a paridade de armas entre as partes, e não observadas e cumpridas



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

como se fossem textos sagrados, ainda que desprovidas de qualquer sentido prático.

Ademais, tenho que a questão se encontra preclusa, na medida em que não houve qualquer insurgência da defesa contra aquele ato do Conselho da Magistratura em tempo oportuno, tendo sido realizada sob a sua égide toda a instrução criminal, com a ouvida das testemunhas pelo Juiz do feito em variadas comarcas.

Em conclusão, afasto também essa alegada causa de nulidade, reconhecendo a plena regularidade da tramitação processual.

6. Sexta prefacial. Nulidade da sentença por omissões quando da constatação do envolvimento de outras pessoas.

A esse respeito, penso que o judicioso parecer do Dr. Ivan Melgaré, como sempre ponderado e justo, esclarece perfeitamente a suposta controvérsia. Assim sendo, permito-me mais uma vez invocar seus argumentos como razões de decidir, porque não o faria melhor e também em homenagem ao trabalho daquele brilhante membro do Ministério Público:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No tocante às alegadas omissões da pronúncia quanto ao envolvimento de outras pessoas, mais uma vez improcede a arguição.

Primeiro porque, ao contrário do sustentado, a decisão não é omissa, conforme fundamento à fl. 14119, tendo o juízo determinado vista dos autos ao Ministério Público para que requeresse o que entender cabível acerca da participação de terceiros, inclusive o poder público, no trágico resultado.

Segundo, porque a insistente tentativa de responsabilização de terceiros já foi discutida nas instâncias cabíveis, com o arquivamento dos respectivos feitos.

Terceiro, porque o Ministério Público, titular da ação penal, teve vista dos autos e não entendeu pertinente o aditamento, conforme manifestação da fl. 14.128.

Por último, porque a regra do art. 417 do Código de Processo Penal não é absoluta, pois mesmo que se verificasse a participação de outras pessoas no fato, seria facultativa a separação dos processos, nos termos do art. 80 do mesmo diploma legal.

7. Sétima prefacial. Incompatibilidade entre dolo eventual e crime tentado.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Pretende ainda a defesa do réu Elissandro, como esclarece nos requerimentos finais do recurso, "seja anulado o processo em relação à (incompatível) acusação de tentativa de homicídio (...) diante da impossibilidade de convivência do dolo eventual com a modalidade tentada".

A alegação, que evidentemente diz respeito ao mérito, não constituindo causa de nulidade, já foi versada em dois Habeas Corpus, o primeiro de nº 70054351861, impetrado pelo mesmo defensor do réu Elissandro, e o segundo de nº 70055207757, impetrado pela defesa do réu Mauro, ambos pretendendo o trancamento da ação penal relativamente aos homicídios tentados, sendo que, na motivação deste, utilizei os mesmos fundamentos lançados no julgamento do *writ* anterior, os quais passo a reproduzir:

Por derradeiro, entre as várias e bem fundamentadas alegações formuladas no presente writ, o impetrante tangencia a questão da incompatibilidade entre a tentativa de dolo eventual, inclusive citando precedente de minha lavra.

Assim sendo, para não deixar passar in albis, deixo aqui assentado que tenho posição firmada nesse sentido, ou seja, que há uma incompatibilidade lógica entre o dolo eventual e o delito tentado, na medida em que, nessa hipótese, não há um resultado visado pelo agente e, portanto, não há



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

possibilidade desse resultado, que não é desejado, ser abortado por circunstância alheia à vontade daquele. Mas sou obrigado a reconhecer que esse entendimento é minoritário na doutrina e sequer é tranqüilo nesta 1ª Câmara Criminal, onde seguidas vezes fiquei vencido a respeito do tema.

Aliás, é forçoso reconhecer que, mesmo em relação aos homicídios consumados, é duvidosa a conduta dolosa dos agentes, ainda que, em tese, possível.

De qualquer sorte, trata-se de matéria a ser analisada no momento próprio, após o decorrer da instrução criminal, também não constituindo causa de inépcia da denúncia.

Por tal razão, ou seja, porque a alegada incompatibilidade entre o dolo eventual e o delito tentado não enseja a nulidade do feito, rejeito igualmente essa preliminar.

8. A partir daqui, as razões recursais apresentadas em favor do réu Elissandro, como já ocorria na prefacial anteriormente analisada, trazem alegações relativas ao mérito, como a incompatibilidade entre o dolo eventual e as circunstâncias qualificadoras constantes da denúncia e a própria



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

impossibilidade fático-jurídica da imputação de dolo eventual, embora trate essas questões como causas de nulidade do feito.

Assim sendo, deixo de apreciar tais questões em sede de preliminar, mesmo porque serão analisadas mais adiante, juntamente com os fundamentos dos recursos dos demais acusados, como foi referido no início deste voto.

Contudo, antes de encerrar esta parte do pronunciamento, não posso deixar de referir que, ainda que se verificasse algum pequeno defeito processual, o que admito apenas *ad argumentandum*, mas que seria compreensível num feito como o presente e nestes autos de dimensões inusuais, tal não ensejaria a anulação do processo, a não ser que plenamente demonstrado prejuízo para a defesa, eis que ainda vige em nosso sistema processual o princípio do prejuízo, expresso na vetusta fórmula francesa *pas de nullité sans grief*.

Tal prejuízo, é certo, não ocorreu no caso vertente, tendo sido o processo muito bem conduzido pelo ilustre magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Em conclusão, reconheço a plena higidez do processo e passo ao exame da matéria de fundo.

MÉRITO

A materialidade dos fatos descritos na denúncia, ainda que englobadamente, como já foi dito, ou seja, as 242 mortes consumadas e as 636 mortes alegadamente tentadas, está demonstrada de forma cristalina nos presentes autos, para usar a expressão empregada pelo sentenciante quando inicia o exame desse *thema decidendum*.

Com efeito, o caderno processual contém os autos de necropsia, os autos de exame de corpo de delito relativos às vítimas sobreviventes, os depoimentos de peritos médicos legistas e, como se isso não bastasse, as chocantes fotografias das vítimas mortas e feridas.

Na realidade, não existe controvérsia a respeito do tema, salvo as alegações relativas a 14 vítimas sobreviventes levantadas pela defesa do recorrente Elissandro numa das preliminares acima examinadas, quando foi



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

decidido que tais alegações eram irrelevantes diante do número total de ofendidos e do concurso formal apontado na denúncia.

De sorte que, nesse ponto, me reporto aos doutos fundamentos da sentença recorrida, na qual o magistrado, ao longo de mais de três laudas, analisa detidamente os elementos comprobatórias da materialidade dos dolorosos fatos imputados aos ora recorrentes.

Da mesma forma, ainda que esse ponto seja controvertido, tenho que não merece reparos a sentença hostilizada quando reconhece a autoria dos acusados relativamente às condutas descritas na peça acusatória inicial.

Não há dúvida de que o recorrente ELISSANDRO, além de sócio proprietário da boate, efetivamente gerenciava o estabelecimento, sendo responsável por todas as providências descritas na denúncia, que alegadamente teriam resultado no incêndio que determinou as mortes e as lesões sofridas por todas as vítimas.

Também é indubioso que os réus LUCIANO e MARCELO, integrantes da banda Gurizada Fandangueira, que então se apresentava no palco da boate, realizavam um *show* pirotécnico, sendo que o primeiro acoplou o dispositivo na mão do segundo, o qual acionou o dispositivo, que acabou



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

provocando diretamente o incêndio, ao atingir a espuma que revestia o teto da casa noturna.

No exame da autoria ou participação dos acusados, preocupei-me unicamente com a posição do acusado MAURO, diante das informações de que este seria apenas sócio investidor do estabelecimento, em cuja sociedade ingressara tardiamente, sem qualquer ingerência na administração da boate, ou seja, na organização das festas, na contratação das bandas, no funcionamento diário do estabelecimento, no treinamento e na fiscalização dos funcionários, nos procedimentos de rotina e, conseqüentemente, nas medidas de segurança em favor de seus freqüentadores.

Como não existe responsabilidade penal objetiva, se sua participação fosse apenas a que ele alega, não haveria sequer possibilidade de sua inclusão no pólo passivo da ação penal e muito menos de sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri ou pelo juiz singular.

Relendo a sentença, porém, convenci-me de que há elementos indiciários de participação do réu MAURO na gestão do estabelecimento, talvez participação menos assídua e menos efetiva do que a de KIKO (Elissandro), mas suficiente para até este estágio do processo mantê-lo na condição de acusado.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tais elementos exsurtem da seguinte passagem da sentença guerreada, que, embora longa, permito-me transcrever, eis que nela o digno sentenciante expõe as razões pelas quais conclui pela participação do réu MAURO no trágico episódio de que se trata:

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado MAURO quanto aos fatos articulados pela denúncia. (fls. 14.104 v. a 14.107).

Diante de todos esses elementos probatórios minuciosamente examinados pelo decisor, é forçoso concluir que está demonstrada, *quantum satis*, a participação do recorrente MAURO, não sendo possível, ao menos no atual estágio do processo, seu afastamento do pólo passivo.

Reconhecidas, pois, a materialidade e a autoria dos fatos descritos na denúncia, passo à análise da questão do dolo eventual, que constitui o ponto nodal do presente processo, como se constata no longo e complexo debate travado neste caderno processual, superando todos os outros argumentos aqui expendidos, até porque a admissão dessa modalidade da culpabilidade levará os acusados a julgamento pelo Tribunal do Júri, ao passo que seu afastamento acarretará a desclassificação do fato para crime de competência do juiz singular.

DOLO EVENTUAL



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Antes, porém, de adentrar no âmago do *thema decidendum*, cabe registrar, por uma questão de justiça, que merecem os maiores encômios a sentença ora objurgada, da lavra do Dr. Ulysses Fonseca Louzada, que, além de ter conduzido com firmeza e ponderação este complexo feito, deu uma verdadeira aula de Direito Penal e de Processo Penal naquele ato decisório, repleto de erudição ao longo de suas quase duzentas laudas.

A propósito, não custa observar que, após analisar as prefaciais argüidas nos memoriais oferecidos pelos nobres defensores dos réus e de apreciar de forma minudente a materialidade e a autoria dos fatos a eles imputados, o sentenciante refaz a trajetória da instituição do Tribunal do Júri, desde seus primórdios até sua configuração no sistema processual penal brasileiro atual, concluindo com a teorização das quatro hipóteses que se antepõem ao juiz neste momento do processo: a pronúncia, a absolvição sumária, a impronúncia e a desclassificação.

Ao depois, debruça-se o magistrado sobre a Teoria Geral do Delito, expondo com razoável profundidade todas as formulações jusfilosóficas que definem o crime e suas variadas nuances, até chegar à questão que propriamente interessa ao caso vertente, ou seja, a presença ou não do dolo



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

eventual nas condutas dos acusados que resultaram no evento conhecido como a tragédia da boate Kiss, com seu séquito de mortos e feridos.

Não pretendo tecer aqui vastas digressões teóricas a respeito do dolo eventual, além do que seja necessário para enfrentar a controvérsia posta nos presentes autos, mesmo porque tais considerações já se encontram na sentença, assim como povoam copiosamente inumeráveis obras doutrinárias.

O que me parece relevante, de início, é deixar assentado, embora pareça óbvio, que há que distinguir o resultado e a conduta que a ele conduziu. No caso *sub examen*, como já foi dito reiteradas vezes, o resultado do evento, mais do que conhecido de toda a sociedade brasileira, é de uma magnitude trágica que foge mesmo à compreensão humana. Tal não significa, porém, que a conduta dos acusados, só por isso, possa ser considerada dolosa, impondo-se a análise do elemento subjetivo na hipótese concreta, considerando-se a sutil diferença teórica entre a culpa consciente e o dolo eventual: neste o consentimento do agente com o resultado previsto, embora não desejado, naquela a ausência do consentimento, mas a crença de que o resultado não advirá.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Com efeito, o Código Penal de 1940, que ainda vige e, nessa parte, está inalterado, adotou a teoria do consentimento, consoante a melhor doutrina sobre o assunto, exigindo, para a caracterização daquela forma da culpabilidade, não só a consciência e a vontade, como delimitam outras teorias, mas o consentimento do agente com o provável resultado danoso.

Nesse sentido é a singela lição de Alberto Silva Franco, em seu "Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial":

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esse dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual que, como observa Diaz Palos, "es dolo antes que eventual. (Dolo Penal, Barcelona, p. 97). E, por ser dolo e, desta forma, por exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com o desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam por completo do momento volitivo. Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atue consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível consequência acessória. Não é exatamente no nível atingido pelas possibilidades de



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

concretização do resultado que se poderá detectar o dolo eventual e, sim, numa determinada relação de vontade entre esse resultado e o agente. Daí a posição mais correta dos defensores da teoria do consentimento que se preocupam em identificar uma manifestação de vontade do agente em relação ao resultado. Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de querê-lo. Precisa, portanto, a observação de Wessels (Direito Penal, Parte Geral, p.53), no sentido de que "existe dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento do que renunciado à prática da ação".

Não é outro o entendimento do mais brilhante penalista pátrio, o Ministro Nelson Hungria, que participou da elaboração do próprio Código Penal



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

e que, após longas considerações em torno do dolo eventual, repletas de exemplos práticos e de citações do Direito Comparado, conclui o seguinte:

Não é este o ponto de vista do Código. Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer. Pela leitura da Exposição de Motivos, não padece dúvida de que o Código adotou a teoria do consentimento. Diz o Ministro Campos: "Segundo o preceito do art. 15, I, o dolo (que é a mais grave forma da culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (effectus sceleris), como quando assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica ex ante, presta anuência ao seu advento." (Comentários ao Código Penal, vol. I, Ed. Revista Forense, 1949).

Postas essas premissas básicas (consciência e vontade + consentimento), adianto que não vislumbro na espécie o agir doloso dos acusados. Aliás, desde a peça exordial, as várias circunstâncias apontadas pelos



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

ilustres Promotores de Justiça como indicativas do dolo eventual, afeiçoam-se muito mais, a meu juízo, ao conceito de culpa (consciente ou inconsciente, não importa), constituindo condutas imprudentes ou negligentes e, portanto, inserindo-se na previsão do art. 18, II, do estatuto repressivo.

Ainda que enfadonho, impõe-se a transcrição daquelas circunstâncias, para salientar que nenhuma delas contém os elementos necessários à configuração do dolo eventual acima referidas:

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 para 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 (...);



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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 para a saída, justamente onde as pessoas se aglomeravam para tentar deixar o prédio.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Como acima foi mencionado, penso que todas essas circunstâncias constituem indícios de culpa dos acusados, que teriam agido com imprudência e negligência, mas não caracterizam o dolo eventual, porque delas não se extrai qualquer consentimento dos réus com o resultado danoso.

Da mesma forma, a prova produzida e reproduzida na sentença hostilizada, que não pretendo transcrever neste voto que já vai mais longo do que pretendia este Relator, também não aponta para uma conduta dolosa por parte dos acusados.

O que se tem de fato é que a boate funcionava regularmente, ainda que com algumas pendências, mas sem qualquer obstáculo por parte das autoridades encarregadas de sua fiscalização (Ministério Público, Prefeitura Municipal, Corpo de Bombeiros), que não embargaram o estabelecimento, nem exigiram cuidados especiais com sua disposição ou seu revestimento. De igual sorte, o show pirotécnico já havia sido realizado anteriormente, sem qualquer incidente. Desses elementos examinados perfunctoriamente já extraio que não havia qualquer representação do possível resultado, e muito menos o consentimento com as mortes e lesões que advieram do incêndio.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Em conclusão, tenho que, não obstante o brilho do sentenciante e embora reconhecendo a complexidade fática e jurídica do feito, não se pode manter a decisão pronunciatória, eis que não demonstrado o agir doloso dos recorrentes, única hipótese de sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri.

A propósito, tendo em vista o que está dito na sentença, sou obrigado a registrar que a competência do Tribunal do Júri se limita ao exame da matéria de fato, e não a questões teóricas de Direito, que refogem ao conhecimento dos juízes leigos. Ora, a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente é um dos mais tormentosos temas do Direito Penal, repleto de nuances, abstrações e sutilezas, o que, por evidente, não pode ser entregue à apreciação dos simples representantes da sociedade.

Assim sendo, diante das conclusões a que cheguei, impõe-se seu reconhecimento neste momento processual.

Entretanto, como já ficou ao menos tacitamente assentado, não é cabível, nem a absolvição sumária, nem a impronúncia dos acusados, eis que a situação não se enquadra em qualquer das hipóteses dos arts. 414 e 415 do Código de Processo Penal, havendo indícios de culpa em sua conduta, o que impõe a desclassificação dos fatos, nos termos do art. 419 daquele estatuto.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Por derradeiro, reconhecida a ausência de dolo eventual em toda a conduta imputada aos réus, resta prejudicado o exame de algumas controvérsias jurídicas trazidas à baila pelos nobres defensores, como a incompatibilidade entre a tentativa e o dolo eventual e a incompatibilidade entre este e as circunstâncias qualificadoras do delito.

Em face do exposto, REJEITO as prefaciais argüidas e DOU PROVIMENTO aos recursos, para desclassificar os fatos descritos na denúncia para crimes diversos daqueles elencados no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal.

É o voto.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (REDATOR)

Compartilhar uma tragédia tem sido, talvez, a suprema tarefa da literatura universal. De modo absolutamente mais modesto, nosso dever é apenas avaliar se a acusação, nos termos em que estabelecida na sentença de pronúncia, reveste-se de viabilidade e sustenta-se jurídica e faticamente, ou seja, verificar se, neste momento, quatro anos depois do evento, o Ministério Público



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

tem um caso, e qual sua moldura, para levar aos cidadãos que, positiva a resposta, então sim, terão que atribuir o significado social último aos fatos sob exame.

Decidir não significa, nem por um instante, esquecer que se caminha, neste processo, por uma corda estendida sobre um abismo de dor, a desafiar compreensão.

Já na arrancada, é preciso dizer o que não esperar deste Colegiado, num exercício prévio de humildade. Antes de tudo, perceba-se que o Direito penal tem um olhar específico para descrever e avaliar a tragédia, uma linguagem muito estreita para dar conta de todas as expectativas sociais, não só emocionais como cognitivas.

Com esse léxico restrito, então, resta escolher as palavras e reconhecer que as mães e os pais das vítimas – independente da narrativa jurídica do fenômeno e lidando com sua profundidade abissal de dor – têm exercido corajosamente uma heróica luta por dignidade.

E certamente não ajudou, no sensato esforço dos que ficaram a buscar sentido, a estratégia da persecução penal concentrada como bala de prata, como (quase) única resposta estatal, a ausência de responsabilidade política, a diluição da responsabilidade administrativa, palpável o transbordar da



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

ansiedade com a inversão paroxística das expectativas, diante de mães e pais "órfãos"¹ que viram réus, do prefeito que vira secretário de segurança. Não vai, aqui, adminículo de juízo de valor sobre as escolhas pessoais e políticas que estiveram na origem destes desdobramentos. Apenas descrição.²

Preciso ainda registrar, de público, meu profundo respeito a todos os profissionais que atuaram neste feito. Polícia, peritos, Ministério Público,

¹ Reparei que a língua portuguesa, como outras, não tem uma palavra para designar pais e mães que perderam os filhos.

² Editorial ZH, 03/02/2017, p. 20, **Quando a conciliação se impõe**: "O episódio judicial envolvendo promotores públicos e familiares das vítimas da boate Kiss merece um tratamento mais humano e menos inflexível. (...) De novo a tragédia da Kiss deverá atrair atenção internacional (...) pela absurda e inexplicável possibilidade de os pais das vítimas serem punidos antes dos réus do processo original. O caso Kiss, que resultou em 242 mortes e centenas de feridos devido à leniência, irresponsabilidade e até mesmo convivência de quem deveria ter feito valer a lei com fiscalização preventiva, jamais poderá ser encarado como normal. Não se pode querer que pais e parentes de vítimas da imprudência oficial ajam sempre de forma comedida ou renunciem a manifestações de inconformidade com o ocorrido." – **"Por que Sartori escolheu Schirmer para a Segurança** - Alertado para a repercussão negativa de nomear justo para a segurança o "prefeito da Kiss", Sartori foi em frente e resolveu dar ao amigo uma chance de renascimento político" (ZH, Rosane de Oliveira, 03/9/2016); **Entidades se dividem sobre escolha de Cezar Schirmer para a Segurança** - Prefeito de Santa Maria assume a pasta após crise que resultou na queda de Wantuir Jacini (...) Todos, no entanto, receberam a indicação com surpresa, já que recentemente Schirmer esteve na polêmica envolvendo a responsabilidade pela tragédia na Boate Kiss." (Clicrbs, 02/9/2016).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

advogados, nas defesas e na assistência à acusação, magistrados e servidores. De tudo que li e compulsei, todos honraram seus deveres, cumpriram seus papéis com denodo e muita competência, de modo que aqui chegamos depois de um procedimento que efetivamente foi marcado pelo contraditório e pela ampla defesa. Por dever de consciência, anoto, apenas, que se disse, à fl. 14.652, parecer que nenhum juiz ou tribunal terá coragem de dizer o direito como ele é, diante da pressão da mídia e das famílias. Não me soa justo com este Colegiado... Recém ouvimos o voto do Desembargador Manuel Lucas. Há quatro anos, ainda no clamor dos fatos, a Câmara concedeu *habeas corpus* aos réus, decisão às escâncaras antipática à opinião pública nacional.

Para ordenar o voto e evitar suspense, antecipo. **Quanto às preliminares, estou acompanhando o eminente Relator** e rejeitando-as, por tudo que já foi assentado. **No mérito, todavia, conjurando todas as vênias possíveis, vou divergir.**

Na leitura que alcanço de seu voto, profundo, maduro, corajoso e bem fundamentado, tendo adotado a teoria do consentimento em relação ao dolo eventual, o ilustrado Relator observou que os vetores indicados na denúncia, vistos individualmente, caracterizam negligência ou imprudência. A boate Kiss funcionava regularmente, nenhuma autoridade a fechou ou exigiu



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

cuidados especiais, o próprio show já se realizara antes sem incidentes. Portanto, não havia representação do possível resultado e muito menos consentimento com as mortes.

Como minha convicção é diversa, precisarei considerar outras questões. Articulei em cinco seções principais minha fundamentação: (1) o horizonte da decisão; (2) as diretrizes metodológicas que adotei para aproximar-me do caso; (3) a referência teórico-pragmática que me orientou na análise do dolo eventual; (4) o enfrentamento jurídico-penal do caso propriamente dito; (5) e o Tribunal do Júri como garantia institucional.

Na discussão mais técnica (4), avancei por quatro desdobramentos. Primeiro, analisei se a narrativa (a estrutura lógico-axiológica) acolhida pela sentença de pronúncia é plausível (4.1); segundo, verifiquei a relativa segurança das premissas empíricas, o que implicou diálogo mais detalhado com as partes e o material probatório (4.2); terceiro, para afirmar que é possível, neste caso, imputar tentativa de homicídio com dolo eventual (4.3); quarto, para fazer recuar a extensão típica, excluindo as qualificadoras da acusação (4.4).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Aprendi que não basta o esforço para fazer justiça, é preciso ver que se faz justiça.³ Sigo, então, meu percurso.

1. Horizonte da decisão

A primeira linha de tensão que percebo decorre de lidar com um evento global, de imagens instantâneas, signos horripilantes multiplicados por compartilhamento virtual. Pois este suceder de dimensão planetária, no bojo da sociedade do espetáculo que, acelerada, clama por alguma consequência, calhou de ser lançado para o enquadramento normativo do Estado-Juiz, ainda muito atrelado à galáxia Gutenberg. Duas velocidades que fatalmente se chocam, a da sociedade exasperada pela urgência e aquela do diário oficial que no limite demarca a eficácia de muitos atos dos poderes públicos.

Isso tem muitas implicações e merece uma pequena digressão.

³ A frase “ver que a justiça foi feita” foi proferida por Lorde Hewart em 1923 (*Rex v. Sussex Justices Ex parte McCarthy* (1923) All ER 233), ao advertir que “se deve ver clara e indubitavelmente que foi feita” a justiça. A citação é de SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 428-9, que explora de diversas perspectivas a “clara ligação entre a objetividade de um juízo e sua capacidade de enfrentar o exame público”. Publicidade e dever de fundamentar, no mínimo.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Vivemos em sociedades midiáticas e espetaculares, uma esfera pública na qual *clicks*, um *post*, um *like*, imagens capturadas pelos meios de comunicação vagam em velocidade alucinada. Duas constatações imediatas, com reflexos neste processo. Primeiro: soubemos, todos os Juízes deste país, do evento e de suas consequências – esquadrinhado e escancarado – antes de qualquer possibilidade de mediação pelas autoridades.⁴ Mais que soubemos! Olhamos, escutamos, sentimos, lamentamos (certo que isso não afeta a imparcialidade, mostra a falácia da neutralidade, pois aqui chegamos, como sempre, aliás, eivados de pré-compreensões). Segundo: como eventualmente passa a ocorrer noutros processos, temos, nos autos e no reino dos *smartphones*, imagens que foram gravadas *in loco*, pelos participantes, e que fazem parte do acervo probatório.

⁴ “O meio digital é um meio de *presença*. A sua temporalidade é o presente imediato. A comunicação digital distingue-se pelo facto de as informações serem produzidas, enviadas e recebidas sem a mediação de intermediários. Não há mediadores que as dirijam ou as filtrem. Qualquer instância de mediação é cada vez mais firmemente excluída. A mediação e a representação são percebidas como opacidade e ineficácia, como um fator de congestionamento dos fluxos temporal e da informação.” (HAN, Byung-Chul. *No enxame: reflexões sobre o digital*. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2016, p. 27).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Numa perspectiva crítica quanto à sociedade da transparência em que vivemos, Byung-Chul Han nota que ela também é uma sociedade acelerada, despojada “de toda a narratividade, de toda a direção, de todo o sentido”.⁵

Há mais, porém, a afetar o processo como instância narrativa e a indicar o crescente desencontro entre sociedade e Estado.

O mesmo ano de 2013, de cujo 27 de janeiro estamos a tratar, um pouco adiante, pelos seus meados, também foi pródigo de imagens captadas no olho das ruas e que desfilaram em torrentes pelo Brasil. Foram, na origem, demandas por melhorias de mobilidade urbana⁶ que conduziram ao paroxismo de junho de 2013. Em 20 de junho de 2013, num único dia, houve protestos em 388 cidades do país, com um milhão e duzentas e cinquenta mil pessoas nas ruas; mais, talvez principalmente, as autoridades estavam perplexas, “não conseguiam compreender como é que a fúria tinha começado (...) deixando um

⁵ HAN, Byung-Chul. *A sociedade da transparência*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2016, p. 47). “São obscenas a hiperatividade, a hiperprodução e a hipercomunicação que se aceleram para lá do fim”.

⁶ Neste processo, por coincidência, a Secretaria Municipal de Controle e Mobilidade Urbana e Fiscal de Santa Maria esteve sempre na berlinda.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

rastro pesado de desmoralização do Estado, depredações generalizadas – e mortes.”.⁷

Não é possível detalhar a sequência dos eventos, neste espaço. Inegável, entretanto, o “descompasso de temporalidades entre a comunicação do mundo da vida (bem como da esfera pública) e a comunicação própria do Estado”. A máquina estatal, com seus passos de chumbo, torna-se incompatível com as demandas da sociedade civil (o tema é mundial), fazendo os governantes sentirem a terra a tremer sob os seus pés.⁸

Quantas autoridades, neste emaranhado político-administrativo-penal do caso Kiss, que se consideram injustiçadas? E quantos cidadãos estão fartos do que percebem como inaceitável impunidade? E os quatro anos transcorridos? Uma demasia, para muitos.⁹ Ou uma duração razoável, talvez

⁷ BUCCI, Eugênio. *A forma bruta dos protestos: das manifestações de junho de 2013 à queda de Dilma Rousseff em 2016*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, pp. 24-5.

⁸ BUCCI, 2016, pp. 76-7.

⁹ ZH, 27/01/2017, estampou manchete de capa com uma foto onde se vê, entre marcas que parecem de mãos ensangüentadas, a palavra JUSTIÇA e o os algarismo 242; ao lado: “UM **NÚMERO QUE GRITA** – Quatro anos depois, ninguém está preso em razão do processo que apura responsabilidades pelo incêndio na boate Kiss, em Santa Maria.”. Nada obstante, às pp. 6-8, a própria reportagem esmiúça “diferentes compassos da lei”, para comparação com casos similares. Fico apenas com os dois primeiros. Em Rhode



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

relativamente célere, para outros. A perspectiva, óbvio, depende da fresta pela qual olha o observador. Na lógica da persecução penal, dada a magnitude do julgamento, as coisas andaram como parece possível. Tenha-se em conta a complexidade do evento, com quase um milhão de vítimas, uma investigação que dependeu de provas periciais e técnicas, denúncia contra quatro acusados principais, oitiva de mais de duzentas pessoas, 64 audiências em lugares diversos, tudo demarcado pelas exigências constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, com vários *habeas corpus* (já com manifestações do STJ e do STF) e encadeado em 96 volumes e cerca de 20 mil páginas.¹⁰

Duas observações. Por um lado, espera-se, de um processo penal democrático, **racionalidade**, que se opõe à emocionalidade, "que é subjetiva,

Island, Estados Unidos, houve 100 mortos e 230 feridos (The Station, 20/2/2003) – quatro anos depois, havia três condenados no processo principal (pena mais alta de 4 anos) e nenhum agente público penalizado. Destaca-se, no ponto, que parece que houve *plea bargain*, espécie de acordo entre acusação e defesa, algo de todo impossível diante do ordenamento legal brasileiro. Em Buenos Aires, Argentina, houve 194 mortos e 1.432 feridos (República Cromañón, 30/12/2004) – quatro anos depois, não havia nenhum condenado no processo principal, mas o prefeito Aníbal Ibarra foi destituído pelo Legislativo e ficou inabilitado por 10 anos.

¹⁰ É de convocar outra vez HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – neoliberalismo e novas técnicas de poder*. Lisboa: Relógio D'Água, 2015, p. 47. O traço característico da atual sociedade de informação seria não a eliminação, mas a multiplicação das palavras".



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

situacional e volátil. (...) a aceleração da comunicação favorece a sua emocionalização, uma vez que a racionalidade é *mais lenta* do que a emocionalidade.¹¹ Por outro, há que atentar para a armadilha do *dataísmo*, seja no sentido de se ficar soterrado por dados (que antes escondem que revelam), seja porque: “Os dados e os números não são narrativos, mas aditivos. O sentido, pelo contrário, radica numa narrativa. Os dados colmatam o vazio de sentido.”¹²

Convicto de que **o processo substancia-se como estrutura narrativa orientada para a pacificação social com justiça**,¹³ penso, novamente com Han, que “mais informação não leva necessariamente a melhores decisões. (...) A faculdade superior de julgar tende hoje a atrofiar-se devida à massa pululante e crescente de informação. É frequente que um *menos* de saber e informação produza um *mais*.”¹⁴

¹¹ HAN, *Psicopolítica*, p. 55.

¹² HAN, *Psicopolítica*, pp. 66-8.

¹³ Como ideia geral, vejo linhas de confluência com FACCINI NETO, Orlando.; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: SALGADO, Daniell de Resebde; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de Queiroz. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. , p. 27-52.

¹⁴ HAN, *A sociedade da transparência*, p. 15.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Com olhos no descompasso de velocidades, nota-se que a “adição é mais transparente que a narração. Só é possível acelerar um processo que seja *aditivo*, e não *narrativo*. (...) A sociedade da transparência elimina todos os rituais e cerimônias, na medida em que estes não podem tornar-se operacionais, porque são um obstáculo à aceleração dos ciclos da informação, da comunicação e da produção.” e que a *terminação*, “em sentido estrito, só no interior de uma narrativa é possível”, sem a qual “o final é somente uma rutura que dói e aturde. Só no final de uma narrativa o final pode aparecer como *consumação*.”.¹⁵

Some-se o espetáculo (a pirotecnia está na gênese do processo físico causador do fogo fatídico), a aceleração e a repercussão midiática,¹⁶ e pode-se quase antever o tom de entrevistas de autoridades aturdidas, algumas empenhadas na preservação das reputações.

Por outro lado, para além da discussão sobre a inteligência do art. 401, § 1º, do Código de Processo Penal, já devidamente realizada pelo nobre Relator ao rejeitar a primeira e a terceira prefaciais da defesa de Elissandro,

¹⁵ HAN, *A sociedade da transparência*, pp. 48-50.

¹⁶ Veja-se, para ilustrar, à fl. 545, a defesa de Elissandro reclamar de uma fotografia (que interessaria ao processo) postada na página do Facebook de uma autoridade policial.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

parece muito claro que ouvir todas as 636 vítimas sobreviventes, depois de colher o depoimento de 114 vítimas ao longo de 31 audiências, não passaria de *adição*, sem acrescentar qualquer *sentido* relevante à narrativa processual.

2. Diretrizes metodológicas (para aproximar-se do caso)

A lei penal, com a expressão "assumiu o risco" (de produzir o resultado), recorreu a uma "pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo". Se reconhecido que o agente, com sua conduta no mundo da vida, assumiu o risco, conforme a hipótese legislativa, a consequência jurídica será tratar o fenômeno como crime doloso. Não se trata de enunciado destituído de conteúdo, uma fórmula vazia pseudonormativa compatível com quase todas as formas concretas e regras de comportamento. Ao invés, tais pautas (como boa-fé ou justa causa) "contêm sempre uma idéia jurídica específica que decerto se subtrai a toda a definição conceitual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites. Estas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição. Os tribunais consideram-se de certo



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

modo como 'caixas de repercussão' dessa consciência jurídica geral e, neste sentido, orientam-se predominantemente pelos exemplos de decisões tidas como inquestionáveis ou corroboradas por uma larga jurisprudência."¹⁷

No caso dos autos, salta aos olhos a falta de precedentes mais específicos.¹⁸ Aliás, não abundam constelações fáticas que, tendo "domesticado" previamente a pauta valorativa do dolo eventual (em si um problema conceitual) – com a exceção (não aplicável aqui) do *topos* dos delitos de trânsito –, pudessem orientar inquestionavelmente a decisão a ser tomada. Mais um vetor a recomendar provimento prudencial, especialmente no que tange à tentativa com dolo eventual, objeto de dissídio jurisprudencial e polêmica doutrinária.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 310-1. A cada concretização – que se beneficia do "pensamento orientado a valores" – a idéia jurídica pautada é relacionada com um caso determinado e "injectada de um conteúdo adicional", a orientar, então, todos os casos similares, "sem que jamais este processo 'chegue a seu termo'".

¹⁸ Também por isso, algumas soluções para a condução deste processo, na sua especificidade, foram construídas *ad hoc*, prudentes e racionais, como a possibilidade de uma pessoa jurídica figurar como assistente de acusação (segunda preliminar esgrimida pela defesa de Elissandro) e a designação do juiz natural da causa para presidir mesmo as audiências realizadas noutras comarcas (quinta preliminar levantada), atualizando-se a velha figura romana do *praetor peregrinus*.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Daí que o percurso metodológico envolva, aclarada a noção teórica-dogmática do dolo eventual, **conformar-se e apreciar juridicamente a situação de fato em apreço**.¹⁹ Distinguindo a situação fática como “acontecimento” e como “enunciado”, Larenz lembra que primeiramente o julgador seleciona a proposição jurídica relevante (no caso, artigo 18, inciso I, *in fine*, do Código Penal). A seguir, discrimina as apreciações requeridas, das quais destaco os juízos baseados na interpretação da conduta humana; aqueles proporcionados pela experiência social e, notadamente, juízos de valor.

Dentre os juízos que não se baseiam apenas em percepções, “os mais importantes são aqueles que se referem à interpretação da conduta humana”. Certo que apenas a externalidade da conduta humana é acessível, de modo imediato, à percepção, resta o problema – para além do movimento corporal (ou da inação) e das modificações provocadas no mundo exterior, sendo a conduta humana, em geral, um agir dirigido a determinados fins – de interpretar o evento como ação orientada finalisticamente, o que “depende de uma multiplicidade de experiências sobre o que é que as pessoas intentam conseguir com uma tal conduta em uma tal situação” e são necessárias

¹⁹ Larenz dedica todo o capítulo III de sua obra monumental citada, pp. 391-438, para enfrentar o problema.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“ulteriores reflexões sobre se a conduta pode servir a diferentes fins ou se a situação é equívoca”. Ademais, frequentemente é preciso “ir para além da percepção empírico-social”, a implicar “uma apreciação com base em factos sociais e da sua valoração, atendendo às ideias que subjazem à norma jurídica”.²⁰

Quando não se dispõe de nenhuma máxima geral da experiência para apreciar um evento, o julgador *pondera* fatos, quer dizer, “valora-os na sua significação concreta sob o ponto de vista da regulação legal. É evidente que se lhe exige um juízo de valor quando, para poder coordenar a situação de facto com a previsão da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta ‘carecida de preenchimento’”. Por outro lado, a apreciação da situação de fato não se pode separar da “questão relativa a que consequência jurídica é aqui ‘adequada’, no sentido da lei” – e a questão da *adequação* de uma consequência jurídica a uma situação fática “é uma questão de valoração” feita pelo julgador “dentro do quadro que lhe é dado previamente pela norma”. Inescapavelmente, valorar ou desvalorar envolve um “acto de tomada de posição”, o que não significa que seja “irracional” e “emocionalmente condicionada em ampla escala”.

²⁰ LARENZ, p. 401 e 403, respectivamente.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Trata-se de um valorar “ligado a princípios jurídicos”, cujas pautas de valoração estão previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição (o jurista trabalha direcionado por tais normas, inclusive os critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos tribunais). **Claro que quanto maior o repertório de casos decididos, mais possibilidades de comparação, pois “toda a concretização alcançada ao julgar um caso singular desenvolve a própria pauta”.**

Em casos inusitados, todavia, não poderá o juiz fundamentar completamente a sua decisão, até o final. Neste espectro residual, e apenas e precisamente nele, “só a sua convicção pessoal do que é a medida do justo poderá oferecer a solução”. Seja como for: “Não se deve exigir de uma fundamentação jurídica, pelo menos quando se trate de juízos de valor, o rigor lógico de um raciocínio matemático ou físico. ‘Fundamentar’ quer dizer aqui justificar a decisão com base no Direito vigente, mediante ponderações a empreender sabiamente.”.²¹

²¹ LARENZ, pp. 406-13. Noutro contexto, citei Pascal, que distinguia o espírito geométrico (a exatidão demonstrável) do que chamou *l'esprit de finesse* (sagacidade, sutileza), perspicaz e afeito às sutilezas. Talvez de modo confluyente: “A clareza é um valor intelectual em si; mas a exatidão e a precisão não. A absoluta precisão é inalcançável; e



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Com tal horizonte, compreende-se facilmente que o próprio direito penal, como qualquer construção histórico-cultural, resente-se de vivermos época de acentuada transição de paradigmas. E um dos pontos de confluência dessa turbulência concentra-se, justamente, no tratamento, dogmático e jurisprudencial, do risco. As sociedades democráticas industriais do fim do século XX assentam seu paradigma penal na modernidade, cujas raízes encontram-se desde o século XVII, no pensamento filosófico cartesiano, no individualismo liberal, na mundivisão humanista, tudo a confluir no Iluminismo Penal.²²

não faz sentido querer ser mais exato do que exige nosso problema. A idéia de que precisamos definir nossos conceitos para torná-los 'precisos' e até mesmo para lhes dar um 'sentido' é um fogo-fátuo. Pois toda definição precisa utilizar conceitos definidores; e assim jamais podemos evitar trabalhar, em última instância, com conceitos não definidos." (POPPER, Karl Raimund. *Em Busca de um mundo melhor*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2006. p. 75).

²² Sigo a conferência de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco*. Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias. *Seminário Internacional de Direito Penal: Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a Sociedade de Risco*. Universidade Lusíada, Lisboa, Março de 2000, Separata, 26 pp.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Pergunta-se, nesta quadra, no *topos* da "Risikogesellschaft",²³ que ajustes na concepção básica do direito penal se fazem necessários em face de radicais transformações da sociedade nos últimos trezentos anos, que se torna tecnocientífica, "massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também ele globais...". Que papel vai desempenhar o direito penal, por exemplo na questão ambiental, para proteger as gerações futuras? Qual dogmática para os *novos* e *grandes* riscos, tantas vezes indeterminados no seu agente e sobretudo nas suas vítimas?²⁴ Nessa "dogmática dos riscos" pode-se inserir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, "a categoria do perigo como noção-chave da dialéctica da

²³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, *passim*.

²⁴ Aqui, pergunta DIAS, *Algumas reflexões*, pp. 9 e 10: "Como pode continuar a manter-se a ideia de que o delito doloso de acção constitui a forma 'normal' e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão?" Adiante (p. 14), adverte: "uma das características específicas dos grandes ou novos riscos reside precisamente em que, dada a indeterminação dos factos geradores, dos seus autores e, sobretudo, das suas vítimas, actuais e potenciais, eles se revelam hoje (e provavelmente continuarão a revelar-se no futuro) 'insusceptíveis de socialização'.". Nosso Código Penal (1940), aliás, não tinha o mesmo horizonte quando consignou "assumir o risco" (art. 18, inciso I, na dicção de 1984, idêntica à redacção original).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

ilicitude penal” (imputação objetiva, crimes de perigo abstrato, autoria por via do domínio-da-organização).

Figueiredo Dias termina sua conferência com um “ponto que não tem merecido cuidada atenção à dogmática do direito penal do risco: a da **distinção entre dolo e negligência** [culpa, na terminologia brasileira]”. Literalmente: “Quero, neste contexto, juntar a minha voz à de todos quantos proclamam que a **diferença de ilícito e a diferença de culpa entre dolo e negligência mal se compadece com a insegurança, a indeterminação e a obscuridade – sobretudo no momento da aplicação prática do direito – que acompanham uma tal distinção**. Sendo uma parte substancial dos crimes de que se ocupa a dogmática do direito penal do risco crimes de *negligência* e crimes de negligência *grave* ou *grosseira*, é **necessário e urgente que nos esforcemos por tornar mais convincente e operativa a distinção entre dolo e negligência**; como deve também o legislador repensar os limites mínimos e máximos das molduras penais respectivas; quando não mesmo considerar com maior atenção e menor preconceito a sugestão, já antiga, de criar a propósito de certos tipos objectivos de ilícito crimes negligentes *sui generis*, ou mesmo um



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

tertium genus de delitos abrangentes do dolo eventual e da negligência grosseira e dotados de molduras penais substancialmente agravadas.”.²⁵

3. A referência teórico-pragmática ao dolo eventual

Neste contexto, natural que o digno magistrado de primeiro grau tenha ocupado cerca de um quarto da sentença com uma exposição doutrinária, aliás erudita e pertinente. Deste trecho, aproximadamente 80% versou sobre os conceitos de dolo e culpa. Apoiou-se, ao cabo, na “concepção significativa do dolo” (Vives Antón), a redundar no “compromisso com a lesão ao bem jurídico”.²⁶ Creio que há muitas confluências e similaridades com o critério

²⁵ DIAS, *Algumas reflexões*, pp. 20 e 21 – negritei.

²⁶ Recente (1996) e robustamente amparada na filosofia da linguagem (Wittgenstein e Habermas), a abordagem reorganiza a teoria geral do delito, grosso modo a *tipicidade* passa a atender pelo nome de “pretensão de relevância” (porém expurgada do dolo e da culpa), a *ilicitude* chama-se “pretensão normativa de ilicitude” – na “subpretensão subjetiva de ilicitude é que trata do dolo e da culpa [a rigor, como sistema significativo de imputação] –, a *culpabilidade* responde como “pretensão de reprovação” e a *necessidade de pena* aparece como “pretensão de punibilidade”. Há uma série de rearranjos tópicos e conceituais que decorrem dessa estrutura, merecendo debate e reflexão ulterior. De minha parte, premido pela necessidade de resolução do caso, esgrimo a “Navalha de Ockham” e observo que o ponto de chegada é o aceite de uma



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

material que venho utilizando para delimitar dolo eventual e culpa consciente, isto é, a *decisão pela possível lesão ao bem jurídico* (Roxin). O Desembargador Relator, como vimos, adotou a teoria do consentimento.

Não se trata de devaneio escolástico ou academicismo. Há uma *extraordinária importância prática em diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, uma das questões mais difíceis do direito penal*, como já dizia Welzel. **Neste caso, da resposta ao tema depende a crucial escolha do caminho que o processo vai seguir.**

Observo que a questão do dolo eventual, por si complexa em marco teórico, *incorpora maiores dissonâncias quando da aplicação a delitos de tráfego*, parte considerável das decisões jurisprudenciais que temos à disposição. Inclusive porque se agrega a existência de tipo especial, o homicídio culposo na

tese volitiva do dolo, o "compromisso com a vulneração do bem jurídico", o *compromisso de atuar*. Identificar tal situação implica valorar as circunstâncias em que a ação ou omissão é realizada (todos os aspectos que a permeiam) para determinar "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)".



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

direção de veículo automotor, que já representou uma tomada de posição pela maior reprovação social dentre condutas culposas.²⁷

Fora deste leito, o casuísmo não chega a fornecer um vetor confiável para o deslinde do caso dos autos. Não encontrei, tampouco percebi qualquer citação das partes neste sentido, algum precedente que apresentasse similaridade suficiente com o substrato de vida que estamos a julgar.²⁸ Por isso,

²⁷ De passagem, numa moldura penal idêntica, em termos de apenamento, ao crime de servir bebida alcoólica para menores de 18 anos (art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pena de dois a quatro anos, com redação determinada pela Lei nº 13.106/2015) e com alterações legislativas que tendem a perturbar o desenvolvimento jurisprudencial, ao especificar como majorante do crime de trânsito culposo condutas que geralmente eram tratadas, pelos tribunais, como reveladoras indiciárias de dolo eventual (racha, por exemplo) – confira-se o art. 302 da Lei 9.503/1997, Código de Trânsito, seja no seu *caput* e pena respectiva, seja no seu § 2º [a mesma pena, salvo que de reclusão, em vez de detenção], modificações operadas pela Lei nº 12.971/2014.

²⁸ Multicitados, alguns paradigmas estão bem longe do caso em tela. Basta pensar no caso do estrangulamento com a correia de couro (1955) ou dos mendigos russos que amputavam as pernas de crianças (queriam suscitar compaixão, cientes de que as crianças podiam morrer), no jogo de roleta russa, ou num racha de automóvel pelas ruas de uma cidade. A fórmula de Frank, também sempre lembrada, teve sua última versão em 1931, e não pretendia uma caracterização direta do dolo eventual e sim oferecer um meio para constatá-lo. Falha, todavia, na imagem do “sujeito que não atuaria se estivesse seguro do resultado”, o que só permite (contra a opinião de Frank) “uma conclusão altamente insegura em relação à negação do dolo eventual”, como o demonstra o “famoso caso da barraca de tiro ao alvo de Lacmann” (1911): o ganancioso incluíra o



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

creio que o Colegiado beneficia-se com uma *postura jurisprudencial que evite a adoção apodítica de uma específica posição ou corrente doutrinária*, também porque a proliferação de distintas escolas (às vezes de forma quase bizantina) demonstra que longe se está de consenso suficiente para configurar linha segura e inquestionável para o deslinde dos casos práticos que desafiam o Poder Judiciário, nomeadamente a tragédia da Kiss.

Explicito, então, minha referência, que aliás já adiantei.²⁹ Claus Roxin sustenta, como *critério material de delimitação* entre dolo eventual e culpa consciente, a *decisão pela possível lesão de bens jurídicos*: quem inclui nos seus cálculos a realização de um tipo, reconhecida pelo agente como possível, sem que este fato seja suficiente para dissuadi-lo de seus planos, *decidiu-se conscientemente* – ainda que somente para o caso eventual e amiúde contra suas próprias esperanças de evitá-lo – *contra o bem jurídico protegido pelo*

fracasso nos cálculos de seu plano (acreditava poder escapular em meio à multidão), pois “as perspectivas de êxito [ganhar a aposta] tinham para ele mais valor do que o risco de fracassar.” – estruturalmente similar ao “caso dos mendigos”. Para a crítica à fórmula de Frank, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, *et al*, Tomo I, 2. ed. Madrid: Civitas, 1999, § 12, 46 e 47, pp. 438-9.

²⁹ E que venho adotando pelo menos desde 2012.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

respectivo tipo; dai o conteúdo de desvalor do dolo eventual, que justifica sua mais severa punição.³⁰

De outra banda, digo eu, na culpa consciente, a decisão do agente é de praticar ou prosseguir no ato perigoso, *diante de razoável expectativa (confiança censurável, entretanto) de que não atuará contra o bem jurídico tutelado.*

Ao discorrer sobre soluções afins e discrepantes (dentre as quais a teoria da aprovação ou do consentimento; a teoria da indiferença; a da representação ou da possibilidade; a da probabilidade; a da não colocação prática da vontade de evitação; as fórmulas de Frank; teorias combinadas; a teoria do risco; as nuances da não improvável produção do resultado de Jakobs; a do perigo não coberto; a da assunção dos elementos constitutivos do injusto), Roxin parece-me lapidar: "Conceitos como 'levar a sério' ou 'resignar-se a', tais como se empregam aqui aos efeitos de delimitação, *não são definições conceituais do dolo eventual, senão indícios com capacidade expressiva de sua concorrência, circunstâncias das quais se podem deduzir uma decisão pela possível lesão de bens jurídicos.* Também outros fundamentos da doutrina

³⁰ ROXIN, § 12, 23, p. 425.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

científica, que na maioria das vezes se apresentam como 'teorias' específicas *oferecem amiúde só indícios probatórios* e se aproximam como tais da concepção aqui defendida."³¹

³¹ ROXIN, pp. 430-46, grifei os trechos na citação literal, fruto de livre tradução deste julgador. Destaco, levando em conta a adesão do nobre Relator, a **teoria do consentimento** (também chamada de teoria da **aprovação**) – itens 33 a 36. A literatura científica mais antiga estava dominada pela contraposição entre teoria da vontade e teoria da representação (acentuados os elementos volitivos e os intelectivos do dolo eventual, respectivamente). A expressão mais influente da teoria da vontade era a teoria do consentimento, que se manteve sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal do Reich (*Reichsgericht*). Acolhido literalmente o critério da "aprovação" (como uma realidade interior autônoma acrescida à previsão da produção do resultado), seria como exigir do autor que se agradasse/alegrasse com o resultado (o sujeito aprova, diz sim, celebra), o que transformaria o famoso caso da correia de couro em "culpa consciente" (pois a morte da vítima era manifestamente indesejável aos sujeitos, que escolheram primeiro um meio mais benigno e depois tentaram reanimá-la). Essa interpretação estrita deve ser rechaçada: (a) quando o sujeito aprova diretamente a produção de um resultado, na maioria das vezes já concorre uma intenção (nada restaria para o dolo eventual); (b) a *ratio* da tipificação dolosa é evitar lesões "calculadas" de bens jurídicos, "independente da atitude emocional com que sejam cometidos. Que alguém aprove o resultado incluído nos cálculos, ou que lhe seja indiferente ou mesmo que o lamente é importante para a medição da pena, mas não pode influenciar no caráter doloso do fato". Esclarece Roxin que, para o elemento volitivo do dolo, é suficiente que o sujeito inclua em seu plano [geral de conduta] o resultado no sentido de uma "decisão contra o valor jurídico. Não é preciso um ulterior desvalor da atitude interna.". Pese o entendimento cambiante desde o princípio quanto ao conceito de "aprovar/consentir", no pós-guerra uma interpretação mais ampla da teoria do consentimento conduz à



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Prossegue Roxin, para gizar que os recentes esforços em torno do dolo eventual caracterizam-se menos pelo rechaço da teoria do “levar a sério” e mais pelo intento de objetivá-la. De toda sorte, “os empenhos em suprimir totalmente o elemento volitivo-emocional estão condenados ao fracasso”.³² De fato, eliminar o aspecto subjetivo desumanizaria o direito penal.

Embora a sobrevalorização das querelas, o fato de que *todas as teorias em liça aproximam-se em seus resultados* não é mera casualidade. Pois inclusive os elementos volitivos (o “levar a sério” ou a “confiança”), “só podem deduzir-se de indícios objetivos, entre os quais na maioria das vezes carecerá de transcendência decisiva a declaração do acusado, condicionada por sua estratégia processual”. Direta e simplesmente, em geral não adiantará perguntar ao réu qual era sua intenção ou se assumiu o risco e seria pueril fazer depender a resposta penal do interrogatório.

É mediante a *ponderação geral e racionalmente controlada dos indícios* que apontam a favor do “levar a sério o perigo” ou da “confiança na não

posição defendida por Roxin (decisão pela possível lesão do bem jurídico), se “aprovar” significar apenas que o sujeito considere no seu plano de conduta o possível resultado e, nessa medida, o inclui na sua vontade.

³² ROXIN, p. 446, § 12, 61.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

produção de lesão a bem jurídico”, que se *subtrai tal doutrina da arbitrariedade ressaltada por seus críticos*, ao passo que as concepções pretensa e puramente objetivistas (que se contentariam com elementos intelectuais), “caem com demasiada facilidade num esquematismo rígido”. Mas é inevitável que reste uma “insegurança residual”, pois fixar delimitações matematicamente precisas aqui é notoriamente impossível.³³ Daí que é preciso conjugar os aspectos subjetivos e objetivos, e aferir sua incidência em cada situação concreta. Por isso, “mister analisar o caso concreto” – e para tal empreitada a jurisprudência tem mais ferramental que a lógica doutrinária.

Roxin mostra como, desde 1955, na Alemanha, a jurisprudência adotou majoritariamente uma linha unitária, ao considerar suficiente o “levar a sério o resultado” (ou resignar-se a ele) para configurar o dolo eventual, não entendendo a aprovação do resultado como “desejo”, mas apenas “no sentido de que o sujeito deve ter assumido voluntariamente – ainda que por necessidade – o resultado representado como possível”, sempre levando em conta a situação altamente individual do sujeito.³⁴

³³ ROXIN, p. 447, § 12, 62.

³⁴ ROXIN, pp. 448-9, § 12, 64-6.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Este empenho da jurisprudência em despojar as "teorias" concretas de suas pretensões de absolutismo, reconhecendo entretanto seu valor indiciário para a constatação do dolo eventual, está "por completo no caminho correto".

Mais: "Seria desejável que se abandonasse a síntese [a busca da fórmula perfeita], contrária ao uso linguístico e equívoca, num conceito vazio de aprovação, e se a substituísse por uma concepção *orientada ao conteúdo material do dolo eventual*".³⁵ É, assim, a delimitação do conteúdo material das diversas situações de dolo eventual, que uma jurisprudência coerente vai progressivamente colmatando, que garante *previsibilidade*, é dizer, *segurança*, apartando-se do arbítrio e do decisionismo.

Ao observar, criticamente, que a jurisprudência dos anos oitenta mostrava uma tendência contrária à doutrina, ao recusar o dolo por falta de "querer" ainda quando o **agente percebeu o considerável perigo de sua conduta** e *desejou que as coisas seguissem seu rumo*, Roxin percebe que o BGH (o Supremo Tribunal Federal alemão) *utiliza o elemento volitivo do dolo para refrear a tipificação por dolo eventual à qual as instâncias inferiores de*

³⁵ ROXIN, p. 450, § 12, 67.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

persecução penal estão em geral dispostas.³⁶ Se isto é tendencialmente digno de aprovação (refrear o excesso persecutório), retomo Roxin, “vai longe demais **quando o sujeito põe em perigo extremo de modo consciente sua vítima e não se apreciam circunstâncias que podem suscitar uma confiança na não produção do resultado.** É preciso, para afastar o dolo eventual, deixar claro em que se baseava a confiança no desenlace airoso, ainda mais porque uma **‘confiança vaga’ (no sentido de uma mera esperança) não bastaria para a exclusão do dolo**”.³⁷

³⁶ Vejo convergências com a situação brasileira, na qual se podem vislumbrar laivos de um certo punitivismo vingador inversamente proporcional à nossa capacidade de conviver de maneira civilizada, notadamente no trânsito (talvez, parcialmente, este sentimento tenha animado a decisão do STF sobre a embriaguez preordenado aos efeitos de dolo eventual, STF, 1ª Turma, HC 107801, Voto-vista Min. Luiz Fux, 06/9/2011).

³⁷ ROXIN, pp. 450-1, § 12, 68-9 – destaquei. Roxin inclusive refere que o BGH aproveita o prévio consumo de álcool para apoiar suas dúvidas acerca do dolo eventual, e critica tal postura, pois não está claro porque as circunstâncias desibinitórias da alcoolemia fundamentariam uma “confiança séria na não produção de consequências graves” – mais compreensível seria supor que a desibinição conduziu o sujeito a ser no mínimo indiferente, no momento do fato, à produção do resultado. Em suma, se não é de recusar-se de todo a assertiva de que a jurisprudência obrava com certa arbitrariedade ao apreciar o dolo eventual, tal não se deve à teoria do “levar a sério”, mas a forma de aplicá-la. E mesmo o recurso a um conceito puramente intelectual de dolo não elidiria uma margem de liberdade bastante ampla à decisão judicial, pois é sempre possível



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Vale dizer, é minha conclusão, no meio a virtude, prudência que se espera dos tribunais: nem ceder ao punitivismo, tampouco restringir demasiado a naturalmente frágil função de tutela do direito penal em relação a bens jurídicos com assento constitucional – a vida, como paradigma.

4. Enfrentamento jurídico penal do caso

Com tais diretrizes, passo a verificar se a narrativa aceita pela sentença de pronúncia pode, plausivelmente, configurar crimes com dolo eventual, bem como se a imputação ampara-se em razoável vertente probatória. Positivas ambas as respostas, ainda é de checar se toda a extensão típica pretendida é viável, a abarcar o problema da tentativa e das qualificadoras.

Antecipo que considero **a narrativa plausível e apoiada em material probatório suficiente para esta quadra processual, inclusive no que tange às tentativas. Todavia, não vislumbro a mesma situação em relação às qualificadoras, que devem, por conseguinte, ser afastadas.**

negar que o sujeito tenha sequer percebido a possibilidade de produção do resultado (pp. 451-2, § 12, 70).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Realizado tal filtro, estou convicto de que o Ministério Público tem um caso para levar ao Tribunal do Júri.

Prossigo na fundamentação.

4.1. A narrativa (a estrutura lógico-axiológica) acolhida pela sentença de pronúncia é plausível

A síntese do quadro geral feita na sentença pode-se aproveitar. Na noite de 26 de janeiro de 2013 ocorria uma muito concorrida festa universitária na Boate Kiss. Após a apresentação de uma primeira banda contratada, já passado das 3h da madrugada de 27 de janeiro, iniciou-se o show da banda "Gurizada Fandanguera", quando o vocalista Marcelo recebeu do integrante Luciano, uma "luva" na qual se acoplara um sinalizador/fogo de artifício inadequado para locais fechados. Acionado o dispositivo por Luciano, as chamas produzidas durante a performance de Marcelo atingiram o teto do palco, anteriormente revestido com uma manta (espuma) isolante de material altamente inflamável (poliuretano), "produzindo uma fumaça tóxica que, com rapidez, tomou conta do local". Tentativas imediatas de apagar o fogo foram infrutíferas (ausência de extintores de incêndio em condições de uso), pelo que a



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

fumaça tomou conta do local rapidamente. Na falta de condições de fuga e intoxicados pela fumaça, em minutos os frequentadores, desprevenidos, desfaleceram e, em pouco tempo, muitos morreram.

O Ministério Público acusou os quatro réus por 242 homicídios qualificados e por tentativa do mesmo crime em face de pelo menos 636 vítimas sobreviventes. A pedra angular é o dolo eventual, concluindo a sentença que há materialidade e indícios suficientes de autoria a delinear que “os acusados poderiam ter evitado o resultado, e não evitaram, assumindo o risco de produzi-lo”.

Kiko e Mauro, sócios proprietários da Kiss, em tese concorreram para o evento (i) implantando a espuma altamente inflamável e tóxica, (ii) contratando o show que sabiam incluir fogos de artifício, (iii) mantendo a casa noturna superlotada, (iv) sem condições de evacuação e segurança e (v) equipe de funcionários sem treinamento obrigatório – teriam ainda, antes e genericamente, ordenado aos seguranças impedissem a saída de pessoas sem pagamento (vi).

Luciano e Marcelo, da banda “Gurizada Fandanguera”, em tese concorreram para o evento (vii) adquirindo e acionando, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos, (viii) direcionando o



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

artefato aceso para o teto da boate, que distou, diante da coreografia, poucos centímetros, e foi o que iniciou a queima do revestimento inflamável, e (ix) saindo do local sem alertar o público sobre o fogo, ainda que tivessem fácil acesso ao sistema de som.

Neste contexto, em tese, assumiram o risco de produzir as mortes, segundo a denúncia revelando “total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas”, pois mesmo prevendo a possibilidade das mortes em razão da falta de segurança, “não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal”.

Ainda segundo a peça vestibular, o ambiente era visivelmente inapropriado para o show pirotécnico, contendo madeira e cortinas de tecido (próximas do palco), além da aludida espuma que revestia o teto. A boate não apresentava saídas alternativas nem sinalização de emergência adequada. A única saída disponível apresentava dimensão insuficiente para dar vazão à evacuação. Esta saída, a única disponível, estava obstruída por guarda-corpos de metal. Os exaustores, também obstruídos, impediram a dispersão da fumaça, que se direcionou para a saída, onde as pessoas se aglomeravam.

Trata-se de evento complexo. Há concurso de pessoas, condutas comissivas e omissivas, um encordoamento de concausas (várias



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

construídas assincronicamente), resultado lesivo imenso. A narrativa da denúncia, acolhida pela pronúncia, confere um sentido para os acontecimentos, descrevendo crimes que se enfeixam na categoria do dolo eventual. É plausível, nestes termos, a imputação? É logicamente possível, axiologicamente sustentável? Note-se que não se indaga, ainda, se é empiricamente verossímil.

Minha conclusão é que **o suporte fático recortado, no conjunto da obra, na pluralidade de consciências e vontades materializadas em ações e omissões, no plano geral do evento como apresentado, torna plausível a estrutura típica que vem de nortear o contraditório deste processo.** Não é de descartar *a priori*, portanto, que seres humanos imersos no substrato de vida apontado possam estar a **assumir o risco** pela morte de outras pessoas. O que implica dizer que é **pelo menos razoável argumentar que, nestas condições concretas que se desenharam, as escolhas e condutas realizadas** – caso tenham ocorrido como alega o Ministério Público – **conformaram uma decisão pela possível lesão à vida daqueles, jovens em sua maioria, que estavam confraternizando naquela madrugada em Santa Maria.** Ou, de forma mais direta e na dicção do Código Penal, que **os réus podem ter assumido o risco de matar as vítimas.**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

A pergunta crucial que me fiz, recursivamente, nos últimos meses foi a seguinte: **diante de um possível incêndio na boate Kiss** (salta aos olhos que se trata de uma atividade de entretenimento aberta ao público especialmente regulada [mesmo que eivada de falhas e mal fiscalizada], com exigência prévia e específica de plano de prevenção contra incêndio, para não falar do receio inato que a longa evolução inculcou nos seres humanos no manuseio do fogo), **os réus tinham elementos razoáveis para, de boa fé, acreditarem que não haveria mortes, risco assumido que se renovava a cada atividade e que, naquela noite, se incrementou (somando-se às condições prévias) pelo acúmulo de pessoas cuja aglomeração captura-se à vista desarmada e se exponenciou pelo manejo da pirotecnia.** Risco perceptível que, nada obstante, em tese não afetou o desejo dos réus de que as coisas seguissem seu rumo, prosseguindo nas condutas perigosas de explorar de modo temerário um clube noturno (não de qualquer boate, mas de um local antes transformado em aparente labirinto, seja pelas lacunas [ou aportes, caso da espuma e dos guarda-corpos] materiais ou pela falta de preocupação preventiva com a gestão de situações de risco) e de realizar apresentações artísticas inerentemente arriscadas. **Conscientes disso tudo, postas em evidente perigo as pessoas que lá estavam, não encontrei, nas narrativas alternativas e no**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

caderno processual, circunstâncias externalizadas que indubitavelmente apontassem a confiança dos réus de que não se produziram as mortes, caso, como aconteceu, se desencadeasse um incêndio. Tenho em mente, como critério de aferição, que não basta, ao menos para, nesta fase, afastar a higidez da tipicidade subjetiva, a confiança vaga, menos ainda a mera esperança, dos réus, de que, mercê de suas competências, habilidades ou comportamentos, evitariam as mortes na situação que se desenrolou.

Daí porque considero, e por ora é o que basta, razoável o enquadramento do substrato de vida acertado pela pronúncia na pauta normativa "assumir o risco", deixando claro que se trata de uma tomada de posição processualmente constrangida, é dizer, não implica – até porque estaria a usurpar a competência do Tribunal do Júri – estar convencido substancialmente de que os fatos ora controvertido, em juízo de valor último, configuram dolo eventual. Mas, este é o ponto, podem configurar, sem que a assertiva soe como evidente excesso acusatório ou rematado *non sense* racional-valorativo.

4.2. A relativa segurança das premissas empíricas (dialogando com as partes)



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Passo, em atenção ao contraditório e à plenitude de defesa, a distinguir as diversas subjetividades dos réus e os argumentos defensivos pertinentes, agora avançando na verificação da segurança das premissas empíricas, isto é, checando a presença de razoável vertente probatória a ancorar a pronúncia. Nesta incursão, o Colegiado fica premido, de um lado, pelo receio do excesso de linguagem, sempre possível na franja de fundamentação mais consistente; de outro lado, pelo dever de justificação externa e interna da decisão; e, ainda, pelo corte epistêmico na profundidade do exame a ser feito, pois, identificadas plurais veredas probatórias, não se pode fazer preponderar alguma delas em detrimento de outras, talvez menos verossímeis, tarefa destinada, pela Constituição (devido processo legal substancial) aos cidadãos.

Em termos práticos, há certa restrição na avaliação da prova. No caso em tela, por exemplo, há modificação, nalguns relatos, dos primeiros depoimentos colhidos, no inquérito policial, que se matizam, são "esclarecidos" ou, simplesmente, retificados em juízo. Qual versão deve preponderar? Não me escapa que a coleta da prova policial pode estar enviesada, seja pela urgência da investigação (que se ultimou em tempo brevíssimo), seja pela emoção do rescaldo ou pela distração dos holofotes. Também pode ser, entretanto, mais



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

fidedigna em termos de memória, riqueza de detalhes, achados de expressões sintomáticas – aliás, o alcance do art. 155 do Código de Processo Penal é limitado pela jurisprudência dos tribunais superiores nos procedimentos do Tribunal do Júri. Certo que, salvo situações escancaradas de falso testemunho, manipulação, distorção ou coação, não se tem, para efeitos de pronúncia, como fazer preponderar, necessariamente, a nuance que exsurge em juízo, cabendo aos Jurados escolher, dentre as diversas camadas narrativas que se sedimentam nos autos, aquelas que fazem melhor sentido de acordo com sua pauta normativa e com o contexto geral que avaliam.

Começo pelo **réu Elissandro**, que alega que confiou nos órgãos públicos, pois as autoridades competentes (promotores de justiça, prefeitura, corpo de bombeiros) passaram inúmeras mensagens de que “estava tudo certo com a casa noturna”; ao concederem alvarás e licenças fizeram com que acreditasse que geria uma “casa adequada às normas de segurança”. O primeiro alvará (PPCI) obtido pelos anteriores proprietários em 2009 não exigia planta assinada por profissional habilitado, nem realizou cálculo populacional, “permitindo o uso de espuma, de barras de ferro e afirmando a legalidade da existência de uma única porta de saída” – e foi renovado nas mesmas condições



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

em 2011. Por isso manteve a casa aberta, inclusive com frequência da própria companheira, da mãe, da irmã e outros parentes e amigos.

Quem contratou a banda Gurizada Fandangueira foram as turmas que organizaram a festa. Mesmo que tivesse autorizado o uso de artefato pirotécnico, argumenta, deveria ser "indoor", não tendo como adivinhar a compra de produto inadequado. Nas fls. 14.644-8 o recorrente sintetiza as provas consideradas pela pronúncia e reclama que o juiz, pese ressaltando que podem ser verdadeiras as teses defensivas, não as enfrentou, limitando-se a dizer que não se apresentaram escoreitas de dúvida.

Tenho, diferentemente, que a pronúncia realizou a devida análise do suporte fático da imputação, elencando os elementos probatórios que indicaram que Elissandro pode ter assumido o risco de produzir o resultado. Assim, reconhecida uma vertente probatória, preferiu não aprofundar os argumentos defensivos.

Insiste a defesa que a denúncia narra um fato culposo (negligência) e pede reavaliação dos fatos, não o reexame do material probatório.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

De certa maneira, já respondi porque não considero “absolutamente impossível” Elissandro ter agido com dolo eventual. Instado (requerimento XI, fl. 14.677), acrescento.

A denúncia, como a compreendo, ao afirmar que os réus não tinham controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal quer significar que **não tinham capacidade de intervenção eficaz, uma vez desencadeado o perigo, sendo o resultado desdobramento da linha fulcral predisposta pelas condições de risco** (a estrutura é comissiva por omissão, a ressoar o art. 13, § 2º, letra “c” – tinham os réus o dever de agir para impedir o resultado, cujo risco da ocorrência fora criado por seus comportamentos anteriores). E o risco pode ser criado por ações e omissões – em todas, haverá em tese violação de deveres objetivos de cuidado. Mais, cada uma, isoladamente, poderia configurar, eventualmente, tipicidade subjetiva culposa ou dolosa. Na **narrativa da denúncia, é justamente a soma de fatores (cujo arco incide, como maior ou menor amplitude e mais ou menos intensidade, para cada réu), o conjunto da obra, que permite concluir pelo dolo eventual.**

A denúncia, no recorte do mundo da vida que formalizou para desencadear a persecução penal em juízo, ordenou os fatos tendo como **centro**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

de gravidade a tese do dolo eventual. Explicou o fenômeno com uma causa biunívoca principal: fogo (banda) e espuma (sócios), que, associados e em sinergia com os demais fatores de insegurança, redundaram na tragédia.

É legítimo, como faz a defesa, questionar se outras pessoas (autoridades ou não) também deveriam estar no pólo passivo, pois segmentos de condutas outras podem, ao menos indiretamente, ter concorrido para a situação de perigo.

Fico, reconheço, com uma sensação de que a tessitura da cadeia causal escolhida pelo Ministério Público pode ter obnubilado outras responsabilidades, que se revelariam no incremento do perigo, na soma de irregularidades, omissões, negligências, no desleixo burocrático, na falha de regulação, na tênue fiscalização...

Agregar elos a uma corrente causal é sempre possível, mas o sentido geral do evento então, quanto mais longínqua a falha em face do resultado lesivo, dificilmente escaparia de uma imputação por crime culposos. Reparo que mesmo as autoridades policiais haviam indiciado Ângela Callegaro e Marlene Callegaro ainda no quadro do dolo eventual, mas já Miguel Passini e Beloyannes Pietro Júnior (Secretário Municipal de Controle e Mobilidade Urbana



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

e Fiscal e Superintendente de Fiscalização) pelas mesmas mortes, todavia na modalidade culposa.

Por sua conta e risco, **a hipótese acusatória ofereceu uma direção dolosa, com uma exigência maior de carga probatória e ônus argumentativo em relação à tipicidade subjetiva.** Ora, para fazê-lo, o Ministério Público **selecionou os elementos significantes capazes de explicar o ocorrido.** Acenou para o conjunto da obra (homicídios consumados e tentados), que também decompôs analiticamente (individualizou as condutas e enumerou as condições letais da cadeia causal). **Tais escolhas passam num filtro racional, pois são aptas a fornecer narrativa inteligível.** Na mesma peça, outras quatro pessoas foram denunciadas por crimes conexos, todos ocorridos depois das mortes: os bombeiros Gérson e Renan, por fraude processual; Elton e Volmir, por falso testemunho. E os outros?

Por que a denúncia descartou Ângela e Marlene? Por não encontrar substrato fático que demonstrasse que tiveram “efetiva contribuição na implantação do cenário que resultou no fogo e nas mortes”. Constarem no contrato social da pessoa jurídica como sócias ou realizarem controle contábil, disse o Ministério Público, não indica poder de mando e de veto nas situações-



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

vetores já apontadas (espuma, apresentação musical, guarda-corpos, superlotação).

Quanto aos servidores municipais, o inquérito policial concluiu que não exerceram a contento seus poderes-deveres; se diligentes, a boate Kiss deveria estar fechada. Os promotores de justiça não vislumbraram, em Miguel, ter desprezado sugestões para otimizar a fiscalização municipal (fl. 17); em ambos, que tenham sido relapsos na condução dos subalternos, pois, na sistemática municipal, as vistorias ordinárias seriam anuais, e houve atuação fiscal em relação à boate Kiss em 19/4/2012 (nova vistoria deveria ocorrer, então, na mesma data de 2013). O Ministério Público tampouco identificou os tais poderes-deveres para além da fiscalização ordinária, salvo solicitação de autoridade competente, que naquele momento não se evidenciara. Em relação aos quatro indiciados (e mais Evérton, proprietário da empresa de segurança), os promotores de justiça requisitaram diligências (além de outras, fls. 15 a 26).³⁸

³⁸ Inclusive expedição de ofício ao 4º Comando Regional de Bombeiro para esclarecer se, expirado (em 10/8/2012) o prazo do último alvará de prevenção e proteção contra incêndio expedido para a Kiss, enviaram alguma informação restritiva ou solicitaram a suspensão de atividades para algum setor da Prefeitura (fls. 24-5).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tangente aos bombeiros Vagner e Gilson, o Ministério Público (fls. 26-9), discordando do indiciamento pelo dolo eventual (teriam vistoriado a Kiss em 2011 e não apontaram a inexistência de duas saídas de emergência, desconsideraram a presença de guarda-corpos obstrutivos e não solicitaram a apresentação do devido certificado de treinamento), entendeu de reclassificar suas condutas para, no máximo, homicídio culposo praticado por militares, com o devido encaminhamento à Justiça Militar Estadual (fls. 26-9).³⁹

Finalmente, os promotores de justiça pediram o arquivamento em relação aos indiciados Ricardo Pasche (a prova oral não sustentaria que tivesse poder de decisão na boate Kiss), Luiz Alberto (foi Secretário durante 15 meses dos 21 em que a boate permaneceu com a Licença de Operação vencida, sem exercer seu poder-dever de fechá-la) e Marcus Vinícius (Chefe da Equipe de Cadastro Mobiliário e Imobiliário do Município, expediu o alvará de localização

³⁹ Para tanto, argumentaram, respectivamente: haveria divergência, na interpretação da NBR 9077 (entre CREA-RS e IGP) sobre o conceito de uma ou duas saídas de emergência (porta separada fisicamente ou unidades de passagem); o guarda-corpo que efetivamente impedia o acesso à saída foi implantado em 25/11/2011, depois das inspeções dos bombeiros; a não-exigência do certificado de treinamento não poderia ser imputada a eles, pois, pela sistemática do SIG-PI, apenas conferiam o "relatório de inspeção". Ainda, a investigação não esclareceu se apenas eles foram os bombeiros encarregados de novas aferições *in loco*.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

sem que toda a documentação exigida estivesse em dia, e nada obstante houvesse, em processo administrativo referente a projeto de reforma do local, 29 correções apontadas, que não foram feitas) – fls. 29-37.⁴⁰

Anoto que a análise técnica do arquiteto Rafael Escobar de Oliveira, servidor concursado da Prefeitura, redundou em 29 exigências de adequações [desconformidade com o número e dimensão das saídas de emergência, "barras antipânico, distância a ser percorrida e outras relativas a acessibilidade", fls. 5.020-2] e teria chegado, em 17/9/2009, ao conhecimento dos responsáveis pela boate Kiss, que desistiram do projeto de reforma do interior do prédio. Por uma "falha", havia duas caixas referentes à boate Kiss nos arquivos da Prefeitura Municipal (Fabiana Copette, no citado Expediente nº

⁴⁰ Para tanto, argumentaram, respectivamente: Ricardo não tinha poder decisório autônomo; quanto a Luiz Alberto, a Licença de Operação estava vigente ao tempo do evento e a irregularidade administrativa apontada não contribuiu na implantação ou manutenção do cenário que resultou no fogo e nas mortes, e não tinha diretamente o poder-dever de fechar a boate Kiss; tangente a Marcus Vinícius, haveria equívoco em considerar vencido o alvará sanitário (erro material na data) e os 29 apontamentos de incorreções na postulada reforma do prédio não chegaram ao seu conhecimento (talvez por uma falha administrativa, havia duas pastas com documentos relativos ao prédio) – tampouco as condições sanitárias contribuíram na implantação ou manutenção do cenário.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

70054066220, não soube informar por que estes documentos não foram enviados à Polícia Civil quando solicitados).

Ainda, o Ministério Público explicitou, em 56 laudas, assinadas por uma procuradora de justiça e seis promotores, as razões pela quais pediu o arquivamento no que tange ao então Prefeito de Santa Maria Cezar Augusto Schirmer, em suma ao argumento de que o gestor não era garante da não ocorrência do evento (afastado, por conseguinte, o § 2º do art. 13 do Código Penal, em quaisquer das suas alíneas), impossível considerar uma suposta omissão sua como penalmente relevante, a menos que se admitisse a responsabilidade penal objetiva.⁴¹

⁴¹ Expediente nº 70054066220, Procuradoria de Prefeitos, MPRS. Sinteticamente, as condutas apuradas pelas autoridades policiais seriam: desconhecer as estruturas burocráticas atinentes ao funcionamento de estabelecimentos que dependiam de autorização do poder público municipal, a par da falta de comunicação entre as secretarias e o fato de ser destinatário de ofício do MP (09/9/2011) que solicitava alvarás e LO (em resposta, a Procuradoria do Município juntou LO vencida desde 04/3/2011). O MP ponderou que não há prova de que o ofício tenha sido recebido ou conhecido pelo Prefeito, que não se pode edificar responsabilidade penal com base no dever geral de qualquer servidor conhecer o funcionamento do órgão onde trabalha (a responsabilidade penal não pode decorrer do dever político do Prefeito de cumprir as leis). Com mais de 260 mil habitantes e de quatro mil servidores, há hierarquização entre os sujeitos das obrigações, manifesto que o Prefeito não é titular primeiro do poder de polícia. Atribuir um delito culposo, neste caso, partiria de pressuposto especulativo, de uma visão



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Neta quadra, a requerimento da defesa de Elissandro, ao final da sentença de pronúncia, o digno magistrado aplicou a regra do art. 417 do Código de Processo Penal. O Ministério Público (fls. 14.128 e verso) ratificou as promoções de arquivamento e as remessas à Justiça Militar Estadual e ao Tribunal de Justiça em face do foro por prerrogativa de função, asseverando que a “instrução processual não trouxe qualquer elemento de convicção novo que pudesse modificar esses encaminhamentos”.

Consabido que o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública (CF, art. 129, I), resta ao Poder Judiciário, inclusive para manter a

excessivamente regressiva do conceito de omissão penalmente relevante – não era ele quem deveria, prioritariamente, determinar o imediato encerramento ou interdição das atividades da boate Kiss. Seria um desmedido encargo exigir que o Prefeito monitorasse, por si ou via estrutura fiscalizatória, a validade das licenças ou mesmo do alvará de prevenção do incêndio. Encerra o MP dizendo que “não considerou a eventual responsabilidade política do Prefeito” e sim a importância da sua alegada omissão como causa do dramático evento, e a resposta foi negativa. Destaco trechos do que o prefeito disse quando ouvido (fls. 3.905-8): não conhecia a legislação relacionada à prevenção de incêndio (estudou-a depois do ocorrido); quanto à iniciativa de fiscalização, os fiscais atuam por provocação ou de ofício, não sabendo como cada secretaria desempenha suas atividades; desconhece planilha ou controle sobre alvarás vencidos ou por vencer; “à luz da Lei, nenhum secretário falhou e acredita que nenhum funcionário tenha falhado”; perguntado se poderiam ter fechado a boate, não soube precisar se seria medida adequada ao caso; ignorava as medidas aplicáveis a estabelecimentos que funcionem sem alvará.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

inércia da jurisdição que é baluarte da imparcialidade, no máximo, a fiscalização anômala dessa sua função, quando discordar das razões de arquivamento, seguindo o trâmite previsto no art. 28 do CPP.⁴² Trata-se, **no limite, de um**

⁴² A propósito, há interessante e recente decisão do Tribunal de Justiça a respeito de promoção de arquivamento nos casos de foro por prerrogativa de função: "AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRESENÇA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS SOBRE AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DE AMEAÇA. REMESSA DOS AUTOS AO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA ANTE DIVERGÊNCIA SOBRE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, DOMINUS LITIS, EM CASO DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO ÓRGÃO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. 1. (...) 2. Hipótese em que houve promoção de arquivamento do feito pelo Ministério Público, por seu Procurador-Geral de Justiça Substituto. 3. Embora o art. 28 do CPP apresente norma aparentemente limitando a possibilidade de revisão do pedido de arquivamento formulado pelo dominus litis em situações de competência ordinária, no caso de ser o próprio Procurador-Geral de Justiça o titular da ação penal devido a foro privilegiado, a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, em sua versão adaptada ao texto constitucional, prevê hipótese de revisão do pedido de arquivamento em inquérito ou representação criminal, a ser apreciado pelo Colégio de Procuradores de Justiça, a teor do inciso XIV do art. 8º, aliás na mesma linha do art. 12, inc. XI, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). 4. **Interpretação sistemática que harmoniza o direito fundamental de igualdade - no caso, entre o cidadão comum e àqueles dotados de foro especial -, de modo que ambos tenham a promoção de arquivamento revista, por provocação do Poder Judiciário (no exercício da função anômala, mas necessária, de velar pela obrigatoriedade e legalidade da persecução penal), no âmbito do próprio Ministério Público, que conserva a palavra final quanto ao exercício da ação penal pública (art. 129, inc. I, CF). Ainda, otimizam-se valores constitucionais republicanos, de modo que**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

espaço de soberania conferido ao Ministério Público, cujo controle final é feito pela crítica da comunidade jurídica (como a do defensor do réu Elissandro) e pela opinião pública em geral.

Duas questões ainda merecem atenção, neste tópico.

De fato e primeiro, o mundo da vida, da sociedade, e a atuação do poder público operam em tempos muito diversos. Confrontados, é imensa a dificuldade de diálogo substantivo, tantas as faíscas a gerarem dissonâncias cognitivas, estranhamento, impaciências, sofrimento.

O Ministério Público efetivamente esteve às voltas com a boate Kiss pelo menos desde agosto de 2009. Certo que **o inquérito civil instaurado em 17/8/2009** tinha como escopo apurar a poluição sonora (fls. 251 e seguintes), procedimento que **se arrastou até o evento fatal**. Vale breve acompanhamento,

o foro privilegiado não se confunda com impunidade, devendo-se evitar ao máximo, no Estado democrático de direito, espaços deliberativos absolutamente monocráticos e incontrastáveis, sem nenhuma possibilidade de controle. A medida também fortalece a independência e autonomia do Ministério Público, remetendo ao máximo órgão colegiado a ponderação sobre o desencadear de ação penal contra agentes políticos. 5. (...) AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravamento Regimental Nº **70067540161**, Tribunal Pleno - Bruxel, Redator: Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 26/09/2016).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

um penoso exercício descritivo. Salta aos olhos a dificuldade das autoridades em romper os lindes cartoriais e burocráticos na busca de satisfazer as demandas da cidadania.

Em 10/8/2009 um cidadão pediu urgentes providências de fiscalização quanto ao “silêncio público” (fl. 255). Em 20/8/2009, a Promotoria de Defesa Comunitária solicitou a medição sonora à Cia. Ambiental da BM (fl. 260), o que complementou e especificou em 03/9/2009. Reiterou, pela ausência de resposta, em 05/11/2009 (fl. 266) e, outra vez, em 03/12/2009. Em 22/02/2010 o Comando Ambiental remeteu o relatório de medição (fls. 272-80), constatado que o ruído ultrapassava os limites toleráveis. Em 04/5/2010, o então sócio-gerente da boate Kiss, Alexandre Costa, compareceu ao MP e ficou de examinar o que poderia ser feito (fl. 283), posteriormente sugerindo alterações na acústica (fl. 285), que não seriam estruturais a ponto de necessitarem de aprovações do CREA, Prefeitura e análise de corpo de bombeiros (janelas seriam fechadas, com isoladamente acústico com lã de rocha; portas de madeira e metal seriam revestidas com couro e “espumas isolantes”; e seria erguida uma parede interna a 10 cm da parede divisória com o prédio vizinho).

Elissandro já fala em nome da boate Kiss, neste Inquérito Civil, a partir de 04/8/2011 (fls. 297-8 – formalmente, sua mãe e irmã já constam do



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

contrato social desde 19/10/2010, fls. 1.280-1). Em 06/9/2011, o Promotor de Justiça determinou ofícios à Prefeitura (para checar licenças e alvarás) e ao corpo de bombeiros para saber do alvará de prevenção contra incêndio (fl. 302), que foi juntado à fl. 324 (**expedido em 11/8/2011, válido até 10/8/2012**). Em 09/11/2011, o Comando Ambiental remeteu outro relatório de medição (fls. 336-41): o ruído continuava a desatender a legislação. Em 13/9/2011, **o Capitão Bombeiro Alex Camilo relata que houve, em 11/8/2011, inspeção que constatou solução das irregularidades**,⁴³ pelo que foi expedido o respectivo Alvará de Prevenção de Incêndio (consta à fl. 382), com validade de 12 meses (fl.

⁴³ O Capitão Bombeiro Alex foi condenado, em segunda instância, pela Justiça Militar Estadual (Apelação Criminal nº 1992-14.2015.9.21.0000, Rel. Juiz Amilcar F. F. Macedo), por inserção de declaração falsa no dia 11/8/2011, justamente relacionado com este segundo alvará concedido à boate Kiss, crime militar pelo qual (junto com prevaricação), na mesma situação, foi condenado o Tenente-Coronel Moisés Fuchs – outros seis bombeiros foram absolvidos. No ponto, a boate Kiss fora notificada, em 08/11/2010, para atender a exigência de “pessoal treinado para uso de equipamentos de combate e extinção de incêndio”, o que não foi realizado pelos proprietários e nem exigido por Alex, que estava ciente, quando da expedição do alvará, do desatendimento ao requisito específico. Por isso, ao certificar que o estabelecimento havia sido vistoriado e aprovado, de acordo com a legislação vigente, inseriu declaração falsa. Pergunto, em tese: empreendedor que recebe alvará, que depende de prévia fiscalização, sem que ela tenha ocorrido *in loco*, goza de plena convicção da regularidade de seu negócio? E, caso tenha havido a inspeção, se ele alterar posteriormente o cenário? E caso ela formalize condição não atendida?



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

342). Em 22/9/2011, a Prefeitura informou que a LO estaria vencida desde 04/3/2011 (fls. 100-3).

Elissandro compareceu na Promotoria em 09/11/2011, para receber minuta de TAC (fl. 365). Com ajustes, foi assinado por Elissandro em 22/11/2011 – à cláusula quarta (fl. 397), assumiu obrigação de não-fazer (só poderia funcionar o pub até a execução integral do projeto acústico). O projeto foi apresentado em 19/12/2011 (fls. 410-1) – previa demolição e reinstalação de palco em estrutura de madeira, revestimento do piso do palco e do salão de danças (madeira compensada e placas de lã de vidro), idem para a parede do fundo em toda a extensão do palco; levantar duas paredes de alvenaria e abrir uma porta); rebaixamento do forro (gesso acartonado e lã de vidro). Em 28/02/2012, a boate Kiss informa ao MP que todos os serviços previstos foram executados (fls. 414-5). Como continuasse com a LO vencida, apesar de ter solicitado a renovação, em face da lentidão do processo junto ao município, solicitou mais 120 dias de prazo, isso em 21/3/2012 (fls. 417-8).

As obras de isolamento acústico na parte interna da boate Kiss foram verificadas pela Promotoria de Justiça (fl. 425), constando amplo (mas não muito nítido) levantamento fotográfico realizado por secretário de diligências (fls. 427-55). A LO, datada de 27/4/2012, foi juntada (fls. 458-9).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Entretanto, em 04/5/2012, há nova informação de que a poluição sonora permanece (fl. 460). Outra vez, em 07 de maio de 2012, a Promotoria pede vistoria e medição sonora à Cia. Ambiental (fl. 462). Sem resposta, reitera em 31/7/2012 (fl. 464). Ainda sem resposta, determina contato telefônico, em 10/12/2012 (fl. 465), o que ocorre em 18/01/2013 (fl. 466), sendo informado pela Cia. Ambiental que a diligência já fora realizada e que a resposta viria "o mais breve possível".

Na sequência, em 29/01/2013 (fl. 467), a boate Kiss requer cópia integral do inquérito civil, com retirada dos autos, "haja vista que o Fórum de Santa Maria, onde normalmente há serviço de xerox, está fechado, em razão do luto pelas vítimas do incêndio na sede da requerente".

Uma segunda questão merece atenção. É que a eventual incompetência ou leniência administrativa, deliberada ou sistêmica, não rompe o nexo causal no que tange às condições mobilizadas pelos réus, nem lhes concede *bill* de indenidade.⁴⁴

⁴⁴ Em termos dogmáticos, se compreendi bem os argumentos do Ministério Público, ainda que tenha havido outras condutas que objetivamente violaram deveres de cuidado na órbita da boate Kiss, talvez mesmo gerando perigo, o evento não se realizou como desdobramento do fulcro aberto pelas omissões, é dizer, mesmo tivessem atuado



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Ponderável, entretanto, o **argumento defensivo de que poderia significar, no caso dos autos, que, ao invés de assumir o risco, Elissandro atuava na confiança de que estava com “tudo em ordem”**, o que desarmaria a estrutura subjetiva do dolo eventual. Trata-se de vereda passível de controvérsia. Mas o que posso aferir, deste lugar de fala, é que **não há demonstração cabal, apoiada em evidências empíricas confluentes, de que atuava, na condução da boate Kiss, com a naturalidade de quem tomou as precauções exigíveis e, por isso, léguas distante está de assumir o risco do resultado mortes no seu empreendimento.**

Observo, no particular, que obter uma Licença de Operação, em si, mesmo em plena vigência, não funciona como carta de alforria. Basta, para tal conclusão, ler o item 1.4.2 da LO nº 113/2012 (fls. 458-9), que veda, expressamente, quanto às emissões atmosféricas, a queima de resíduos sólidos, líquidos ou qualquer outro material inflamável. Pode-se, no mínimo, cogitar que, modo amplo, o dispositivo proíbe a utilização de pirotecnia. Trata-se de

conforme o direito, permaneceria, por exemplo, a relação biunívoca entre fogo/espuma (essa, sim, de responsabilidade dos réus), cuja evitação estaria para além do âmbito de proteção das normas violadas. É dizer, faltariam elementos para a imputação objetiva do resultado mortes a outros sujeitos, autoridades, servidores, cidadãos.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

condição e/ou restrição que deve ser obedecida, como obrigação continuada. Veja-se que a LO só é válida se atendidas tais condições e, se algum item for descumprido, perde sua validade (item 3.1). Da mesma forma, pode-se no mínimo cogitar, perde sua validade se o estabelecimento alterar sua área física sem solicitar Licença Prévia da Secretária de Proteção Ambiental (item 2.4).

Por outro lado, nenhum documento e nenhuma mensagem explícita (se implícita carece de prova, com maior ônus argumentativo) apontou a defesa de Elissandro que lhe pudesse fazer crer que estava autorizado a, sem respaldo técnico, colocar espuma – material cuja máxima de experiência indica ser inflamável – nas condições imputadas, e, na concomitância desta alteração de estado do local, contratar show musical com atração de pirotecnia (assume-se, com a sentença de pronúncia, que há suficientes indícios neste sentido).⁴⁵ E,

⁴⁵ Seria razoável exigir que “adivinhasse” que a banda Gurizada Fandangueira comprava e utilizava produtos inadequados? A intuição, em geral, não é exigível, habitando os meandros da mente. Todavia, **ao contratar, em tese, show musical com atração extraordinária (pirotecnia), nas concretas condições que revestiam o palco que oferecia, parece, sim, ao menos razoável, exigir que se certificasse de todos os componentes do vetor de risco introduzido** (como o próprio réu supostamente fez quando gravou o clipe de sua banda Projeto Pantana – ao menos isolado por cordas o espaço). **Se não o fez, pode ter assumido outro elo da cadeia letal imputada. Quero crer, por outro lado, que o réu não chega a alegar que não tinha consciência, em**



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

conjugados os dois fatores, naquela noite específica permitir uma lotação que tornava o mero deslocamento na boate Kiss dificultado. Tudo, em tese, antecedido de um fazer (guarda-corpos como obstáculos) e de um não-fazer (treinamento do pessoal, sinalização no chão, etc.).

Se é **possível que ainda assim atuasse na crença de que estava tudo certo, também é plausível que estivesse consciente da soma de fatores de risco em torno dos quais atuara subjetivamente. A decisão de colocar a espuma, no bojo do inquérito civil** que pendia como espada de Dâmocles sobre seu negócio,⁴⁶ **pode ser que tenha sido induzida por alguém, tese**

geral, do risco de um incêndio na boate Kiss, inerente ao empreendimento, tanto que por causa disso, por exemplo e segundo ele próprio conta, fazia manutenção dos extintores. Solar, antes de tudo, que se tratava de atividade regulada e especialmente condicionada à prévia consideração de tal risco, na exigência de alvará específico.

⁴⁶ Elissandro já atuava diretamente pela boate Kiss no IC desde 04/8/2011 (fl. 297), quando se comprometeu a apresentar na Promotoria de Justiça as devidas licenças e alvarás. Neste desiderato, juntou Estudo de Impacto de Vizinhança (fls. 309-12), que estimava média de 500 pessoas por noite, constando *verbis*: “tendo sua capacidade máxima de 700 pessoas”. Não estou, aqui, a discutir o cálculo da capacidade máxima do local ou da capacidade de vazão. Registro, apenas, que, **em termos subjetivos, o próprio réu tinha consciência de que documento que apresentou ao Ministério Público bitolava seu público em 700 pessoas, ou seja, é como se promettesse que a boate funcionaria nestas condições.** Fora das quais, aventa-se, aumentava seu risco. Se



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

defensiva. Mas também pode ganhar contornos de aposta quase desesperada para, minorando a poluição sonora que persistia, garantir a sobrevivência do seu sonho. Uma aposta de risco, que pode, eventualmente, ser avaliada como assumir o risco – e que se renovava, viciosamente, a cada evento promovido, em maior ou menor grau, a depender das condições concretas que se delineavam, noite após noite.⁴⁷ Um ponto persiste, porém. **Apostar é sempre**

com tal população já seria necessário treinamento específico do *staff* (requisito expresso, como condição para renovação, a partir de 10/8/2012, no próprio Alvará de Prevenção e Proteção contra Incêndio, fl. 242), o que dirá quando, eventualmente, as festas “bombavam”.

⁴⁷ No quadro de uma tal aposta, os seres humanos não são, cognitivamente falando, muito competentes em estimar as chances de ocorrência de um fenômeno que fuja à experiência cotidiana (se bem que a detecção de um perigo primevo [fogo] garantiu a perpetuação da espécie). Medo visceral vem das amígdalas cerebrais, ao passo que o modo de percepção de um risco é racional, um sistema analítico, mais abstrato e lento sediado no córtex pré-frontal. Cérebros humanos trabalham com uma “cacofonia de módulos e sistemas onde vence quem grita mais alto”. Se o risco estatístico não é muito elevado, o incentivo pessoal (a depender do ganho) afigura-se tentador. Vale dizer, o “sujeito que quiser ganhar alguns cobses deixando de comprar equipamento e material antifogo tem grande possibilidade de se dar bem, já que incêndios são relativamente raros. (...) O problema com esses eventos mais ou menos raros é que, mesmo ocorrendo poucas vezes, podem produzir perdas catastróficas. Trata-se, portanto, de um assunto que não será resolvido pelas chamadas forças de mercado. Individualmente, faz sentido apostar que não ocorrerá nenhum incêndio neste ou naquele estabelecimento específico e embolsar a economia resultante. Em termos atuarias, entretanto, sabemos que, num



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

assumir algum risco e, no caso da boate Kiss, o encadeamento de vetores concretamente dispostos pode, talvez, aproximar-se mais das amígdalas do que do cálculo probabilístico. Um juízo de valor que o Tribunal do Júri deve fazer, pautado normativamente pelo cotejo do conjunto da obra e ponderar se o réu foi ou não, paulatinamente, assumindo o risco sobre os fatores encadeados a ponto de considerar-se, aquele local e naquela noite, **suficientemente perigoso para desacolher crença factível na evitação das mortes, mercê da confiança vaga ou mera esperança dos réus, que são insuficientes para descaracterizar o dolo eventual.**

Nestes lindes concretos, é de matizar o que se poderia chamar do argumento (psicologista) do suicida, às vezes convocado para afastar o dolo eventual em situações nos quais a "primeira vítima" seria o próprio envolvido (colisão de veículos automotores, por exemplo). Pese ponderável como (um) vetor hermenêutico, há de se ponderar no caso concreto. Se a aposta é muito tentadora (pela raridade do evento), compreendem-se escolhas pessoais de alto risco, na crença leviana e infundada (quase mágica) de que nada vai acontecer, aliás sentimento descrito na tipologia "jovens indestrutíveis", nas personalidades

dado período, ocorrerá um certo número de desastres. É como a loteria." (SCHWARTZMAN, Hélio. *Pensando bem...* São Paulo: Contexto, 2016, pp. 181-5).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

ousadas. A analogia com a roleta russa e até com o racha me parece suficiente para concluir que, devendo ser avaliado no juízo de mérito definitivo, não se prestar o argumento para interditar, por si, a possibilidade de configuração do dolo eventual.

Em relação a Elissandro (e vale o mesmo para Mauro), todavia, não me pareceu verossímil o item “i” da denúncia (fl. 09), de que os seguranças dificultaram a saída das vítimas, até que pagassem as despesas, cumprindo ordens prévias dos proprietários. **Neste ponto a narrativa soa artificiosa e excessiva.** Mesmo os depoimentos orais levam a outra leitura, diante da confusão inicial, ainda nos primeiros instantes do tumulto, quando ainda não haviam percebido o que acontecia. Ora, uma ordem geral de que as pessoas devem pagar suas comandas antes de sair é comezinha e nem todo ato de fala pode minudentemente excepcionar-se, vale dizer, não parece exigível que o senso comum, para situações ordinárias, tenha que ser acrescido de ressalva expressa (salvo se acontecer um incêndio e as pessoas estiverem fugindo desesperadas). Mesmo porque, assim que percebido o caos, não houve mais qualquer ato no sentido imputado. Entretanto, **pode-se tributar parte do despreparo ao item “h” da denúncia** (fl. 08), mais um indicativo de que os



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

funcionários em geral não tinham treinamento para situações de emergência. De modo que **não se altera substancialmente o quadro.**

Quanto aos extintores de incêndio, a sentença indica as imagens nas quais aparece apenas o suporte, sem o equipamento (Elissandro, no ponto, diz que sabia, mas que o suporte estava quebrado, "coisa que acontece na noite"), a par do depoimento de Bruna, indicativo de que poderia ser uma escolha estética. Como a última manutenção ocorrera em outubro de 2012, não se pode atribuir o fato (ausência do equipamento no local correto) a eventual preparação. Gianderson, funcionário da Previne Extintores, primeiro disse que quando toda vez que chegava para fazer a manutenção os aparelhos estavam fora do local correto; em juízo, matizou, uma vez já estavam no chão, para ele pegar, a outra teve que os procurar, achando uns num canto da boate, outros no chão da cozinha. Agregou que a manutenção mensal é responsabilidade do proprietário. O depoimento de Romoair (fls. 204-5) dá conta de negligência notória nessa questão, ainda que vista anteriormente. O extintor manuseado pelo réu Marcelo indubitavelmente não funcionou (ausente conclusão pericial, em aberto se por imperícia do músico ou, como ele alega, por defeito). Há indícios, portanto, na espécie, de possível falta de condições de segurança contra incêndio, o que foi imputado na denúncia.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Enfim, sendo sócio administrador, parece que o dolo eventual, no cotejo dos autos, encontra, em tese, o suporte mais robusto na pessoa de Elissandro, quem principalmente teria domínio do fato, com indicativos razoáveis a abarcar toda a cadeia causal.

Não procede, ao cabo, alegação ao estilo da irresponsabilidade coletiva, "as coisas eram assim",⁴⁸ que não torna atípica ou lícita as condutas, podendo, eventualmente, influenciar na culpabilidade, como grau de reprovação.

O **réu Mauro** alega especificamente que a pronúncia aceitou responsabilidade penal objetiva disfarçada, em face de presunções pelo que ele foi (empresário) e não pelo que ele fez. Mauro seria apenas sócio investidor da boate Kiss (da qual nem chave tinha), diferente do que ocorria com a boate Absinto, que de fato administrava. Questiona o depoimento da testemunha Vanessa (demitida por Elissandro e que perdeu a irmã na tragédia) e incursiona longa e intensamente sobre a prova oral colhida. Pondera sobre a troca de

⁴⁸ A ecoar, na atualidade, o mantra "Caixa 2 era 'modelo reinante' no país, diz Emílio Odebrecht" (Zero Hora, 14/3/2017, p. 14). Na observação de Elio Gaspari, FSP, 15/3/2017: "A principal estridência desse coro ocorre quando se vê que se planeja uma anistia para delinquentes que se recusam a confessar. Todos operam no caixa dois, diz o coro, mas eu nunca operei, responde cada um dos cantores."



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

emails (fls. 14.336-40). As obras realizadas na Kiss após setembro de 2011 decorreram de projeto apresentado, ao MP, por Elissandro antes que Mauro fosse sócio. Não pagou as parcelas de setembro a dezembro de 2011 (pelo ingresso na sociedade), época de discussão do TAC, só "voltando a pagar em final de dezembro e de janeiro de 2012", quando a Kiss voltou a funcionar "após o aval do MP". Nega que tenha participado da construção do novo ambiente. Insurge-se contra a utilização, pela pronúncia, de elemento fático não expresso na denúncia (extintores) e aduz, ao cabo, que a dúvida deve beneficiá-lo.

A sentença *a quo* considerou que Mauro "era uma pessoa experiente no ramo noturno", uma pessoa meticulosa e cuidadosa em seus negócios e que, se pode ser verdade que não tinha poder de mando, há indícios de que era empresário zeloso, *expert* que "sabia o que acontecia referente à boate Kiss".

Examinei com atenção o risco de que se estivesse a imputar responsabilidade objetiva a um mero sócio investidor (no outro extremo, estaria o *capo* oculto, manipulando homens de palha). **Diante dos elementos probatórios coligidos**, entretanto, **plausível indagar se também Mauro, junto com Elissandro, assumiu o risco das mortes**. Por um lado, boa parte das pertinentes observações da defesa do réu mergulham com demasiada



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

intensidade no mérito, cujo juízo definitivo caberá ao Tribunal do Júri. Mas o que exsurge do contraditório fornece base empírica suficiente para a acusação.

Não creio que o juízo *a quo* tenha operado simples presunção (*é sócio, logo assumiu os riscos*) – a sentença refere indícios de que Mauro sabia o que acontecia na boate Kiss (a inferência lógica é, portanto, outra: *é sócio detentor de condomínio do fato, logo também assumiu os riscos*).

Parte da prova, neste contexto, suporta afirmar que tinha poder de mando, que participou das reformas e que assentia com o modo concreto de operação da Boate Kiss.

Destaca a sentença depoimento de Vanessa, as coisas começaram a se endireitar quando ele entrou no negócio, inclusive designando funcionário de sua confiança (João) para acompanhar o cotidiano *in loco* [pode ser que apenas para verificar aspectos financeiros, mas não há critério apriorístico seguro para deslindar o quanto essa diretriz significaria “apenas pago, não importa o que acontece”]. Assentado que frequentava a boate Kiss (amiúde as quintas-feiras à noite). O depoimento policial de Ângela Callegaro, acompanhado pelo nobre defensor de Elissandro, afirma que “todas as decisões e assuntos importantes eram objeto de diálogo entre Elissandro e Mauro, uma vez que este último também tinha poder de decisão na sociedade. Mauro não se limitava a



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

perceber lucros. Havia periódicas conversas pessoais entre eles. Isso ocorria diariamente, e também utilizavam telefone e email para manter contato.” (fls. 775-7 e 2.110-2, vols. 4 e 9, respectivamente). Em juízo, matizou, restringindo a gestão societária de Mauro ao escopo financeiro. **Qual versão deve preponderar? Parece-me, é avaliação que cabe ao Tribunal do Júri.**⁴⁹ Diga-se o mesmo acerca do significado das trocas de emails entre os sócios, havendo espaço para debate, certo que não vieram as respostas de Mauro, que ajudariam muito na interpretação do sentido geral

O engenheiro Miguel Pedroso confirmou em juízo que viu Mauro na obra (reformas para adequação acústica), inclusive carregando sacos de areia para dentro do local. O contrato de cessão de cotas mostra um aporte de mais de 50% do valor do negócio, antes do início das obras, e o parcelamento do saldo, em nove vezes, a partir de 15/01/2012 (fls. 1.010-1). A narrativa da defesa

⁴⁹ Algo similar acontece com os depoimentos de Diogo Callegaro. Também é o Júri que deve ponderar o depoimento de Vanessa (ex-funcionária da boate e cuja irmã morreu no evento), que manteve firme em juízo a versão de que recebia ordens de Mauro (que inclusive teria escolhido a cor da fachada da boate). Jairo, segurança, confirmou em juízo que viu ambos os sócios reunidos com funcionários da Kiss. A arquiteta Nivia, que fizeram uma proposta de alteração do interior da boate, recebeu de Elissandro a resposta que teria que mostrar para o sócio, não poderia decidir sozinho (Elissandro alega que era apenas um despiste para recusar, diante de sua falta de interesse).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

de Mauro, no ponto, carece de maior comprovação, não parecendo, assim, que “suspendeu” os pagamentos em face do imbróglio com o MP, já que a ordem dos recibos indica que seguiram o avençado.

Quanto aos guarda-corpos, o depoimento policial de Ricardo, gerente da boate Kiss, é detalhado: “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”. Matizou em juízo.⁵⁰

Tangente ao uso de fogos pela banda Gurizada Fandangueira, era corriqueiro e Giovani, integrante da banda, assevera que já tinham usado o mesmo fogo na Kiss e também na Absinto (diretamente administrada por Mauro).

Por fim, a sentença registrou que, pese a não explicitação dos extintores de incêndio na denúncia, depois explorados nos memoriais do

⁵⁰ Há, também, o depoimento de Matheus: “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”.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Ministério Público, o fato, controvertido ao longo da instrução, foi aludido na menção “manter a casa sem condições de segurança”, como seu desdobramento. Comungo de tal entendimento.

O **réu Luciano** alega que só participou dos episódios como “roadie”⁵¹ da banda Gurizada Fandangueira, para a qual prestava serviços sem qualquer autonomia quanto à “forma de apresentação nos shows”, sempre cumprindo ordens e seguindo as orientações dos dirigentes do grupo – do qual jamais foi produtor. Pergunta como poderia conhecer as condições dos locais em que os shows aconteciam, não lhe “passava pela cabeça” a existência de alguma irregularidade.

O **réu Marcelo** alega que a banda Gurizada Fandangueira não era “regular” (não tinha CNPJ, um proprietário explícito), era formada por amigos que tinham outras atividades principais (Danilo, o único integrante falecido, era

⁵¹ Roadie (do inglês, *road*, estrada, mais a terminação diminutiva *ie*) seria o *estradinha* num neologismo popular. São os técnicos ou pessoal de apoio que viajam com uma banda em turnê, geralmente em ônibus leito, e lidam com cada parte das produções de shows, exceto realmente executar a música com os músicos. [Roadie – Wikipédia, a enciclopédia livre](https://pt.wikipedia.org/wiki/Roadie) <https://pt.wikipedia.org/wiki/Roadie>, acesso em 13/3/2013.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

quem geria os contratos, verbais). Era praxe aquele modelo de apresentação, utilizando um a três artefatos pirotécnicos por show (dois na frente do palco e um na sua mão, pois era vocalista). Quem produzia, instalava, acionava e retirava os artefatos era o réu Luciano, em quem acreditava quando este informava que era seguro. Nem sabia que existia fogo frio e quente. A pirotecnia não era novidade e havia anuência dos proprietários. Desde o início, combateu o fogo e tentou minimizar seus efeitos, inclusive com extintor que não funcionou. Confiou que a boate Kiss fosse um lugar seguro, livre de riscos, Elissandro até incentivava o uso de pirotecnia. Desconhecia as espumas instaladas. Com exceção do fogo e da forma que o utilizou no palco (itens "a" e "c" da denúncia), não pode ser responsabilizado pelos outros itens, relacionados aos proprietários da boate.

Refleti sobre a **ponderável alegação das defesas**, no sentido geral de que o **dolo eventual em relação às mortes é capenga para ambos**, diante da **falta de conhecimento/ingerência pela banda da maior parte da série causal atribuída pelo Ministério Público**. A acusação, registro, ao menos nos memoriais, afirma que os nove elementos (itens "a" a "h") "eram do conhecimento dos quatro réus" (fl. 13.506v).

Creio que a partir **do item "e" até o "j" é relativamente frágil a imputação**, pois relacionados a inexistência de saídas alternativas, sinalização de



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

emergência inadequada, única saída insuficiente para dar vazão às pessoas e obstruída, funcionários destreinados, exaustores obstruídos. Ainda que conhecessem a boate Kiss, de apresentações anteriores, não são de percepção clara e evidente, envolvendo fatores quase ocultos e processos internos de gestão de pessoas – **talvez com a única exceção do item “g”**, bastante visíveis os guarda-corpos, a partir já da entrada.

Entretanto, de “a” a “d”, os itens restantes podem razoavelmente referirem-se a Luciano e Marcelo, aliás com particular intensidade (a refletir na aferição do “assumir o risco”) para os itens “a” (fogo de artifício inapropriado para local fechado) e “c” (acionado no palco, de modo concretamente arriscado, perto das cortinas e da espuma que revestia o teto). Quanto aos itens “b” (ambiente visivelmente inapropriado para pirotecnia – continha materiais suscetíveis a queima) e “d” (a boate estava superlotada), à vista desarmada, configuram fatores percebidos pelo senso comum, bastando manusear as tantas fotos que mostram a evidente aglomeração das pessoas dentro da boate (aliás referida por ampla gama de depoimentos orais), o que torna o deslocamento das pessoas, experiência adquirida por qualquer ser humano adulto normal, dificultosa e acarreta perigos adicionais para determinados comportamentos (veja-se que dos 640 m² de área



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

total da boate Kiss, apenas 369,98 m² destinavam-se à circulação do público, conforme tabela e figura de fls. 5.882-3 – e estamos falando de pelo menos 880 pessoas naquela noite). Vale a mesma ideia para o fato visual da existência de materiais sujeitos à combustão no entorno do palco (fls. 6.096-8 e 6.100).

Merece particular atenção o Laudo Pericial nº 12.268/2013, produzido pelo IGP (fls. 5.756-918, vol. XXVII do Anexo). As imagens 1 e 2, obtidas durante o evento, antes do início do fogo (fl. 5.819), mostram, no plano visual do palco, as cortinas, luminárias, revestimento do forro, das paredes e da tubulação de ar condicionado. No canto superior direito **“se visualiza segmentos de espuma de poliuretano de tonalidade cinza escuro, fixadas ao duto de ar condicionado e ao teto (...) No revestimento de espuma do forro e do duto, percebe-se que os segmentos possuíam formatos retangulares, cujas bordas irregulares não permitiam uma perfeita justaposição, deixando espaçamentos (frestas) entre as peças.”** – tudo visual e externamente perceptível. A impressionante sequência de quadros (*frames* dos momentos iniciais do fogo) mostra fragmentos incandescentes da espuma precipitando-se e a progressão das chamas sobre a tubulação do ar condicionado, dinâmica ilustrada às fls. 5.833-5.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Alguma **intuição de senso comum**, neste caso, parece importante, também porque se afere a cognição/volição dos réus no sentido de que tenham “assumido o risco”. Proponho o seguinte percurso. Parta-se da vista geral da boate Kiss (fl. 5.758); tenha-se em mente a planta baixa, com os diversos compartimentos do pavimento térreo da edificação (fl. 5.761, em perspectiva 3D à fl. 5.762); percebam-se divisórias de madeira, desníveis (fl. 7.763, figura esquemática à fl. 5.767); vejam-se as portas intermediárias, de descarga e sanfonada e a única saída (fl. 5.885, com detalhes às fls. 5.889-91); os guarda-corpos próximos às portas (fls. 5.895-7, especialmente fls. 5.901-2). Termine-se com a vista geral de fl. 5.918, desdobrando a planta e revendo o pavimento térreo e o acesso. É inescapável a imagem de um labirinto. Tal impressão, em diferentes ângulos e matizes, é compartilhável desde que se entra no local e, num deslocamento diagonal, aproxima-se do palco principal onde ocorria o show pirotécnico. Plausível, portanto, que os protagonistas assumiram o risco, não em face de cálculos probabilísticos, mas ao seguirem nos respectivos planos de conduta mesmo num cenário adverso e animado, naquela noite, por uma multidão.

Tangente ao artefato pirotécnico, certo que não há precisão absoluta quanto ao centelhador que foi efetivamente utilizado, muito provável



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

que tenha sido o "Chuva de Prata 6" (conjugando-se a nota fiscal de fl. com as descrições orais e achados periciais). Confirmam-se as fotografias de fl. 5.836, notadamente as instruções de uso e estocagem na embalagem: **01 – Verifique antes de soltar se o local é aberto ou ao ar livre; 02 – Ao soltar fogos de artifício é obrigatório manter-se a 10 metros de pessoas, casas, hospitais, rede elétrica, veículos, combustíveis, produtos inflamáveis, explosivos etc.; 05 – É proibida a venda unitária deste produto.**

Por outro lado, em relação a Luciano e Marcelo **não me pareceu verossímil a terceira imputação quando da individualização de suas condutas, isto é, que [também] teriam concorrido para o fato "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"** (fls. 06 e 13.502-3). Neste ponto a narrativa soa artificiosa e excessiva. Depoimentos orais e análise de vídeos levam a outra leitura. Marcelo, particularmente, manuseou o extintor de incêndio, tentando apagar o início do fogo. Fundamental, aqui, é que não parece que tivessem, naqueles momentos seguintes, acesso fácil ao sistema de som, pela singela razão de que fora desligado, neste ínterim. A versão de Marcelo é confirmada pelo depoimento do operador de som Venâncio da Silva Anschau (vol. 43, mídia à fl. 9.380, "desliguei



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

o sistema de som”), e é harmônica com as imagens captadas e, penso, chega a ser descrita nos memoriais dos promotores de justiça: “mostra [vídeo à fl. 13.082, vol. 61] que ele [Marcelo], após o que teria sido uma tentativa frustrada de apagar o princípio de fogo com um extintor que não teria funcionado, apanhou um microfone sem fio, olhou para o teto em chamas, levantou o equipamento em gesto de quem o utilizaria para falar no sistema de som da casa noturna, mas deixou de fazê-lo, largou o instrumento e simplesmente saiu.” (fl. 13.506).

Entretanto, remanescem as condutas primeira e segunda imputadas, pelo que não se altera decisivamente o quadro.

Tangente ao **réu Luciano, se é ponderável que fosse mero auxiliar e “longa manus” das decisões coletivas da banda** (e há vários depoimentos neste sentido), **também possível que fosse considerado um seu integrante, a abarcar seu apoio a produção geral do show** (uma das variantes do conceito de “roadie”, que apenas excetua realmente executar a música no palco). O réu Marcelo parece indicar que Luciano era o responsável pelo modelo de apresentação pirotécnica (produzia, instalava, acionava e retirava os artefatos), sendo que sua palavra era no sentido da segurança dos artefatos. Registro, aqui, a versão de Daniel Rodrigues: **Luciano estava esclarecido da inadequação do material adquirido, que se destinava apenas a ambiente externo** (o produto



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

indoor era bem mais caro),⁵² o que se conforta parcialmente pela nota fiscal de fl. 1.403 (vol. 7) – houve uma aquisição em 25/01/2013 de material compatível com a versão da testemunha e com a dinâmica do evento. Claro que, como proprietário da loja, o depoimento de Daniel deve ser ponderado (não lhe seria, à evidência, indiferente a versão do réu Luciano), havendo controvérsia se de fato só vendia os produtos regularmente (na embalagem, em caixa) ou se havia venda avulsa [a nota fiscal referida parece descrever aquisição de caixas e também de unidades].⁵³ **Não vejo como retirar do Tribunal do Júri a apreciação desta questão.**

Quanto ao **réu Marcelo**, de fato tentou combater o fogo, mas, por óbvio, **não alcançou arrependimento eficaz. Remanesce, para verificação, até que ponto a banda deliberava em conjunto (escolhas gerais de custo,**

⁵² Nas caixas havia as orientações técnicas e devidas advertências. Luciano, “ao comprar os artefatos, os levava nas caixas onde constavam todas as orientações de segurança. (...) Quando ofereceu o produto *indoor* para Luciano ele achou caro, pois para o uso deles, em termos de banda, sairia caro.” (fl. 1.401).

⁵³ A nota fiscal, em si, trata de uma compra possivelmente destinada a várias apresentações. Sputnik e Chuva de Prata são espécies de fogos de artifício. Os “skibs” seriam um tipo de “disparador eletrônico”, e seriam montados na loja, pelo próprio Daniel (que não se deslocava até os locais de apresentação), o que poderia explicar, em tese, eventual abertura das caixas.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

repertório, coreografia, pirotecnia). Em comportamentos repetitivos, a adesão vai-se consolidando, mas não significa, a rigor, automatismo inconsciente. Ele, que **diretamente manuseava o produto (em si perigoso, mormente se havia prévia decisão da banda por produto inadequado), deveria a cada evento revisar o material que utilizava e a maneira como o faria.** Se não o fazia, plausível perguntar ao Júri, nas condições daquela noite, daquele palco e daquele público, se assumiu o risco.⁵⁴

Neste contexto, pode-se concluir, pelo menos, que **não há comprovação cabal da tese defensiva do réu Marcelo, de erro de tipo invencível provocado por terceiro** (no caso, o réu Luciano, que nega tal fato), que poderia, em tese, excluir o dolo (mesmo eventual), pois afetaria o conhecimento do vetor de risco. Diga-se **o mesmo**, com maioria de razão, **em relação a eventual erro de proibição.** Além de implicar indagação profunda em sede de culpabilidade, trata-se (a pirotecnia) de atividade regulada e cercada de cuidados devidos. Não ser advertido pelas autoridades não importa, *ipso facto*, ausência de consciência da ilicitude, que basta potencial.

⁵⁴ Deveria ter abortado a pirotecnia, diante da menor dúvida? Redirecionar a direção e o ângulo do gestual adotado? Figure-se, guardadas as proporções, o *check list* de pilotos de avião, que se renova incessantemente (a confiança não elide o cuidado).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

4.3. É possível imputar tentativa de homicídio com dolo eventual

Diferente do sustentado ao longo do processo pelas defesas, entendo juridicamente viável a ocorrência de homicídio, simples ou qualificado, animado por dolo eventual, na forma tentada, obviamente a depender das circunstâncias concretas.

Pese a controvérsia,⁵⁵ há boa doutrina a confortar, expressamente, tal compatibilidade. Na referência romano-germânica, matriz de nosso direito penal, entre autores alemães e portugueses, **a possibilidade dogmática da figura tentada com dolo eventual parece-me majoritária**. Como paradigma, a lição de Figueiredo Dias, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: **"Tentativa e dolo eventual**. De algum modo no outro extremo se posicionam autores para quem a tentativa é **incompatível com o dolo eventual**: a decisão criminosa em causa na tentativa só poderia ser imputada ao agente nos quadros do dolo directo, mesmo sob a sua forma mais estrita, a da intenção.

⁵⁵ A sentença anotou, no ponto: "ficam, da mesma forma, para serem examinadas [as teses de incompatibilidade do dolo com o instituto da tentativa] pelo Conselho de Sentença, vez que também se apresenta conflitante".



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

A doutrina maioritária, portuguesa e estrangeira, acompanhada de resto pela jurisprudência nacional dominante, não aceita esta restrição. Do nosso ponto de vista, com razão: quer porque a 'decisão' a que se refere a art. 23º-1 não tem de (nem deve) ser entendida em termos diferentes e mais exigentes do que aqueles que valem para qualquer tipo de ilícito doloso, que exige *sempre* ser integrado por uma 'decisão', não necessariamente por uma 'intenção'; quer porque não existe nenhuma incompatibilidade lógica e dogmática entre o tentar e cometer um facto doloso e a representação da realização apenas como possível, conformando-se o agente com ela; quer porque, decisivamente, estão nestes casos colocadas as mesmas exigências político-criminais, a mesma 'dignidade punitiva' e a mesma 'carência de pena' que justificam a punibilidade de qualquer tentativa (...) na desistência o agente abandona o dolo do facto, na tentativa com dolo eventual o dolo persiste, inexistindo por conseguinte aqui qualquer factor susceptível de diminuir a dignidade penal do facto. Devendo assim concluir-se que, tal como, em geral, no delito consumado (supra, 13º Cap., § 34 e ss.), **na tentativa o dolo pode assumir qualquer uma das suas formas:** intencional, necessária ou eventual."⁵⁶

⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a*



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Cito, ainda, dois conhecidos tratadistas alemães, Jescheck e Jakobs, de concepções diversas em termos de teoria geral do delito, mas unívocos em relação ao tema: "La tentativa exige el tipo subjetivo completo. Ahí se incluye, por de pronto, el **dolo** (crf. supra § 29 III). Este, como en el delito consumado, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo. En los tipos cualificados deben comprenderse también los elementos cualificadores. El dolo cabe igualmente em su modalidad de *eventual*, siempre que este sea suficiente conforme al tipo respectivo."⁵⁷ "El tipo objetivo no está completo em la tentativa; el tipo subjetivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición por el delito doloso consumado. (...) Si para la consumación basta el dolo eventual, también será así para la tentativa [doctrina enteramente dominante]."⁵⁸

doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2007, p. 694/695.

⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (Trad. José Luis Manzanares Samaniego). 4ª edición completamente corregida y ampliada. Editorial Comares, Granada, 1993, p. 466.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de La imputación*. 2º ed, corrigida. Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S. A. Madrid, 1997, p. 866.No mesmo sentido: "Até onde seja suficiente o dolo eventual para a consumação do delito, vigora o mesmo para a tentativa (RGSt 61159). Um erro de tipo no sentido do §



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No Brasil, os mais ilustres comentaristas de meados do século XX, da Era Vargas ao período militar, vão na mesma toada. É clássica a posição de Nelson Hungria, acompanhada, por exemplo, por Aníbal Bruno: "**Tentativa e dolo eventual**. Do mesmo modo que é conciliável com o *dolo de ímpeto*, a tentativa também o é com o *dolo eventual*. Este ponto de vista é inquestionável em face de nosso Código, que equiparou o dolo eventual ao dolo direto. Se agente *acquiesce* no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição (veja-se nº 73): logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente *improficua* (tentativa *branca*). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa."⁵⁹; "O elemento psicológico-normativo da culpabilidade na tentativa é o dolo. Mas o dolo do crime consumado (...) Dolo

16 | 1 exclui, igualmente com o dolo, a resolução do fato." – WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral. Aspectos Fundamentais*. (Trad. Juarez Tavares). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 133.

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Volume I, tomo II: artigos 11 ao 27 por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1978, p. 90.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

direto ou dolo eventual, que valem o mesmo em nosso Direito. Querer o resultado e assumir o risco de produzi-lo se equivalem.”⁶⁰

Na redemocratização, a posição continua firme. Para ilustrar, Heleno Cláudio Fragosos: “Na tentativa, o tipo objetivo é incompleto; o tipo subjetivo é o mesmo exigido para o crime consumado, podendo inclusive ser constituído pelo dolo eventual. Se este é suficiente para a consumação do crime é também bastante para a tentativa correspondente.”⁶¹. Na mesma linha Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “A tentativa requer sempre o dolo, isto é, o querer do resultado. Não há razão alguma para excluir o dolo eventual da tentativa: há tentativa de homicídio quando se joga uma granada de mão sobre alguém e não se consegue matá-lo, mas, também, quando se lança uma granada de mão contra um prédio, sem preocupação com a possível morte do morador, que dorme próximo à janela.”⁶² Mais recentemente, e invocando as lições de Nelson Hungria, Cleber Masson (p. 330, reconhecendo o autor a existência de

⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 2º. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, pp. 240-1.

⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 252. Também PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 461.

⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 700



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

posições pela inadmissibilidade): "Orienta-se a doutrina pelo cabimento da tentativa nos crimes cometidos com dolo eventual, equiparados pelo art. 18, I, do Código Penal, no tocante ao seu tratamento, ao dolo direto. A dificuldade de prova do início da execução de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias ao entendimento do agente é questão de natureza processual, em nada interferindo na tipicidade do fato".⁶³

Para não me alongar, Nucci, que consigna, logo de plano: "é perfeitamente possível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto". Com efeito, (i) o agente pode ingressar no estágio de execução movido pela assunção do risco e não necessariamente por uma vontade clara e direta de atingir o resultado; (ii) o dolo eventual poderia até recair sobre elemento normativo do tipo – na dúvida sobre ser coisa sua ou alheia, o agente assume o risco do furto e, surpreendido nesta atividade (que periclitou o bem jurídico da mesma forma que ocorreria no caso de dolo direto), configurada tentativa de furto; (iii) 'Busca-se, em verdade, transformar a mente humana em algo mais hermético do que efetivamente é. Há, em nosso entender, zonas cinzentas do querer, totalmente compatíveis com

⁶³ MASSON, Cleber. *Direto penal esquematizado – parte geral*. v. 1, 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 330.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

a previsão legal do dolo eventual. Em outras palavras, é perfeitamente viável a atuação do agente que, buscando determinado resultado, admite como possível a ocorrência de outro, que, embora não desejado diretamente, é assimilado, acolhido, sufragado, ainda que camufladamente.”⁶⁴

Nucci exemplifica com o sujeito que desfere vários tiros numa delegacia de polícia, para atemorizar vizinhança e policiais; ele não quer, de forma direta, matar este ou aquele agente (pode nem saber se há algum de plantão), mas assume tal risco: “A representação do resultado morte passa-lhe na mente, ainda que como resultado secundário, admitido no íntimo, ou mesmo ignorado, quando não deveria sê-lo, o que permite a configuração de uma tentativa de homicídio caso o bem jurídico vida tenha efetivamente corrido risco.”⁶⁵

Certo, por outro lado, que há respeitável supedâneo doutrinário em sentido contrário, bem como dissídio jurisprudencial, inclusive no seio desta Corte e, particularmente, desta Primeira Câmara.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 187-90

⁶⁵ NUCCI, Código Penal Comentado, p. 189.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Em respeito aos meus pares, especialmente os que pensam de forma contrária, permito-me uma última observação. Salvo no que tange aos delitos de tráfego, **constato escassez de precedentes, a redundar no fato de que há poucas constelações fáticas sopesadas, aptas a “domesticar” o dolo eventual.** E, nos delitos de trânsito, percebe-se, amiúde, uma certa exasperação punitivista da persecução penal, com uma tendência de refreamento pelo segundo grau.

Creio que é imprescindível, mormente em face da tutela do bem jurídico vida, **provimento prudencial pelo Poder Judiciário, em campo minado pela divergência jurisprudencial e por alguma polêmica doutrinária.** Penso, no particular, que a tentativa recusada *a priori* significa assumir a existência de um “dolo especial de tentativa”, o que nos conduziria ao **paradoxo temporal do elemento subjetivo** – que está, previamente, orientando a conduta, seja de matar premeditadamente alguém, seja de explorar de modo temerário um clube noturno (ou apresentar-se artisticamente assim), assumindo o risco de mortes em caso de incêndio.

De um modo ou de outro, o dolo já está lá, orientando a conduta, como decisão pela possível lesão ao bem jurídico vida (Roxin), e não pode, com



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

a devida vênia, ser imputado *secundum eventum*, isto é, a mesma conduta é considerada homicídio se a vítima morre, mas lesão corporal se o sujeito é socorrido com eficácia, para ilustrar.

Nesta lógica, **o dolo, direto ou eventual, há de ser aferido no momento da conduta e não pode variar em face do resultado que, tantas vezes, é aleatório**, como no exemplo da maior ou menor eficácia do resgate médico. No **dolo eventual**,⁶⁶ nomeadamente em fatos complexos e eventos

⁶⁶ Como no dolo direto, de resto. Parece, às vezes, que a figura magnética do dolo direto, onipresente na teoria geral do delito, captura a psique do intérprete. Há doutrina, entretanto, a sinalar "que esta zona intermediária que conhecemos como *dolo eventual ou indireto* tem muito mais afinidade com a culpa consciente do que com o dolo direto" (FERRE OLIVÉ, Juan Carlos. *et.al. Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Princípios Fundamentais e Sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 339). Não a ponto, contudo, de embaralhar desenganadamente os conceitos. Alerta Faria Costa que negar autonomia para o dolo eventual e reconduzi-lo à categoria da negligência seria um *felix error*, "pois o dolo eventual tem autonomia frente à negligência", além de ressaltar a importância das construções doutrinárias no seio das finalidades político-criminais" - COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 572-3. Não sendo esse o lugar nem o momento para debate doutrinário, apenas cogito que parece não poder haver desistência voluntária no dolo eventual (o agente, bem de ver, não inicia, direta, pontual e intencionalmente, ato executório contra a vida da vítima, pelo que tampouco pode dispor deste curso executório que, neste preciso sentido, simplesmente não está disponível ao autor). Além disso, pondero, a interrupção do comportamento arriscado pode manter o fato atípico (a depender da distância que se está de lesionar o bem ou da intensidade da situação de perigo), o que



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

multitudinários, parece evidente que **o resultado** - por fatores alheios à vontade do agente - **pode variar/flutuar pelas diversas vítimas**, ou, sendo uma única vítima, de acordo com circunstâncias tão particulares como a resistência orgânica do sujeito passivo ou a maior ou menor rapidez do socorro. Pondero, todavia, figurando duas vítimas atingidas pela mesma conduta do sujeito ativo, que não faria sentido afirmar que, no mesmo substrato de vida, o agente cometeu dois crimes claramente distintos em termos de tipicidade subjetiva (homicídio e lesão corporal), para o que seria necessário atribuir-lhe vontade bifronte (a ser exercida, pior, antes que se soubesse o que vai acontecer com cada vítima individualizada).

Ademais, há precedentes neste sentido. Especificamente, o Superior Tribunal de Justiça, admitindo tentativa de homicídio com dolo eventual:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. HOMICÍDIOS NO TRÂNSITO. DOIS

é de todo justificável em termos político criminais, já que é a aproximação de algum resultado que torna o fato relevante – diferentemente, no delito culposo é indeclinável o resultado. Mas não vejo óbice, a rigor, para arrependimento eficaz.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

CONSUMADOS E UM TENTADO. DOLO EVENTUAL. VELOCIDADE EXCESSIVA.

DIREÇÃO SOB EFEITO DE ÁLCOOL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO DOLO EVENTUAL.

CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM A ASSUNÇÃO DO RESULTADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 3. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E A TENTATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. 4. DOLO EVENTUAL E QUALIFICADORA DA SURPRESA. INCOMPATIBILIDADE. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA DECOTAR A QUALIFICADORA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo eventual, só pode ser valorado com base nos elementos fáticos da conduta imputada, haja vista não ser possível conhecer, de fato, o intelecto do paciente. Verifica-se, portanto, que a conduta narrada apresenta circunstâncias que autorizam se falar em dolo eventual,



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

haja vista o paciente estar acima da velocidade permitida, sob a influência de bebida alcoólica, e tendo atropelado as vítimas quando estavam atravessando a faixa de pedestres com sinalização favorável.

3. No que concerne à alegada incompatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "a tentativa é compatível com o delito de homicídio praticado com dolo eventual, na direção de veículo automotor". (AgRg no REsp 1322788/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015).

4. Quanto à compatibilidade do dolo eventual com o recurso que impossibilita a defesa da vítima, tem prevalecido, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, não ser possível a incidência da referida qualificadora. De fato, se tratando de crime de trânsito, com dolo eventual, não se poderia concluir que tivesse o paciente deliberadamente agido de surpresa, de maneira a dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para decotar a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

(HC 308.180/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016) - **grifei**.

Neste Tribunal, certo que existem decisões noutra sentido, há várias julgados que suportam a tentativa de homicídio com dolo eventual. Cito, para ilustrar, dois precedentes da Terceira Câmara Criminal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRATICADA COM DOLO EVENTUAL. ADMISSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE ENTRE DOLO EVENTUAL E CRIME TENTADO. CONTEÚDO MATERIAL DO DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. COEXISTÊNCIA DE TENTATIVAS DE HOMICÍDIO COM DOLO DIRETO E EVENTUAL. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. CRIME CONTRA A VIDA. EXISTÊNCIA DO FATO E INDÍCIOS DE AUTORIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA.

1. A conduta de quem, querendo atingir diretamente outrem, e, mesmo percebendo que a vítima, criança pequena, está ao lado do desafeto, efetua disparos, sendo que o desenlace fatal não se deu porque não acertou região vital (embora atingida a cabeça da vítima), caracteriza materialmente dolo eventual e configura homicídio tentado. Se o crime tentado



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

pressupõe, apenas, o início da execução, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, basta verificar, em qualquer modalidade dolosa (direta ou eventual), se há vontade, livre e consciente, do agente: diretamente dirigida ao resultado (dolo direto) ou se *decidiu (livre e conscientemente) pela possível lesão do bem jurídico*, o que na dicção legal traduz-se por "assumiu o risco de produzir o resultado" (dolo eventual). Neste caso, ao perceber a possível realização de um tipo penal (ainda que eventual e contra suas próprias esperanças de evitá-lo), e prosseguir, o agente decidiu-se contra o bem jurídico protegido pelo respectivo tipo. Na culpa consciente, a decisão do agente é de praticar ou prosseguir no ato perigoso, diante de razoável expectativa (confiança censurável, entretanto) de que não atuará contra o bem jurídico tutelado. (...) (Recurso em Sentido Estrito Nº 70046683298, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 13/09/2012)

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



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

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).

E, muito recentemente, nesta Primeira Câmara (advertindo que a matéria continua em debate e está longe de pacificada, com posições claramente divergentes entre os integrantes do Colegiado):



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS EMPÍRICOS INDICATIVOS DE DOLO EVENTUAL NA CONDUTA DO AGENTE.

1. Pese a controvérsia, juridicamente viável imputação de homicídio tentado mediante dolo eventual, não havendo incompatibilidade a priori. Doutrina e jurisprudência. Não se trata, de todo modo, de impossibilidade jurídica do pedido.

Precedentes das Câmaras Criminais e do Primeiro Grupo.

2. Incontroversa a materialidade, no caso, e presentes indicativos de autoria. Cotejo do cabedal probatório, entretanto, que afasta a verossimilhança de que o réu tenha agido mediante dolo eventual de matar a vítima no caso dos autos. Golpe único (pontapé), ainda que desferido em região nobre do corpo (cabeça), no contexto de manifestação popular em que manifesta a exaltação de ânimos, e no momento em que o pai do acusado Vinícius estava sendo contido, mediante força física, pela guarnição policial integrada pelo ofendido. Elementos conjuntamente considerados a contrariar a tese acusatória descrita na denúncia, de que o réu assumiu o risco de ceifar a vida da vítima. Rejeição da denúncia mantida, por ausência de justa causa.

RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

70071590350, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 08/03/2017).

Não vejo, repito, impossibilidade lógica de homicídio tentado com dolo eventual, cuja demonstração, mesmo que tormentosa em situações concretas, a rigor não encerra empecilhos dogmáticos e, menos ainda, legais.

O legislador já reduziu, naquele seu legítimo e democrático espaço de conformação, ao menos em algum grau, a complexidade da questão, ao equiparar, no inciso I do artigo 18 do Código Penal, o agente que quis o resultado àquele que assumiu o risco de produzi-lo, subsumindo ambos à figura do crime doloso. Assim, se o crime tentado pressupõe, apenas, o início da execução, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (superada, reitero, a noção de que haveria um "tipo especial de tentativa" no inciso II do art. 14 do Código Penal), basta verificar, em qualquer modalidade dolosa (direta ou eventual), se há vontade, livre e consciente, do agente: diretamente dirigida ao resultado (dolo direto) ou se *decidiu (livre e conscientemente) pela possível lesão do bem jurídico*, o que na dicção legal traduziu-se por "assumiu o risco de produzir o resultado" (dolo eventual).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Penso, ainda, que tal comando legal, ao unificar distintas condutas (recortadas da experiência humana – com supedâneo antropológico bem assentado, portanto) no gênero conceitual *dolo*, não viola, ao menos flagrantemente, a proporcionalidade sancionatória, pois a gradação da reprovação social das condutas será aferida na culpabilidade, com necessários reflexos na dosimetria da pena. E sempre restará o filtro jurisdicional, ao influxo da prudência dos colegiados, para refrear eventuais objetivações punitivistas que não se sustentem na vontade do agente dirigida contra os bens jurídicos socialmente mais relevantes, demonstrada concretamente nos elementos probatórios carreados e crivados pelo contraditório processual.

No caso em tela, a denúncia, no 2º § do item 1, descreveu que, dado início ao ato de matar as vítimas [desencadeado o fogo e a emissão de gases tóxicos], as mortes não se consumaram por circunstâncias alheias aos atos voluntários praticados pelos réus, “pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz”. A imputação encontra guarida tanto na prova oral (vítimas e médicos), na reconstrução da dinâmica do evento, quanto nos autos de exame de corpo de delito e outros documentos, dando conta dos malefícios



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

pela inalação da fumaça e também de queimaduras sofridas, v.g. fls. 2.528-9, 2.533-4, anexo 11; fls. 10.244-6 e 10.248, vol. 47.⁶⁷

De maneira simples, e para concluir, não é da utilização inadequada da ferramenta que deve se seguir sua eliminação do arsenal à disposição do sagaz artífice.

4.4. Recuo da extensão típica (exclusão das qualificadoras)

Em relação às qualificadoras descritas na exordial, questiona-se, em doutrina e na jurisprudência, se, em geral, se harmonizam com os crimes cometidos mediante dolo eventual, notadamente aquelas de cunho subjetivo.

Na hipótese dos autos, são imputadas aos réus as qualificadoras do motivo torpe (ganância) e do meio cruel, este último em duas vertentes, mediante o emprego de fogo e de asfixia.

No diz com os réus Mauro e Elissandro, a denúncia diz que cometeram o crime por **motivo torpe** em razão da **ganância**, pois teriam

⁶⁷ Registro parte do reflexo processual da magnitude lesiva do evento. Os autos de necropsia ocupam treze (13) volumes dos anexos – da fl. 3.277 do vol. 14 à fl. 5.460 do vol. 26, mais de duas mil páginas.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

economizado com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não realizarem investimento contra incêndio, bem como teriam lucrado com a superlotação da casa noturna, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas.

Já no que tange aos acusados Marcelo e Luciano, a denúncia informa que cometeram o crime também por ganância, uma vez que adquiriram fogo de artifício indicado para uso externo por ser mais barato que o sucedâneo para ambientes internos, apontada uma diferença substancial nos preços dos artefatos.

Na técnica legislativa adotada para elaboração das qualificadoras do homicídio no Código Penal Brasileiro, apresenta-se, inicialmente, o elemento que torna mais reprovável a conduta e, em sequência, o legislador exemplifica em que circunstâncias a hipótese incidiria, a direcionar sua aplicação. O legislador levou em consideração, para o quantitativo superior da pena ordinária, o "o maior grau de *criminosidade* que revelam", na expressão de Hungria.⁶⁸ Em Portugal, pese alguma peculiaridade, o legislador combinou um critério generalizador (o art. 132º-1 do CP Português refere "circunstâncias que revelem

⁶⁸ HUNGRIA, Nelson./FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. volume V, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 163.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

especial censurabilidade ou perversidade”) e a técnica dos exemplos-padrão (que vão discriminados no art. 132º-2, alíneas “a” a “l”), de maneira que, para incidir o homicídio qualificado, não basta tão-somente a verificação de um deles, antes, há de resultar uma “imagem global do fato agravada correspondente ao especial conteúdo de culpa [culpabilidade] tido em conta no art. 132º-2”.⁶⁹

Em relação à motivação torpe, o legislador brasileiro assumiu que a paga e a promessa de recompensa são motivos torpes e devem conduzir a maior reprovação do agente. A doutrina e a jurisprudência, neste contexto, predominantemente entendem que o motivo torpe é aquele de caráter vil, repugnante, abjeto. Na expressão de Hungria, “que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade”.⁷⁰ É dizer, o motivo é reprovável em si, a ponto de impingir incremento ao apenamento (tornando a conduta, inclusive, hedionda). No dizer de Aníbal Bruno, torpe é o motivo que “contrasta

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir) *Comentário Conimbrecense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 26. Mesmo os elementos que se revelam na forma do cometimento do crime devem ser mediados por “um mais acentuado desvalor da atitude: a especial censurabilidade ou perversidade do agente” (p. 27),

⁷⁰ HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários*, p. 163. Certo que o primeiro exemplo é o fim de lucro ou cupidez.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

violentamente com o senso ético comum e faz do agente um ser à parte no mundo jurídico-social em que vivemos.”.⁷¹

Não se discute, portanto, que, no mais das vezes, a ganância pode ensejar o reconhecimento da circunstância qualificadora, na medida em que reprovável a conduta daquele que, para auferir ganho ou lucro excessivo, ambicionado de forma desmedida, comete o homicídio.

Contudo, na hipótese dos autos, não vislumbro a presença dessa circunstância qualificadora na forma em que descrita na denúncia e reconhecida na sentença de pronúncia.

Em relação aos acusados Elissandro e Mauro, observo que o lucro é inerente à atividade empresarial. Não me parece possível, isoladamente, considerar reprovável, no modelo de livre iniciativa (Constituição Federal, art. 1º, inc. IV), o interesse de lucrar com a casa noturna. A colocação da espuma, por outro lado, diferente do sustentado na denúncia, não ensejou economia, mas

⁷¹ *Apud* GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 163. E exemplifica: “Assim, a ambição de lucro de quem pratica homicídio para receber um prêmio de seguro ou apressar a posse de uma herança, ou fazer desaparecer um credor inoportuno.”. No CP Português, o art. 132º-2 d) qualifica o crime “por ser determinado por avidez”, isto é, “a pulsão por satisfazer um desejo ilimitado de lucro (em último termo econômico) à custa de uma desconsideração brutal da vida de outrem.” (DIAS, *Comentário*, p. 32).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

sim *plus* de custo para os sócios da casa noturna, com o fito de evitar o fechamento do estabelecimento, diante das já noticiadas dificuldades em realizar o isolamento acústico do local.

Por outro lado, a superlotação da boate naquela noite, ainda que pudesse indicar o desejo dos acusados de obter lucro excessivo no empreendimento, foi um dos elementos que sustentou a plausibilidade de que os acusados possam ter agido mediante dolo eventual, assumindo o risco de produzir os resultados lesivos. É dizer, a reprovação sobre o fato de terem permitido a entrada de mais pessoas do que o local comportava foi sopesada na configuração da tipicidade subjetiva. Se chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria delibado o *bis in idem*, que é vedado.

Não há, nestes moldes, como concluir que a motivação dos agentes mereça especial reprovação que autorizasse o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe. A especial reprovação do injusto, não pelo resultado, mas pela conduta que animou os réus é que deve ser ponderada – neste caso, foi o conjunto da obra que permitiu uma imputação por dolo eventual.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. SUMÁRIO DE CULPA. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITO DIVERSO DE DOLOSO CONTRA A VIDA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA ATUAÇÃO DOS RECORRIDOS COM DOLO EVENTUAL. FASE PROCEDIMENTAL NA QUAL VIGE O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. CONFIGURADA OFENSA AO ARTIGO 18, INCISO I, PARTE FINAL, DO CP E DOS ARTIGOS 413 E SEU § 1º, 416 E 482, TODOS DO CPP. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS PREVISTAS NO ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Na primeira fase do procedimento dos delitos dolosos contra a vida vige o princípio in dubio pro societate, segundo o qual, havendo prova da materialidade delitiva e indícios de autoria, deve o acusado ser pronunciado, devendo eventuais dúvidas ser resolvidas em observância à competência constitucional do Tribunal do Júri.

2. De acordo com os fatos incontroversos nos autos e do acervo probatório utilizado pelas instâncias ordinárias, não há falar em absoluta inexistência de indícios da prática delitiva a título de dolo eventual apta a subtrair do órgão constitucionalmente competente o julgamento dos fatos em apreço, cuja



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

configuração ou não deve ser objeto de deliberação no Plenário do Tribunal do Júri e votação pelo respectivo Conselho de Sentença, restando configurada, a um só tempo, a violação aos artigos 18, inciso I, parte final, do Código Penal e dos artigos 413 e seu § 1º, 419 e 482, todos do Código de Processo Penal.

3. Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, apenas assume o risco de produzi-lo. Em tais hipóteses, revela-se manifestamente improcedente a incidência da qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, destinada a agravar a reprimenda em razão do modo de execução sorrateiro eleito pelo agente, a qual exige o dolo direto de ceifar a vida da vítima.

4. Na tentativa de corromper a legitimidade de uma manifestação popular, motivação atribuída à conduta dos recorridos, não se verifica a intensidade que levou o legislador ordinário a tornar mais grave a pena do delito de homicídio quando motivado por aspirações repugnantes, comumente relacionadas à contraprestação pecuniária ou de qualquer outro bem material ou imaterial, o que torna manifestamente improcedente a qualificadora descrita no inciso I do § 2º do artigo 121 do Código Penal.

5. Recurso especial parcialmente provido para reformar o acórdão objurgado e restabelecer a decisão de pronúncia, concedendo-se habeas corpus, de ofício, para excluir as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

do artigo 121 do Código Penal, devendo os recorridos ser submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática da conduta prevista no artigo 121, § 2º, inciso III, do Estatuto Repressor.

(REsp 1556874/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 03/10/2016) - **grifei**.

Destaco, ainda, que a alegação de que os sócios teriam determinado o desligamento do sistema de ar condicionado em nada teria contribuído com o evento, não se vinculando aos fatos narrados na exordial acusatória.

Em relação aos acusados Luciano e Marcelo, de forma similar, a motivação torpe deve ser afastada, ausentes elementos suficientes para que se conclua por sua configuração. Inicialmente, não vislumbro em princípio reprovação extraordinária na opção por um produto mais barato por parte do consumidor, na busca de atingir seus interesses – desconsiderada, neste momento, a impropriedade do artefato para uso interno.

Porém, justamente a opção pelo artefato de utilização externa, inadequado, é um dos vetores preponderantes a indicar que os acusados podem ter assumido o risco de matar as vítimas. Pelo que, analogamente, não é de se permitir sua dupla valoração.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Afasto, pois, para os quatro réus, a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Tangente à **qualificadora relacionada aos meios de execução do crime - fogo e asfixia** - também não encontro elementos pertinentes para submissão aos jurados.

O fogo e a asfixia, na redação legal, foram considerados pelo legislador como meios cruéis ou dos quais pode resultar perigo comum na prática do homicídio.

Meio cruel é aquele que afronta a vítima com sofrimento excessivo e desnecessário, quando do cometimento do crime, acentuando, intuitivamente, a reprovação da conduta. No citado Código Penal Português, o art. 132º-2 c) traduziu o exemplo-padrão como "empregar tortura ou acto de crueldade para aumentar o sofrimento da vítima" – com a precisão, "em todo o caso, de que o acto de crueldade tem de ter lugar *para* aumentar o sofrimento da vítima: relação **meio/fim**".⁷² O item 38 da Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro refere, no ponto, como cruel o meio que "*aumenta inutilmente o sofrimento da vítima, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste*

⁷² DIAS, *Comentário*, p. 31.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

com o mais elementar sentimento de piedade."⁷³ No comentário de Hungria, é o "meio bárbaro, martirizante, denotando, da parte do agente, a ausência de elementar sentimento de piedade".⁷⁴

No caso dos autos, não vejo elementos a indicar que o dolo eventual imputado aos acusados abrangesse a **asfixia** das vítimas,⁷⁵ uma vez que, pese altamente inflamável a espuma utilizada no revestimento acústico da boate, o gás tóxico liberado não é conseqüente empiricamente à disposição da consciência, no desdobramento (tanto, evidentemente, não rompe o nexo de causalidade).⁷⁶ Ou seja, embora os acusados possam ter admitido o risco de

⁷³ GRECO, *Curso de Direito Penal*, p. 168.

⁷⁴ HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentários*, p. 167.

⁷⁵ Descartada a asfixia mecânica, cujos processos de provocação são o "enforcamento, o imprensamento, o estrangulamento, o afogamento, a submersão, a esganadura" (HUNGRIA/FRAGOSO, *Comentário*, p. 167).

⁷⁶ Repare-se que, como crime autônomo de perigo comum, o CP Português prevê, separadamente, numa modalidade "provocar incêndio de relevo"; noutra, "libertar gases tóxicos ou asfixiantes" – art. 272º-1 a) e c), respectivamente. Nota Faria Costa que as regras de experiência continuam a ser fundamentais: independente da exata composição química ou do preciso grau de toxicidade, "é indiscutível que mero fumo resultando da combustão, por exemplo, da madeira, é tido pela comunidade em geral como tóxico e asfixiante" (COSTA, José de FARIA. In DIAS, Jorge de Figueiredo. (Dir) *Comentário Conimbreense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo II, Artigos 131º a 201º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, II, p. 873). Ademais, é "claro que é do normal conhecimento do



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

causar a morte das vítimas, não há provas suficientes nos autos de que tenham, suficientemente, admitido a possibilidade de asfixiar as pessoas para causar-lhes excessivo sofrimento.

Lembrando que o âmbito do direito penal rechaça a imputação objetiva, não alcanço supedâneo suficiente para considerar que o plano de conduta dos agentes abarcasse a asfixia dos ofendidos a ponto de tornar especialmente mais reprovável o injusto.

No mesmo norte, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL. QUALIFICADORA. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTA OU IMPOSSIBILITA A DEFESA DA VÍTIMA. MODO DE EXECUÇÃO QUE PRESSUPÕE O DOLO DIRETO. INCOMPATIBILIDADE.

EXCLUSÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Quando atua imbuído em dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é

mais comum e mediano dos cidadãos que o fogo se pode rapidamente transformar em incêndio e que este, também em igual juízo de normalidade comunicacional, pode, não poucas vezes, por em perigo pessoas e bens." (p. 878).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.

2. Entretanto, a mera assunção do risco de produzir a morte de alguém não tem o condão de atrair a incidência da qualificadora que agrava a pena em razão do modo de execução da conduta, já que este não é voltado para a obtenção do resultado morte, mas para alguma outra finalidade, seja ela lícita ou não.

3. Não é admissível que se atribua ao agente tal qualificadora apenas em decorrência da assunção do risco própria da caracterização do dolo eventual, sob pena de se abonar a responsabilização objetiva repudiada no Estado Democrático de Direito.

4. Recurso especial provido para excluir da decisão de pronúncia a qualificadora prevista no artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

(REsp 1277036/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 10/10/2014) - **gizei**.

No que se relaciona com o **emprego de fogo**, não cabe, a símile, submeter aos jurados a qualificadora do inciso III do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal.

Os réus Marcelo e Luciano, objetivamente, seriam os responsáveis pelo emprego de fogo no interior da boate, tendo sido o manejo do centelhador



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

o estopim do evento danoso. Ademais, a utilização dos artefatos pirotécnicos, em tese, era de conhecimento dos acusados Elissandro e Mauro.

Contudo, no caso dos autos, o emprego da pirotecnia no interior de uma casa noturna lotada é um dos intensos vetores para o reconhecimento do dolo eventual na conduta dos agentes. Ainda, neste espectro, não me parece que os acusados desejassem, mediante incêndio, causar excessivo sofrimento às vítimas. Aliás, poucos teriam morrido pela ação do fogo em si. Basta, para saltar aos olhos a diferença, chamar exemplos doutrinários de emprego de fogo como meio cruel de execução de homicídio, "a utilização de fogo em mortes de mendigos, índios, enfim, de pessoas excluídas pela sociedade, que vivem embaixo de viadutos, em praças públicas etc. (...) traficantes que se valem desse meio cruel a fim de causar a morte das suas vítimas, normalmente prendendo-as entre pneus de caminhão para, logo em seguida, embebedas em combustível, atear-lhes fogo no corpo, fazendo, assim, uma fogueira humana."⁷⁷

Mesmo que se cogitasse que o fogo teria causado **perigo comum** (imputação que não é articulada na denúncia), a solução não seria outra. A coletividade exposta a perigo pelo evento danoso consubstanciou-se nas 878

⁷⁷ GRECO, *Curso de Direito Penal*, p. 169.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

vítimas apontadas na exordial acusatória. Vale dizer, a situação de perigo realizou-se nos resultados lesivos, pelos quais os acusados estão a responder, integralmente. Conclusão contrária delibaria, de novo, *bis in idem*.

No CP Português, tipifica-se “utilizar meio particularmente perigoso ou que se traduza na prática de crime de perigo comum” – art. 132º-2 g). Estes crimes de perigo comum (arts. 272º a 286º do CP Português) ligam-se ao exemplo-padrão e à especial censurabilidade através da “*falta de escrúpulo* em princípio revelada pela utilização de um meio adequado à criação ou produção de um perigo comum”; e que a utilização destes meios “não determine por si o tipo de culpa agravado (mas até mesmo, possivelmente, um tipo privilegiado), é coisa que mal se tornará necessário enfatizar.”⁷⁸

Tanto bastaria para alertar quanto ao risco de excesso de acusação, consequência natural, talvez, mas indesejável, das peculiaridades trazidas à baila. Pondero, ainda, a partir de uma visão panorâmica, não para este caso, que a ocorrência epidêmica de homicídios tem, talvez indiretamente, provocado indisfarçável endurecimento do titular da ação penal, na crença (em si discutível) de que penas mais altas dão resposta efetiva ao grave problema.

⁷⁸ DIAS, *Comentário*, pp. 37-8.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Comentando a vulgarização da qualificadora “utilizar meio particularmente perigoso”, no quadro português, Figueiredo Dias observa que a lei penal lusa exige “meios particularmente perigosos” e que o meio utilizado demonstre já uma especial censurabilidade ou perversidade do agente . Mas o que importa para o argumento que estou a desenvolver é que o doutrinador português recomenda critérios apertados para reconhecer a qualificadora: “Sob pena, de outra forma – aqui, sim! –, de se poder subverter o inteiro método de qualificação legal e de se incorrer no erro político-criminal grosseiro de arvorar o homicídio qualificado em forma-regra do homicídio doloso”.⁷⁹

No Brasil, alguma naturalização da forma hedionda do homicídio parece verificar-se, nem sempre o enquadramento normativo correspondendo ao suporte fático demonstrado. Mas não importa o que digo, à látera, e sim que, neste caso em exame, devem ser decotadas, em relação aos quatro acusados, as qualificadoras descritas na exordial acusatória.

5. Preservando a garantia institucional do Tribunal do Júri

⁷⁹ DIAS, *Comentário*, p. 37.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Muito já foi dito sobre o Tribunal do Júri. Gostaria, apenas, de estabelecer uma conexão com o que os constitucionalistas têm chamado de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, ao consignar que ditos direitos “não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”⁸⁰ O princípio já vinha esboçado do primeiro pós-guerra, sob a égide da Constituição de Weimar, mas o impulso decisivo ficou-se a dever ao advento da Lei Fundamental de 1949 e, notadamente, ao multicitado *Lüth-Urteil*, decidido pelo Tribunal Constitucional alemão em 15 de janeiro de 1958.

Esta “dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais” não se compraz com uma estruturação meramente individualista, antes encontra sentido também no ângulo societário, nos valores da comunidade vista em sua totalidade. Dentre os quatro desdobramentos do plano

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 148-5 (especialmente 149 e 154) e 166.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

objetivo dos direitos fundamentais apontados pela doutrina, importa aqui a figura jurídica das *garantias institucionais*, que, por sua importância, “devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador”.

Trata-se de “instituições (direito público) ou institutos (direito privado)” e ligam-se à idéia de que existem normas fundamentais que “não são suscetíveis de uma subjetivação”. Na doutrina constitucional pátria, as garantias “apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais”.

Há, na Constituição Federal, garantias institucionais típicas, exemplar o caso do Tribunal do Júri.⁸¹ Nesta matriz constitucional, legitima-se, a partir da eficácia irradiante da decisão constituinte fundamental, que o papel dos

⁸¹ SARLET, *A eficácia*, pp. 184-91. Costumam ser enquadradas no âmbito das “garantias em geral”, sem tratamento autônomo e sistemático. No Brasil, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 525 e ss., foi quem abordou com maior amplitude e sistemática a categoria. Exemplos são a garantia da propriedade (5º, XXII), do direito de herança (5º, XXX), da instituição do Tribunal do Júri (5º, XXXVIII), da língua nacional portuguesa (art. 13), dos partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput* e § 1º). Fora do rol dos direitos fundamentais, Sarlet fornece outros exemplos: a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), da autonomia das universidades (art. 207).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

juízes togados sofra certas restrições, limitado, nesta fase processual, a verificar a viabilidade acusatória, certo que no plano da adequação típica (juízo normativo), sem descurar da prova da materialidade e dos indícios de autoria (juízo empírico).

Ultrapassado tal limiar, que tenho chamado de filtro de racionalidade, segue-se, como corolário da soberania do Tribunal do Júri, que é a sociedade, em sua pluralidade e por íntima convicção, que deve decidir, em última instância, qual vertente probatória há de prevalecer e qual pauta normativa passará a vincular os cidadãos para casos futuros e situações semelhantes. Quanto ao juízo de valor nuclear deste caso, se as condutas imputadas nas circunstâncias concretas, em seu conjunto, significam que os réus assumiram o risco do resultado morte das vítimas, é pergunta a ser formulada e não vejo a sociedade mais desaparelhada que a magistratura de carreira para respondê-la.

Neste ponto, renovada vênua, discordo em parte do eminente Relator, quando registrou que a competência do Tribunal do Júri limita-se ao "exame da matéria de fato, e não a questões teóricas de Direito". Sim, se quer dizer que não se pergunta aos jurados qual teoria do dolo eventual adotam,



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

nem se comungam de um abstrato modelo da teoria geral do delito. Mas não, se pretende, com tal assertiva, que os jurados não tenham competência (jurisdicional, fique bem claro) para aferir se, diante da conduta concreta imputada, os acusados assumiram o risco de produzir o resultado morte das vítimas, o que, a rigor, não passa de um juízo de adequação típica. Primeiro, e analogamente, o cotidiano dos tribunais está repleto de indagações nucleares sobre a tipicidade subjetiva (o réu quis matar ou agiu sem *animus necandi*? - o réu excedeu-se no exercício de um tipo permissivo, e, neste caso, dolosa ou culposamente?). Segundo, e principal, **os jurados são chamados a concretizar uma pauta normativa (baseados no texto da parte final do art. 18, inc. I, combinado com o artigo 121, ambos do Código Penal) que carece de preenchimento valorativo, e o fazem apreciando uma situação de fato.**⁸² Aprioristicamente, não vejo questão que não possa ser submetida aos jurados para deslindar uma acusação de crime doloso contra a vida, a depender, naturalmente, da boa técnica na formulação dos quesitos.

⁸² Por isso me ocupei, antes, de esclarecer a diretriz metodológica subjacente à noção de “pensamento orientado a valores” (Larenz). Neste contexto, creio que em total harmonia com o art. 482 do Código de Processo Penal.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Parece, reforço, que há uma moldura que pertence efetivamente à decisão do Tribunal do Júri. E ela, se é peculiar, não é irracional. Delimita-se, previamente, e, neste momento, por razões técnico-jurídico-penais, um perímetro que, neste caso, cogito, suportará, nos antípodas, teses que vão da "crônica da morte anunciada" à presença de um "cisne negro".⁸³ Trata-se de um espaço epistêmico tanto empírico quanto normativo, o primeiro a depender da prova produzida (sendo certo que o filtro racional, nesta fase do procedimento, contenta-se com premissas empíricas certas/seguras quanto à materialidade; plausíveis/sustentáveis quanto à autoria, afastando-se apenas aquilo que for evidentemente falso); o segundo, presente na avaliação do suporte fático em sua conformação com a pauta do que vem a ser, para aquela situação concreta,

⁸³ O "Cisne Negro" seria, na linha das ciências da incerteza, uma "realidade empírica", um evento com três atributos: é um *outlier*, isto é, representa os dados espúrios de uma amostra estatística, "fora do âmbito das expectativas comuns" (raridade); exerce um impacto extremo; e a natureza humana faz com que desenvolvamos explicações para sua ocorrência *após* o evento, tornando-o explicável e previsível" – previsibilidade retrospectiva ("mas não prospectiva") - TALEB, Nassi, Nicholas. *A lógica do Cisne Negro: o impacto do altamente improvável*. 11ª ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2017, pp. 15-7.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

“assumir o risco” (no qual há escolha livre conforme as valorações próprias dos jurados).⁸⁴

É de agregar que dados empíricos colhidos de pesquisas criminológicas não autorizam preconceito no que tange ao rendimento do Tribunal do Júri na solução das controvérsias que lhes são submetidas, ressaltando que viés seletivo em face de condição socioeconômica também acomete o juiz técnico.⁸⁵

⁸⁴ Utilizo, por minha conta, categorias referidas por GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 306-12. O autor, citando Alexy, movimenta-se no quadro da ponderação racional.

⁸⁵ Para ilustração, confirmam-se os achados referido em obra clássica de criminologia: “Outro *dado* da criminologia da selecção no tribunal é a comprovada relutância de os juízes condenarem a prisão efectiva as elites e as classes médias da vida económica, da administração ou das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. (...) Em matéria de infracções às normas do *tráfico rodoviário* merecem destaque os estudos empreendidos na Alemanha Federal por autores como KAISER, MIDDENDORF, LEHMANN e LEWRENZ. Os resultados alcançados e as interpretações logradas pelo criminólogos alemães apontam, em termos de selecção, para as mesmas tendências. Como observa, por exemplo, LEWRENZ, os automobilistas de elevada posição económico-social raramente são privados da carta de condução e, mais raramente ainda, condenados a pena de prisão.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, limitada. 1992. p. 536/537).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No cotejo entre juízes e jurados, vale transcrever: "Uma referência merece ainda a investigação de KALVEN e ZEISEL sobre o *júri americano* [desconheço estudo semelhante feito no Brasil] (...). Os criminólogos americanos concluem que, em geral, os juízes condenariam num número relativamente maior de casos (isto é: condenariam em muitos dos casos em que os jurados absolvem) e aplicariam penas em média mais graves do que as aplicadas pelos jurados. Enquanto juízes se mantêm mais fiéis às leis na sua expressão jurídica, os jurados acabam por realizar uma interpenetração e assimilação recíprocas entre as normas legais e as normas subculturais, ou os *mores* vigentes nos respectivos ambientes".

Quero dizer, enfim, que, **meio a contrapelo das naturais inclinações humanas, até mesmo a certeza do magistrado técnico a respeito da questão de fundo a ser julgada é secundária, cedendo ao espaço democrático reservado à sociedade, cujo veredicto ocorrerá em sigilo e por íntima convicção.**

Deixei anotadas outras vias que se ocupam ou lidaram, cada qual na sua lógica e funcionalidade, com o caso Kiss. Além deste processo, dito



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

principal, há pelo menos outros três processos criminais, ação civil pública do Ministério Público contra bombeiros, ações indenizatórias, o processo penal militar, as ações penais atinentes a supostos crimes contra a honra de Promotores de Justiça. Houve os arquivamentos referidos, inclusive em relação ao então Prefeito, bem como, no geral, no que tange à eventual improbidade administrativa de servidores municipais ou falha funcional de membro do Ministério Público. Mais recente, uma petição dirigida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, pedindo a responsabilização do Brasil, no plano internacional, em face de alegadas omissões do Município de Santa Maria, do Ministério Público e do Corpo de Bombeiros.

No âmbito normativo estadual, surgiu a Lei Complementar nº 14.376, de 26/12/2013, cuja última atualização data da Lei Complementar nº 14.924, de 22/9/2016 (não imune a sucessivos questionamentos de inconstitucionalidade). No plano nacional, a última notícia dá conta da aprovação, em 07/3/2017, pela Câmara dos Deputados, da chamada “Lei Kiss Federal”, depois de um longo caminho bicameral iniciado em 2014 e que parece ter aproveitado o Projeto de Lei nº 2.020, de 2007 – neste momento, estaria aguardando sanção presidencial.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Há documentário televisivo (*Janeiro 27 – Para que nunca mais se repita*), entradas na Wikipédia.

Preciso registrar, por outro lado, a eclosão de uma **crise geral de regulação**, mundo afora. Parte dela decorre da aceleração da tecnociência,⁸⁶ o que acresce complexidade ao fenômeno. Outra parcela responde pelo nome de **crise geral de representação**,⁸⁷ em aberto o quanto é mais dramática na atual

⁸⁶ Friedman, nesta perspectiva, ocupa-se do descompasso entre a própria capacidade humana de adaptabilidade social em face da aceleração no ritmo da mudança e da inovação (2007 seria um ano simbólico), a trazer especiais desafios ao Estado regulador. Em nossa época, segundo estimativas, o mundo se torna *desconfortavelmente* novo a cada sete anos, enquanto, como indivíduos e sociedades, levamos cerca de quinze anos para nos adaptarmos às mudanças. Os reflexos na atividade reguladora do Estado são profundos: neste interregno necessário para entender uma nova tecnologia e seus impactos, premissa para desenvolver regulações adequadas ao *novo*, tem sido inexorável ao poder público encontrar-se mais de uma década defasado frente à realidade que o atropela. Basta o exemplo do *Uber*, um problema mundial: antes dos Estados conseguirem uma resposta satisfatória aos aplicativos de caronas compartilhadas, em seus inúmeros reflexos econômicos e de mobilidade urbana, os carros provavelmente nem terão mais motoristas (a tecnologia já está em teste, com previsão de chegada ao mercado para cerca de quatro anos) – FRIEDMAN, Thomas L., *Thank you for being late - An optimist's guide to thriving in the age of accelerations*. United Kingdom: Allen Lane, 2016, pp. 30-5.

⁸⁷ A relação de representação, hoje, está perturbada em todos os campos: "O sistema econômico-político tornou-se autorreferencial. Já não representa os cidadãos ou o público. Os representantes políticos deixam de aparecer como porta-vozes do 'povo' e



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

quadra do país. Neste horizonte, destaquei os desencontros entre sociedade e Estado, que afloram, como não podia deixar de ser, em inúmeras paragens deste processo, compreensíveis as “ondas de indignação”.⁸⁸

Há, ainda, que fomentar uma **cultura de prevenção**. O cumprimento impessoal da regra, do protocolo, claramente precisa de reforço (necessidade de tutela penal), para justapor-se, na interação social e notadamente dos agentes econômicos com o poder público, à *cordialidade* reinante. Num viés histórico-antropológico, Schwarcz e Starling destacam, dentre as características persistentes da nossa história, a **difícil e tortuosa construção da cidadania**, marcada por idas e vindas.⁸⁹ Na célebre leitura de Sérgio Buarque de Holanda, em vez da impessoalidade normativa, vivenciamos a precedência

transformam-se em servidores do sistema, que se tornou autorreferencial. O problema reside precisamente na ‘autorreferencialidade’ do sistema. A crise da política só poderia ser superada através do restabelecimento da sua ligação com os seres humanos, seus referentes reais.” (HAN, *No enxame*, p. 79).

⁸⁸ Que são extremamente eficazes na “mobilização e aglutinação da atenção”, mas, fluidas e voláteis, “não são adequadas para a configuração do discurso público, do espaço público”. Para esse efeito, são “demasiado incontrolláveis, incalculáveis, instáveis, efêmeras e amorfas. Crescem subitamente e desfazem-se com a mesma rapidez. (...) Carecem da estabilidade, da constância e da continuidade indispensáveis ao discurso público.” (HAN, *No enxame*, p. 19).

⁸⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, *passim*.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

dos afetos e o imediatismo emocional.⁹⁰ O “homem cordial” não como celebração, mas na angústia crítica diante do entrave para ingresso na modernidade, a hipertrofia do coração, as intimidades a suplantar a esfera pública.

Portanto, não a festa da harmonia, mas a crítica quanto à “nossa dificuldade de acionar as instâncias públicas”.⁹¹

Chego ao fim do meu percurso. Longo, bem sei, e peço desculpas por não ter sido capaz de externar mais brevemente minha convicção. Sinto,

⁹⁰ Obra seminal no esforço de compreender o Brasil, publicada originalmente em 1936, “O homem cordial” é o título do Capítulo 5 de HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, e a nota de nº 6 [em nova edição crítica, consta como nota VII, p. 265, São Paulo: Companhia das Letras, 2016] explicita o “sentido exato e estritamente etimológico”, eliminados quaisquer juízos éticos e intenções apologéticas. A cordialidade, estranha a “todo formalismo e convencionalismo social”, não abrange apenas e obrigatoriamente “sentidos positivos e de *concórdia*. A inimizade pode ser tão *cordial* como a amizade, nisto que uma e outra nascem do *coração*, procedem, assim, da esfera do íntimo, do familiar do privado.”. Desenganadamente, trata-se de uma dificuldade para a esfera pública, já que o “Estado não é uma ampliação do círculo familiar (...) mas antes uma descontinuidade e até uma oposição”. Nota que a famosa “questão eclesiástica”, uma luta furiosa que por longo tempo abalou o país, travou-se principalmente porque d. Vital de Oliveira **obstinava-se em não abandonar seu “excesso de zelo”** (pp. 150-1).

⁹¹ Em Santa Maria, Século XXI, o réu Elissandro disse que só depois do ocorrido ficou sabendo de um “papel” que apontava 29 irregularidades na boate.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

entretanto, que precisei deste caminho, que se foi revelando no contato com estes autos e provocado pelas partes.

Fundamentei, convicto de que se trata da melhor resposta possível para este caso, as razões do meu convencimento de que, nos termos propostos, caberá aos cidadãos atribuir o sentido último aos fatos narrados.

Portanto, sim. Quatro anos e vinte mil páginas depois, afirmo que o Ministério Público tem uma acusação viável para levar ao Tribunal do Júri.

Consumado este ritual, então teremos um vetor a orientar nossas condutas futuras. Um precedente construído intersubjetivamente, de acordo com o devido processo legal e a Constituição.

Ante todo o exposto, **voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento aos recursos em sentido estrito apenas para retirar da imputação a ser apreciada pelos jurados as circunstâncias qualificadoras.**

É o voto.



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO (PRESIDENTE)

Divergindo do ilustre Relator, vou acompanhar o voto do ilustre Des. Jayme. Ou seja, também rejeito as preliminares e dou parcial provimento aos recursos, para, encaminhando os recorrentes a julgamento pelo Tribunal do Júri, afastar da pronúncia as qualificadoras.

Sobre as preliminares, repetindo, sigo o bem lançado voto, no particular, do ilustre Des. Manoel que bem analisou as questões apresentadas e as repeliu.

Quanto à pronúncia em si, digo que esta Câmara, como a jurisprudência pátria, já firmou o posicionamento que, nas hipóteses em que o Tribunal do Júri é competente para o julgamento da ação penal, a desclassificação do delito só pode ocorrer, como também a absolvição ou a



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

despronúncia, quando o *animus necandi* estiver plenamente desgarrado da prova apurada no processo.

Isto porque, como é consabido, quem julga os delitos é o Conselho de Sentença. E até se usa, em contradição ao princípio do *in dubio pro reo*, da expressão *in dubio pro societate*. Só, insistindo, afasta-se a competência constitucional do Tribunal do Júri para o julgamento da causa, quando há demonstração incontestada da presença de alguma das hipóteses de absolvição previstas no artigo 415 do Código de Processo Penal ou o fato descrito na denúncia não configura de crime doloso contra a vida.

Do contrário e desde que convencido da materialidade do delito e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, repetindo, o juiz deverá pronunciar o denunciado nos termos do artigo 413 do código já citado.

A pronúncia é um juízo de admissibilidade da acusação, realizado através de um juízo de probabilidade - e não de certeza, aquela indispensável



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

para a condenação ao absolvição em sentença final - acerca da autoria e materialidade do crime.

A respeito, colaciono julgados do Superior Tribunal de Justiça, a Corte constitucionalmente encarregada da interpretação da lei federal e sua correta aplicação. Dizem, exemplos:

“É a pronúncia reconhecimento de justa causa para a fase do júri, com a presença de prova da materialidade de crime doloso contra a vida e indícios de autoria, não representando juízo de procedência da culpa.” (AgRg no AREsp 815.615, Sexta Turma, Relator Nefi Cordeiro, DJe 28.3.2016).

“A pronúncia, que encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exige o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório.” (AgRg no REsp 1317844, Quinta Turma, Relator Jorge Mussi, DJe 4.03.2016).



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No particular, discussão a respeito do dolo eventual. Se ele está presente ou não nas ações dos recorrentes e, presente, possibilita a pronúncia dos acusados.

O tema foi bem tratado no extenso e judicioso voto do Des. Jayme e, deste modo, não tenho nenhum motivo, até porque não atingiria a grandeza de sua declaração, para fazer mais comentários a respeito da correção da sentença de pronúncia.

Apenas, dentro do já referido antes, o Superior Tribunal de Justiça já assentou em sua jurisprudência que quem compete, havendo indícios suficientes, examinar a ocorrência do dolo eventual é os jurados através do julgamento pelo Conselho de Sentença:

“A questão trazida a desate no recurso especial é exclusivamente de direito, estando adstrita à análise da possibilidade, ou não, de desclassificação da conduta na hipótese em que não há exclusão, extreme de dúvidas, acerca da presença do elemento subjetivo dolo, ainda que na modalidade eventual. Consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Juri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal. A decisão de pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exige a certeza necessária à condenação. Eventuais dúvidas, nessa fase, devem ser solucionadas sempre à luz do princípio *in dubio pro societate*. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1240226, Quinta Turma, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.10.2015).

"Na primeira fase do procedimento do tribunal do júri prevalece o princípio *in dubio pro societate*, devendo o magistrado, na decisão de pronúncia, apenas verificar a materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 413 do CPP). Assim, a verificação do dolo eventual ou da culpa consciente deve ser realizada apenas pelo Conselho de Sentença. Precedentes citados: EDcl no REsp 192.049-DF, DJ 29/3/1999; AgRg no REsp 1.008.903-RS, DJe 24/11/2008; HC 118.071-MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005, e AgRg no REsp 1.192.061-MG, DJe 1º/8/2011. REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/9/2012."



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

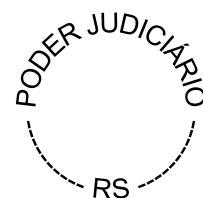
Finalizando, insistindo, também acompanho o Des. Jayme no afastamento das qualificadoras, entendendo que é desnecessária a repetição, aqui, de fundamentos que já foram expostos pelo ilustre colega com bem mais sustância fática e jurídica.

Assim, nos termos supra, rejeito as preliminares e dou parcial provimento aos recursos, para afastar da pronúncia, as qualificadoras, mantendo a pronúncia na forma votada pelo Des. Jayme.

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO - Presidente - Recurso em Sentido Estrito nº 70071739239, Comarca de Santa Maria: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, PARA AFASTAR DA PRONÚNCIA AS QUALIFICADORAS, VENCIDO O RELATOR QUE TAMBÉM DAVA PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS PARA DESCLASSIFICAR OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA PARA CRIMES DIVERSOS DAQUELES ELENCADOS NO ART. 74, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JWN

Nº 70071739239 (Nº CNJ: 0384117-79.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Julgador(a) de 1º Grau: ULYSSES FONSECA LOUZADA