

*Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.039 - RS (2018/0345779-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**RECORRENTE : ASSOCIACAO DOS FAMILIARES DE VITIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGEDIA DE SANTA MARIA - AVTSM - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**  
**ADVOGADO : RICARDO FERREIRA BREIER E OUTRO(S) - RS030165**  
**RECORRIDO : ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**  
**ADVOGADOS : JADER DA SILVEIRA MARQUES E OUTRO(S) - RS0039144**  
**LEONARDO SAGRILLO SANTIAGO - RS082784**  
**RECORRIDO : LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEAO**  
**RECORRIDO : MARCELO DE JESUS DOS SANTOS**  
**ADVOGADOS : GILBERTO CARLOS WEBER - RS053594**  
**OMAR DE TARSO OBREGON E OUTRO(S) - RS038829**  
**RECORRIDO : MAURO LONDERO HOFFMANN**  
**ADVOGADOS : MARIO LUIS LIRIO CIPRIANI E OUTRO(S) - RS039461**  
**BRUNO SELIGMAN DE MENEZES - RS063543**  
**ADRIANO FARIAS PUERARI - RS088802**  
**AGRAVANTE : MAURO LONDERO HOFFMANN**  
**ADVOGADOS : MARIO LUIS LIRIO CIPRIANI E OUTRO(S) - RS039461**  
**BRUNO SELIGMAN DE MENEZES - RS0063543**  
**ADRIANO FARIAS PUERARI - RS0088802**  
**AGRAVANTE : ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**  
**ADVOGADOS : JADER DA SILVEIRA MARQUES E OUTRO(S) - RS0039144**  
**LEONARDO SAGRILLO SANTIAGO - RS0082784**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**AGRAVADO : ASSOCIACAO DOS FAMILIARES DE VITIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGEDIA DE SANTA MARIA - AVTSM - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**  
**ADVOGADO : RICARDO FERREIRA BREIER E OUTRO(S) - RS030165**  
**INTERES. : LEONES DE JESUS BRUM DE OLIVEIRA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**  
**INTERES. : NERI MACHADO PEREIRA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**  
**ADVOGADO : PEDRO GONÇALVES BARCELLOS JUNIOR - RS077885**  
**INTERES. : SHELEN ROSSI - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO**

*Superior Tribunal de Justiça*

INTERES. : BRUNA KAROLYNA DOS SANTOS DUTRA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : CARINA ADRIANE CORREA GARCIA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : BIANCA BUBOLS DOS SANTOS E OUTRO(S) - RS083402  
ALVARO EDISON NOZARI - RS005566  
INTERES. : IZABEL CRISTINA MOREIRA MACEDO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : JOSE INOCENCIO BARBOSA MACEDO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADO : NILTON MARINHO PEREIRA - RS0006253  
INTERES. : RITA MARIA STEFFEN THIELE - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : FRANCISCO ELOI THIELE - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : ANDERSON MANTEI E OUTRO(S) - RS028176  
LEOPOLDO JUSTINO GIRARDI E OUTRO(S) - RS046006  
INTERES. : MICHELE BAPTISTA ROCHA SCHNEID - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : BRUNA CLAUSSEN - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : PAULO ROBERTO MACHADO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : CRISTIANO BORGES URACH E OUTRO(S) - RS065536  
BIANCA BUBOLS DOS SANTOS - RS083402  
INTERES. : JACQUELINE MEDIANEIRA DE LIMA MACHADO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : MARINES SOARES VICTORINO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : CARLOS ALBERTO FAVARIN - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : SANDRÁ KARSTEN FAVARIN - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : CRISTIANO BORGES URACH - RS065536  
VINICIUS DE SOUZA JENSEN - RS089465  
INTERES. : MARIA CRISTINA DE ABREU ALTISSIMO GONCALVES - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : HUGO DA CUNHA FERNANDEZ GONCALVES - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : INOCENCIO DA CUNHA FERNANDEZ GONCALVES -

*Superior Tribunal de Justiça*

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : PATRICIA TEIXEIRA GONCALVES - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADO : NILTON MARINHO PEREIRA - RS006253  
INTERES. : ISABEL DOS REIS RODRIGUES - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : BIBIANA BATISTA VELLOSO - RS0085287  
PEDRO MISAEL DA SILVA CORRÊA - RS061996  
INTERES. : RODRIGO DA COSTA MENDES MUNIZ - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : TAILAH BLASKOWSKI PONSI - RS088761  
RICHARD DA SILVEIRA MAICÁ E OUTRO(S) - RS089061  
VICTOR NICOLA TORBITZ - RS092090  
INTERES. : JORGE LUIS BRANDAO MALHEIROS - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : TANIA MARIA DE LIMA MALHEIROS - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : ADEMAR TIBOLA CARABAGIALLE - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : ELUIZA TURCATO CARABAGIALLE - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : LIANE WILLERS - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : ANTONIO CARLOS CECHINATTO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : SORAIA TEREZINHA AMARO CECHINATTO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : DARCI ANDREATTA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : ELIZETE TEREZINHA NUNES ANDREATTA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
INTERES. : FRANCISCO HUMBERTO WILLERS - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : AMADEU DE ALMEIDA WEINMANN - RS005962  
RENAN DA SILVA MOREIRA E OUTRO(S) - RS084027  
INTERES. : FLAVIO JOSE DA SILVA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO  
ADVOGADOS : RODRIGO DIAS DE MOURA - RS087648  
LARISSA BESSAUER NASCIMENTO E OUTRO(S) - RS094194  
INTERES. : ADHERBAL ALVES FERREIRA - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SCHERER SMANIOTTO E  
OUTRO(S) - RS0051512

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Cuida-se de **Recursos Especiais e Agravos em Recursos Especiais** interpostos nos autos do processo n. 027/2.13.0000696-7, originário da **1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria – RS**, localidade onde, na madrugada de 27 de janeiro de 2013, em decorrência de incêndio no interior da casa noturna conhecida como BOATE KISS, 242 pessoas (a quase totalidade, jovens frequentadores do estabelecimento) vieram a óbito e outras 636 pessoas foram de algum modo vitimadas.

Após a conclusão das investigações, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** – doravante denominado **MPRS** – ofereceu denúncia contra **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS e LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO**, incursionando-os, por 242 vezes, nas sanções do art. 121, § 2º, I e III, e, no mínimo, por 636 vezes (número de sobreviventes identificados), nas penas do art. 121, § 2º, I e III, em conformidade com os arts. 14, II, 29, *caput*, e 70, primeira parte, todos do Código Penal). Também acusou Renan Severo Berleze e Gérson da Rosa Pereira como incursos nas sanções do art. 347, parágrafo único, na forma do art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, e Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer, nas sanções descritas no art. 342, § 12, do Código Penal, por haverem todos, em tese, contribuído para os eventos ocorridos no referido incêndio na Boate Kiss (fls. 1-14).

Ao final da instrução, o **Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria – RS**, sob fundamento da configuração de indícios suficientes da materialidade dos crimes imputados e da possibilidade de percepção prévia dos resultados, **pronunciou** os acusados **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN e MARCELO DE JESUS DOS SANTOS**, por suposta prática de 242 homicídios duplamente qualificados e pela tentativa de, no mínimo, 636 homicídios duplamente qualificados (art. 121, § 2º, I e III), na forma dos arts. 14, II, 29, *caput*, e 70, primeira parte, todos do Código Penal (fls.

15.594-15.788).

Em relação aos demais acusados, ELTON, VOLMIR, RENAN e GERSON, deu-se o desmembramento do feito, na forma do art. 80 do CPP (fls. 8.988-9.000).

Inconformados, os acusados Marcelo de Jesus dos Santos (fls. 15.908-15.989), Mauro Londero Hoffmann (fls. 15.995-16.235), Elissandro Callegaro Spohr (fls. 16.236-16.368) e Luciano Augusto Bonilha Leão (fls. 16.376-16.406) interpuseram **recursos em sentido estrito**.

Nas razões recursais:

a) **MARCELO DE JESUS DOS SANTOS** aduziu estar configurado erro de proibição em sua conduta, por desconhecer lei que proibia a utilização dos aludidos fogos utilizados na pirotecnia, e pleiteou sua absolvição, com fulcro no art. 21 do CP. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do delito (com base no art. 20, §§ 1º e 2º do CP), narrando que as ações se deram por erro induzido por terceiro e, eventualmente, sua impronúncia (fl. 16.597);

b) **MAURO LONDERO HOFFMANN** alegou omissão na decisão de pronúncia quanto ao dolo eventual e à figura da tentativa, bem como buscou atribuir efeitos infringentes ao *decisum* recorrido, de modo a afastar as tentativas e as qualificadoras (fl. 16.597);

c) **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** aduziu nulidade processual por inépcia da exordial acusatória e irregularidades na instrução e pugnou pela absolvição ou pela impronúncia ou, ainda, pela desclassificação da conduta a ele imputada, com o afastamento do dolo eventual e das qualificadoras (fl. 16.598);

d) **LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO** sustentou tratar-se de hipótese de impronúncia (art. 414 do CPP) ou de absolvição (art. 415 do CPP), apontando que as teses defensivas não teriam sido devidamente apreciadas (fl. 16.596).

As **contrarrazões** foram apresentadas pelo **MPRS** (fls. 16.408-16.417), pelos **Assistentes de Acusação** Neri Machado Pereira e Leones de Jesus Pereira (fls. 16.436-16.437) e pela **ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA** – doravante denominada **AVTSM** (fls. 16.438-16.440) – bem como pela Procuradoria-Geral de Justiça do MPRS às fls. 16.451-16.526, todas para pugnar

pelo desprovimento dos recursos interpostos pelos acusados.

A **Primeira Câmara Criminal do TJRS**, à unanimidade, rejeitou as preliminares e, por maioria, deu **parcial provimento aos recursos**, com vistas a **afastar da pronúncia as qualificadoras** relacionadas na denúncia, vencido o relator, que também dava parcial provimento aos recursos para desclassificar os delitos (fls. 16.577-16.710).

O **MPRS** opôs **embargos de declaração** (fls. 16.722-16.741), a fim de que as qualificadoras fossem restabelecidas. O TJRS, no entanto, desacolheu os embargos opostos (fls. 16.748-16.768).

O acusado **MAURO LONDERO HOFFMANN** (fls. 16.774-16.790) igualmente opôs **embargos de declaração**, que foram desacolhidos (fls. 16.796-16.817).

O acusado **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** também opôs **embargos de declaração** (fls. 16.821-16.834), sob o fundamento de que a Primeira Câmara Criminal do TJRS se omitira quanto à análise de arguição de nulidades elencadas pela defesa na oportunidade daquele recurso em sentido estrito. O órgão julgador, às fls. 16.844-16.854, acolheu parcialmente os aclaratórios, sem alteração, todavia, do resultado do julgamento.

O **MPRS** manejou **recurso especial** (fls. 16.899-16.935) contra o acórdão proferido no recurso em sentido estrito e nos embargos declaratórios sucessivos, sob fundamento de negativa de vigência aos arts. 121, § 2º, I e III, do Código Penal, 74, § 1º, e 413, *caput* e § 1º, ambos do Código de Processo Penal, bem como recurso extraordinário (fls. 16.937-16.952), com alegação de contrariedade ao art. 1º, IV, da Constituição Federal. **Ademais, foi apresentada petição de ratificação (fls. 16.954-16.962) aos recursos especial e extraordinário interpostos.**

O acusado **MAURO LONDERO HOFFMANN** da mesma forma interpôs **recurso especial** (fls. 17.417-17.446), ante o fundamento de dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 155 e 413 do CPP. Interpôs, ainda, **recurso extraordinário** (fls. 17.386-17.413), com base no art. 102, III, “a”, da CF, sob alegação de violação dos princípios do contraditório, da presunção de inocência e da responsabilidade penal subjetiva.

O réu **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** (fls. 17.296-17.344) interpôs **recurso especial**, com base no art. 105, III, “c” da CF,

## *Superior Tribunal de Justiça*

e alegou que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 31, 41, 201, 222, 268, 381, III, 411, 619, todos do Código de Processo Penal; e **recurso extraordinário** (fls. 17.346-17.383), com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF;

Após o julgamento do recurso em sentido estrito e dos embargos declaratórios, os acusados **MARCELO DE JESUS DOS SANTOS** (fls. 16.871-16.894), **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** (fls. 16.962-17.028), **MAURO LONDERO HOFFMANN** (fls. 17.031-17.275) e **LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO** (fls. 17.280-17.294) opuseram, ainda, **embargos infringentes**.

O **MPRS** (fls. 17.486-17.512) e a **AVTSM** (fl. 17.527), assim como os assistentes de acusação **LEONES DE JESUS DE OLIVEIRA PEREIRA** e **NERI MACHADO PEREIRA** (fl. 17.529) impugnaram os embargos infringentes e opinaram pelo seu conhecimento e desacolhimento.

O **1º Grupo Criminal do TJRS acolheu os Embargos Infringentes** n. 70075120428 (fls. 17.533-17.627), “para conhecer dos embargos, exceto no que tange a um dos recursos que é conhecido apenas em parte, para dar provimento à inconformidade da defesa e **desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri**, nos exatos termos do voto vencido quando do julgamento dos recursos em sentido estrito” (fl. 17.599).

O **MPRS** opôs embargos de declaração com efeitos infringentes às fls. 17.634-17.659, que foram rejeitados à unanimidade pelo 1º Grupo Criminal do TJRS (fls. 17.679-17.690).

Às fls. 17.718-17.768, o **MPRS** apresentou **recurso especial**, fundamentado no art. 105, III, “a”, da CF, e argumentou contrariedade aos arts. 74, § 1º, e 615, § 1º, parte final, ambos do CPP, negativa de vigência aos arts. 18, I, 121, *caput*, e 121, *caput*, c/c o art. 14, II, todos do CP, e aos arts. 74, § 1º, e 413, *caput*, ambos do CPP, e contrariedade ao art. 419, *caput*, do CPP. Interpôs, também, **recurso extraordinário**, com fundamento no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, sob alegação de contrariedade aos arts. 5º, XXXVIII, “d”, LV e LVII, e 129, I, ambos da Constituição Federal (fls. 17.699-17.716).

A **AVTSM** igualmente aforou recurso especial às fls. 17.782-17.791 e aduziu violação dos arts. 413, § 1º, e 615, § 1º, ambos do CPP.

A Corte de origem (fls. 18.037-18.117), por seu Terceiro Vice-Presidente, **admitiu os recursos especiais do MPRS e da AVTSM. Negou seguimento, porém, aos recursos especiais de ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**, porquanto o acórdão recorrido estaria em conformidade com o entendimento das Cortes Superiores, e **de MAURO LONDERO HOFFMANN**, por perda de objeto ante a não ratificação do apelo especial após o julgamento dos embargos infringentes.

**MAURO LONDERO** (fls. 18.127-18.135) e **ELISSANDRO CALLEGARO** (fls. 18.146-18.178) interpuseram, por fim, **agravo em recurso especial** com vistas a dar seguimento aos recursos obstados.

Os autos foram ao Ministério Público Federal, que **opinou pelo conhecimento e pelo provimento dos recursos especiais do MPRS e da AVTSM** (fls. 18.354-18.370); **pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial** apresentado por MAURO LONDERO HOFFMANN (fls. 18.371-18.376), e pelo **não conhecimento do agravo** de ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR (fls. 18.376-18.386).

Em resumo, são estas as impugnações a serem doravante examinadas e julgadas:

**I. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS) E PELA ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM)**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS) e a ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM) interpuseram recursos especiais, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, a saber:

a) **no Recurso em Sentido Estrito** n. 70071739239, que, por maioria, deu parcial provimento aos recursos defensivos e **afastar da pronúncia as qualificadoras** do motivo torpe e do emprego de meio cruel (fls. **16.899-16.935**);

b) **nos embargos infringentes defensivos**, julgado pelo 1º Grupo Criminal do TJRS, cujo resultado fez prevalecer o voto minoritário proferido por ocasião do julgamento levado a efeito pela Primeira Câmara Criminal, também

da Corte Estadual, **no qual fora desclassificada a conduta dos acusados para outros delitos, diversos da competência do Tribunal do Júri; e, na sequência, rejeitou os embargos de declaração opostos pelo *Parquet* (fls. 17.718-17.769).**

A **AVTSM** apresenta razões complementares ao recurso especial interposto pelo **MPRS**, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra a decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal do TJRS (**fls. 17.782-17.791**):

O presente arrazoado busca esclarecer dois pontos cruciais, porém singelos e de compreensão imediata: a) a primeira questão a ser ilustrada gira em torno do excesso cometido pelo Tribunal de origem ao entrar em uma seara de julgamento que não lhe cabia precipuamente; b) o outro tópico de esclarecimento gira em torno da compreensão constitucional do art. 615, § 1º, do CPP.

## **II. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**

**ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** interpõe recurso especial (**fls. 17.296-17.344**) com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra a decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal do TJRS no recurso em sentido estrito e nos embargos de declaração. Interpõe também agravo em recurso especial em face da decisão emitida pela Segunda Vice-Presidência do TJRS que não admitiu seu recurso especial (**fls. 18.146-18.178**).

## **III. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR MAURO LONDERO HOFFMANN**

**MAURO LONDERO HOFFMANN** interpõe recurso especial (fls. **17.415-17.447**) com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, contra a decisão proferida pela Primeira Câmara Criminal do TJRS no recurso em sentido estrito e nos embargos de declaração. Interpõe agravo em recurso especial diante da decisão proferida pela Segunda Vice-Presidência do TJRS que não admitiu seu recurso especial (fls. **18.124-18.135**).

Portanto, pode-se assim resumir a cronologia dos principais fatos e dos atos processuais relevantes, ocorridos desde o dia do evento fatídico na

# *Superior Tribunal de Justiça*

Boate Kiss.

- 1) 27/1/2013: data do evento ocorrido na Boate Kiss, na cidade de Santa Maria – RS;
- 2) 28/1/2013: decretação da prisão temporária dos réus (fls. 112-117);
- 3) 1º/3/2013: a prisão temporária dos autores foi convertida em preventiva;
- 4) 2/4/2013: oferecimento de denúncia pelo MPRS (fls. 1-14);
- 5) 3/4/2013: recebimento da exordial pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da referida comarca;
- 6) 11/4/2013: deferimento do pedido de habilitação da AVTSM como assistente de acusação;
- 7) 29/5/2013: a 1ª Câmara Criminal do TJRS, à unanimidade, revogou a prisão preventiva e os quatro réus passaram a responder o processo em liberdade;
- 8) 3/6/2013: cisão do processo principal (n. 213.0000696-7), em relação aos réus ELTON CRISTIANO URODA e VOLMIR ASTOR PANZER, que passaram a responder pelo crime de falso testemunho nos autos n. 213.0006199-2. O mesmo ocorreu com os réus GERSON DA ROSA PEREIRA e RENAN SEVERO BERLEZE, que passaram a responder pelo delito de fraude processual nos autos n. 213.0006197-9;
- 9) 27/7/2016: prolatada a decisão de pronúncia que determinou o julgamento dos quatro réus perante o Tribunal do Júri;
- 10) 22/3/2017: julgamento do Recurso em Sentido Estrito, quando, por dois votos a um, a 1ª Câmara Criminal do TJRS, manteve a pronúncia dos quatro réus. Os desembargadores mantiveram o dolo eventual, todavia, entenderam pela exclusão das qualificadoras (motivo torpe e emprego de meio cruel – fogo e asfixia);
- 11) 1º/12/2017: o 1º Grupo Criminal, ao julgar os Embargos Infringentes e de Nulidade, após empate por quatro votos, reviu as decisões anteriores e desclassificou os delitos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri;
- 12) 20/7/2018: impetração de Recurso Especial pelo MPRS;
- 13) 20/12/2018: acolhimento do Recurso Especial pelo TJRS;
- 14) 8/1/2019: autuação do recurso no STJ e distribuição ao meu gabinete.

Após a autuação, os autos foram em 14/2/2019 ao Ministério Público Federal, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinou pelo conhecimento e provimento dos recursos especiais do

## *Superior Tribunal de Justiça*

MPRS e da AVTSM (fls. 18.354-18.370), pelo não conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial apresentado por MAURO LONDERO HOFFMANN (fls. 18.371-18.376), e pelo não conhecimento do agravo de ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR (fls. 18.376-18.386).

São esses os principais eventos a destacar, no percurso, já longo, havido desde a madrugada de 27 de janeiro de 2013.

Ao receber estes recursos, **em 8 de janeiro do corrente ano**, esforços houve para, antes de mais nada, imprimir-lhe o andamento processual devido, de modo a, no tempo possível, julgar as impugnações, permitindo, assim, que a justiça - seja ela qual vier a alcançar-se - não tarde, certo de que, na dicção de Francis Bacon, “Se a injustiça da sentença a torna amarga, as delongas fazem-na azeda.”

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.039 - RS (2018/0345779-2)**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCÊNDIO NA **BOATE KISS**. HOMICÍDIOS CONSUMADOS E HOMICÍDIOS TENTADOS. DUPLAMENTE QUALIFICADOS, POR MOTIVO TORPE E POR EMPREGO DE MEIO CRUEL (FOGO E ASFIXIA). PRONÚNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DOLO EVENTUAL NA CONDUTA DOS RÉUS. COMPATIBILIDADE COM O CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. QUALIFICADORAS AFASTADAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS A REVELAR, NO INJUSTO IMPUTADO, ESPECIAL CENSURABILIDADE OU PERVERSIDADE, E POR HAVEREM SIDO SOPESADAS NA CONFIGURAÇÃO DA TIPICIDADE SUBJETIVA. *BIS IN IDEM*. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. EMPATE NA VOTAÇÃO. PREVALÊNCIA DA DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AOS ACUSADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITOS QUE NÃO SÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 615, § 1º, DO CPP. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM OS ARTS. 74, § 1º, E 413, AMBOS DO CPP. *JUDICIUM ACCUSATIONIS*.

**I. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS) E DA ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM). PRONÚNCIA. REQUISITOS. COMPETÊNCIA DOS JURADOS. DOLO EVENTUAL E CRIME TENTADO. COMPATIBILIDADE. QUALIFICADORAS CONSIDERADAS PARA TIPIFICAÇÃO SUBJETIVA. NÃO INCIDÊNCIA PARA QUALIFICAR O CRIME. *BIS IN IDEM* EVITADO. **RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS.****

1. A decisão de pronúncia encerra a primeira etapa do procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri e constitui juízo positivo de admissibilidade da acusação, a dispensar, nesse momento processual, prova incontroversa da autoria do delito, em toda sua complexidade normativa.

## *Superior Tribunal de Justiça*

2. Para permitir o julgamento do acusado por seu juiz natural, o Tribunal Popular, a lei processual penal exige tão somente que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria. Nesse juízo inicial (*judicium accusationis*), não há julgamento de mérito e não se afirma, peremptoriamente, a responsabilidade penal pelo crime imputado ao réu pronunciado. A competência para, de modo soberano, avaliar os fatos e julgar o acusado é do Tribunal do Júri.
3. A desclassificação para outros delitos que não aqueles da competência do Tribunal do Júri somente é cabível se descartada a hipótese acusatória sobre a presença do dolo (em qualquer de suas modalidades) na conduta dos acusados. Na espécie, foram indicados na pronúncia, como suficientes para os fins do art. 413 do CPP, diversos indícios de autoria delitiva dos acusados em crimes dolosos contra a vida (documentos, perícias, depoimentos etc), sinalizando deliberadas decisões de incremento de risco, consentido, de ocorrência do evento que vitimou centenas de jovens frequentadores da casa noturna.
4. Em julgamento dos embargos infringentes e de nulidade, opostos após recurso em sentido estrito no qual houve voto favorável ao réu, o empate na votação não autoriza a aplicação do disposto no art. 615, § 1º, do CPP, favorável aos acusados, sem efetuar a interpretação sistemática com os arts. 74, § 1º, e 413, ambos do mesmo diploma legal, e sem afastar, analiticamente, as conclusões diversas a que chegaram os julgamentos anteriores, quanto à materialidade dos fatos e à existência de indícios suficientes de autoria.
5. É compatível com a imputação de homicídio tentado o dolo eventual atribuído à conduta. Precedentes.
6. As qualificadoras imputadas na denúncia (motivo torpe, consistente na ganância por maiores lucros, e emprego de meio cruel, nas modalidades de fogo e asfixia) e confirmadas na pronúncia em relação aos quatro réus, devem ser afastadas da apreciação dos jurados, ante a ausência de circunstâncias concretas que revelem especial censurabilidade ou perversidade dos agentes. Não se indicaram, nos autos, evidências de que o plano de conduta dos réus abarcasse as qualificadoras, a ponto de ter como mais agravadas as sanções pelos crimes a eles imputados.
7. Ademais, a afirmada ganância dos acusados – a utilização, no revestimento interno do estabelecimento, de espuma inadequada e altamente tóxica e inflamável, a ausência de investimento em segurança contra incêndio, a busca de lucro com a superlotação do

estabelecimento, a aquisição de fogos de artifícios mais baratos que somente seriam indicados para ambientes externos – e a ocorrência de fogo e asfixia no fatídico evento foram sopesadas, no conjunto dos fatos, para configurar a tipicidade subjetiva e classificar a conduta dos agentes como movida por dolo eventual, de maneira que, se chamadas novamente em desfavor dos réus para qualificar os crimes, causariam o vedado *bis in idem*.

8. Recursos especiais parcialmente providos para reformar o acórdão do TJRS proferido nos embargos infringentes e de nulidade, que desclassificou os delitos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, com vistas a manter a decisão de pronúncia quanto à tipicidade subjetiva das condutas praticadas pelos réus (homicídios dolosos, consumados e tentados), mantida, todavia, a parte do *decisum* que afastou as duas qualificadoras mencionadas nos autos.

**II. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE MAURO LONDERO HOFFMANN. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBARGOS INFRINGENTES ULTERIORES. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMILITUDE FÁTICA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155 E 413 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. VOTO MAJORITÁRIO QUE CONSIDEROU A PROVA ORAL CARREADA AOS AUTOS, E COTEJOU OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS AMEALHADOS DURANTE A INSTRUÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. NATUREZA DA PRONÚNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 155 DO CPP. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83 DO STJ. **ARESP CONHECIDO E RESP NÃO CONHECIDO.****

1. É necessária a ratificação do Recurso Especial apresentado na pendência de embargos de declaração apenas na hipótese em que há alteração do *decisum* impugnado, interpretação que se estende, por analogia, aos Embargos Infringentes e de Nulidade, consoante espelhado na Súmula n. 579 do STJ (AgRg no AREsp 994.962/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe de 23/3/2018).

2. É entendimento pacífico do STJ que a parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas.

3. Acerca da alegada violação dos arts. 155 e 413 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que as provas incoativas teriam sido produzidas somente em fase inquisitorial, o Tribunal de origem, com base nas evidências constantes dos autos, concluiu que “o voto majoritário debruçou-se sobre toda a prova oral carregada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos exatos termos do art. 413 do Código de Processo Penal” (fl. 16.811). Ausência de razões concretas para ilidir os relatos colhidos durante o inquérito policial (fl. 16.814), os quais, ainda que consistam em simples elementos informativos, podem ser aferidos em conjunto com os elementos de convicção carregados aos autos. A reforma do entendimento a que chegaram as instâncias originais demandaria, necessariamente, a análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial (por incidência da Súmula n. 7 do STJ).

4. É orientação jurisprudencial generalizada que a decisão de pronúncia comporta simples juízo de admissibilidade da acusação, para o qual devem concorrer a prova da existência do fato (materialidade) e indícios da autoria ou da participação delitiva do agente, consoante dispõe o art. 413 do CPP. Constitui a pronúncia, portanto, juízo fundado de autoria delitiva, que apenas e tão somente admite a acusação como idônea a ser levada ao Tribunal do Júri. Não traduz juízo de certeza, exigido somente para a condenação, motivo pelo qual o óbice do art. 155 do CPP não se aplica à referida decisão. Incidência da Súmula n. 83 do STJ.

5. Agravo em recurso especial conhecido e recurso especial não conhecido.

**III. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR. SÚMULAS N. 83 E 182 DO STJ E N. 283 DO STF. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 201, 401, § 1º, E 411, TODOS DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO DA QUESTÃO NOS AUTOS DO RHC N. 40.587/RS. INÉPCIA DA DENÚNCIA PELA FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE OITIVA DE TODAS AS VÍTIMAS. ARTS. 31 E 268, AMBOS DO CPP. ADMISSIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA – ASSOCIAÇÃO FORMADA ENTRE OS FAMILIARES DAS VÍTIMAS – COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. ESPECIFICIDADE DOS FATOS EM APURAÇÃO QUE**

AUTORIZA O DEFERIMENTO DO PLEITO. INVIABILIDADE DE EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO INDIVIDUAL DE TODOS OS OFENDIDOS SOBREVIVENTES E FAMILIARES DE TODOS OS MORTOS. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. OFENSA DO JUIZ NATURAL. AUDIÊNCIA EM CARTA PRECATÓRIA PRESIDIDA PELO JUÍZO DEPRECANTE. AUTORIZAÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TJRS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OFENSA AOS ARTS. 381, III, E 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. ENFRENTAMENTO PELA CORTE DE ORIGEM DE TODOS OS PONTOS RELEVANTES SUSCITADOS PELO RECORRENTE. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO.

1. Não se conhece de agravo em recurso especial se o agravante, como na espécie, não refuta, de maneira clara e suficiente, os fundamentos do *decisum* agravado, a teor da Súmula n. 182 do STJ.

2. A alegada nulidade por afronta aos arts. 201, 401, § 1º, e 411, do CPP, já foi, a despeito da mudança de contexto alegada pela defesa, por intermédio do RHC n. 40.587/RS, desprovido por este Superior Tribunal. Como mencionado naquele julgado: "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. A denúncia, para ser considerada idônea, não precisa expor, pormenorizadamente, todos os fatos delituosos, cabendo ao titular da ação penal descrever os fatos supostamente imputados aos acusados com todas as circunstâncias relevantes para que a defesa, ciente da acusação, possa exercer a ampla defesa e o contraditório ao longo da persecução penal, como se observa ter ocorrido na espécie. Tendo em vista o elevado número de vítimas fatais e sobreviventes, não se revela inepta a denúncia que faz uma descrição global dos fatos e especifica as condutas dos réus apontadas na peça exordial como causadoras dos múltiplos resultados danosos.

4. Não obstante o disposto nos arts. 31 e 268 do CPP, é razoável a admissão no processo da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da Boate Kiss, como assistente de acusação, visto que essa pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas nos mencionados dispositivos legais, sendo, outrossim, inviável e fora de propósito exigir-se habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e dos familiares de todos os mortos no incêndio.

## *Superior Tribunal de Justiça*

5. É pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que “não caracteriza ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal, a decisão que adota como razões de decidir os fundamentos lançados no parecer do Ministério Público” (AgRg no RHC n. 100.942/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6<sup>a</sup> T., DJe 4/12/2018). A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação (HC n. 240.625/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5<sup>a</sup> T., DJe 31/7/2014). Precedentes citados: HC n. 163.547/RS, 5<sup>a</sup> T., Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 27/9/2010; RHC n. 120463 AgR, 2.<sup>a</sup> T., Rel. Ministro Celso de Mello, DJe de 29/5/2014).

6. Não configura ilegalidade a autorização, pelo Conselho de Magistratura do TJRS, diante da magnitude do processo, para que o Magistrado titular da 1<sup>a</sup> Vara Criminal de Santa Maria presidisse todas as audiências do processo em outras comarcas, decisão contra a qual, aliás, não se insurgiu a defesa em tempo oportuno.

7. A Corte de origem, em cognição exauriente, indicou os motivos de fato e de direito em que se baseou para a solução das controvérsias arguídas pela defesa, razão pela qual não procede a alegação de negativa de prestação jurisdicional.

8. Agravo em Recurso Especial não conhecido.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

**I. Contextualização**

Informam os autos que **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, RENAN SEVERO BERLEZE, GÉRSO DA ROSA PEREIRA, ÉLTON CRISTIANO URODA e VOLMIR ASTOR PANZER** foram denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MPRS, por fatos praticados **no dia 27 de janeiro de 2013**, nas dependências da **Boate Kiss**, localizada na cidade de Santa Maria – RS, quando, segundo a exordial acusatória (fls. 1-14, grifei):

os denunciados **ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO**, em conjunção de esforços e com ânimos convergentes, **mataram as pessoas nominadas no ANEXO I** (clientes e funcionários da boate), 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 AUGUSTO** deram início ao ato de **matar as vítimas** relacionadas no ANEXO I (n. 242 a 877, no mínimo), **o que não se consumou por circunstâncias alheias aos atos voluntários que praticaram, pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz.**

[...]

Os denunciados **ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO** assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, a saber:

a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o

**local, pois se destinava a uso externo** (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, **mais especificamente fls. 5.037-5.041**);

b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, **além de conter madeira e cortinas de tecido** (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, mais especificamente **fl. 5.020**), **a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama** (laudo pericial n. **15.209/2013**, **fls. 7.501-7.508** do anexo XXVI);

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** (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. **5.111 e 5.117**);

d) consoante imagens, testemunhas e somatório do número de vítimas, **a boate estava superlotada, com número de pessoas bem superior à capacidade pericialmente apurada** (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. **5.115**);

e) **a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada** (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. **5.112 e 5.113**);

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 (laudo pericial n. **12.268/2013**, fls. 4.955-5.122 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. **5.097, 5.098 e 5.102**);

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 aglomeraram para tentar deixar o prédio (fl. 4.982).**

[...]

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

## *Superior Tribunal de Justiça*

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 (cerca de R\$ 2,50), por ser bem mais barato que o indicado para uso em ambientes internos (cerca de R\$ 50,00).**

A denúncia também trata dos **crimes conexos** apurados nos autos, a saber, **fraude processual**, delito atribuído aos acusados GERSON e RENAN, e **falso testemunho**, infração penal atribuída aos acusados ELTON e VOLMIR, crimes que passaram a ser apurados em autos desmembrados.

Encerrada primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o *judicium accusationis*, **os réus ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS e LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO** foram pronunciados por estarem incurso no art. 121, § 2º, I e III (242 vezes), e no art. 121, § 2º, I e III, na forma dos arts. 14, II, 29, *caput*, e 70, primeira parte, todos do Código Penal (por, no mínimo, 636 vezes – número de sobreviventes identificados); Renan Severo Berleze e Gérson da Rosa Pereira foram incursionados nas sanções do art. 347, parágrafo único, na forma do art. 29, *caput*, ambos do Código Penal; Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer, por sua vez, nas sanções descritas no art. 342, § 1º, do Código Penal (fls. 15.594-15.788).

Inconformados, **MARCELO** (fls. 15.908-15.989), **MAURO** (fls. 15.995-16.235), **ELISSANDRO** (fls. 16.236-16.368) e **LUCIANO** (fls. 16.376-16.406) interpuseram **recurso em sentido estrito**, ao qual a Corte local deu provimento parcial e **afastou as qualificadoras** da decisão de pronúncia, vencido o relator, Desembargador Manuel José Martinez Lucas, que dava provimento aos recursos, para o fim de desclassificar os fatos narrados na denúncia para crimes diversos daqueles de competência do Tribunal do Júri.

A ementa do Recurso em Sentido Estrito **foi vazada nos seguintes termos (fls. 16.580-16.587, grifei):**

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 arts. 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 assistentes de acusação na forma dos arts. 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 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 art. 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 art. 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 “*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 captura-se à vista desarmada e se exponenciou pelo manejo da pirotecnia. Risco, em tese, perceptível que, nada 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 produziriam 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 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 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, 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, 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 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 conseqüência empírica 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.

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 art. 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 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 verificar a viabilidade acusatória, certo que no plano da adequação típica (juízo normativo), sem descuidar 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.

O MPRS (fls. 16.720-16.742) e o acusado MAURO (16.774-16.790) opuseram embargos de declaração, que não foram acolhidos.

O *Parquet*, a fim de restabelecer as qualificadoras referentes ao motivo torpe e ao meio cruel, excluídas da pronúncia, havia requerido efeitos infringentes aos embargos e aduzido omissão no acórdão que não considerou elementos probatórios expressamente mencionados no parecer ministerial de

segundo grau, imprescindíveis ao desate da *quaestio* (fls. 16.727 e 16.740). A Corte local assim decidiu (fls. 16.748-16.768):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. OMISSÃO NO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. INOCORRÊNCIA.

1. Pretende o embargante, em sede de embargos de declaração, a rediscussão do mérito da causa, o que é vedado. A decisão atacada analisou todos os elementos presentes nos autos, de modo a preponderar os relevantes e, direta ou indiretamente, rebateu todas as teses ora sustentadas, decidindo, expressamente, pelo afastamento das qualificadoras. Inviável, neste contexto, atribuir-se efeitos modificativos ao presente recurso de embargos declaratórios.

2. Qualificadoras compreendidas como circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade na conduta dos réus, o que não decorre da imagem global do fato apurado.

3. Qualificadora do motivo torpe revelado pela ganância que foi fundamentadamente afastada pelo acórdão embargado em relação aos quatro réus. Colocação de espuma inapropriada que representou ônus aos sócios da boate, que pretendiam evitar o fechamento do estabelecimento comercial. A ausência de investimento na prevenção de incêndio e a instalação das barras de ferro que teriam impedido a evacuação das vítimas, conforme referido expressamente no acórdão, não indicam especial reprovação do injusto a autorizar o reconhecimento da qualificadora.

Investimentos estéticos que, no máximo, poderiam incrementar a assunção de risco de produção do resultado morte, não revelando especial vilania ou repugnância. Suposta ordem para que as vítimas fossem impedidas de sair enquanto não pagassem as despesas que foi afastada inclusive da imputação de dolo eventual, ausente prova a confortá-la.

4. Eventual escolha pelo material pirotécnico mais barato e respectiva utilização pelos réus Luciano e Marcelo que foi sopesada e considerado, modo fundamentado, como insuficiente a autorizar o reconhecimento da qualificadora. Opção pelo fogo de artifício mais barato que foi considerado para fins de configuração de dolo eventual, deixando claro o acórdão a inviabilidade de nova consideração do mesmo fato para o reconhecimento da qualificadora, sob pena de indevido bis in idem.

5. Ausência de omissão no afastamento da qualificadora do meio cruel/asfixia. Elementos contidos nos autos que permitem a conclusão de que o dolo eventual imputado aos réus não abrangeu a asfixia, visto que a liberação de gás tóxico não era conseqüência empírica à disposição da consciência dos acusados. Restou claro, deste modo, que não há nos autos prova de que os acusados tivessem assumido o risco de asfixiar as vítimas, para causar-lhe maior sofrimento, seja pelo gás liberado pela espuma ou por aquele decorrente da queima de outros objetos da boate.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

O acusado MAURO, nos mencionados embargos, havia aduzido omissão ou obscuridade relacionadas com a admissão da acusação de homicídio tentado com dolo eventual e também com a incidência do art. 155 do CPP, uma vez que a pronúncia estaria baseada em provas colhidas na fase policial (fls. 16.780-16.781). O Tribunal gaúcho assim se pronunciou (fls. 16.796-16.817):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Pretende o embargante, em sede de embargos de declaração, a rediscussão do mérito da causa, o que é vedado. A decisão atacada analisou todos os elementos presentes nos autos, de modo a preponderar os relevantes e, direta ou indiretamente, rebateu todas as teses ora sustentadas, decidindo, expressamente, pela pronúncia do réu Mauro.

2. 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.

3. Em relação ao embargante, o voto majoritário debruçou-se sobre toda a prova oral carregada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos

## *Superior Tribunal de Justiça*

exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Presença de elementos colhidos no curso do inquérito que, ainda que parcialmente, foram endossados pela prova judicializada, conforme constou do aresto embargado. Ausência de elementos concretos que descredibilizem os depoimentos colhidos perante a autoridade policial. Competência constitucional do Tribunal do Júri para sopesar o cabedal probatório.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

O réu ELISSANDRO (fls. 16.821-16.834), nos referidos embargos, que foram parcialmente acolhidos, mas sem alteração do julgamento (fls. 16.844-16.854), havia alegado: nulidade da decisão de pronúncia, que não fizera uma análise fática, individualizada, acerca de cada vítima; necessidade de despronúncia em relação às acusações de tentativa de homicídio contra vítimas não ouvidas judicialmente; não aplicação do *in dubio pro societate*; impossibilidade de pessoa jurídica figurar como assistente de acusação.

O Tribunal *a quo* apontou que o embargante ELISSANDRO deixou de, oportunamente, suscitar a pretensa nulidade da pronúncia perante o Juízo de primeiro grau e tal omissão acabou por gerar a preclusão dessas questões aventadas (fls. 16.850-16.851).

Asseriu, também, quanto ao ingresso da associação das vítimas no feito (fls. 16.851-16.852):

[...]

embora a matéria, tenha sido ventilada no voto embargado, trata-se de questão sepultada na Correição Parcial n. 70054289947, portanto, impassível de rediscussão ou alteração, independentemente de eventual equívoco deste Relator ao mencionar, no voto, o tipo de ação a que se referia o precedente trazido à baila pela defesa nas razões recursais - na verdade um inquérito policial, e não ação civil pública -, peculiaridade essa que, agora aclarada, não abala o teor do entendimento adotado pela Câmara neste caso concreto, à unanimidade, diga-se de passagem.

Em face do exposto, ACOLHO PARCIALMENTE os embargos, declarando o acórdão, nos termos do voto, sem alteração do resultado do julgamento.

O *Parquet* local (fls. 17.718-17.768) e a AVTSM (fls.

17.783-17.791) interpuseram recurso especial em face do acórdão proferido **no Recurso em Sentido Estrito n. 70.071.739.239**, que, por maioria, deu parcial provimento aos recursos defensivos, **com vistas a afastar da pronúncia as qualificadoras** do motivo torpe e do emprego de meio cruel (fls. 16.899-16.935).

Os acórdãos proferidos no recurso em sentido estrito também ensejaram a oposição de embargos infringentes pelas defesas de MARCELO (fls. 16.871-16.894), ELISSANDRO (fls. 16.962-17.028), MAURO (fls. 17.029-17.276) e LUCIANO (fls. 17.280-17.294).

**As defesas pretenderam, e conseguiram, fazer prevalecer o voto vencido do Desembargador relator e afastar o dolo eventual** das condutas imputadas aos embargantes, para, ao final, fazer cessar a competência do Tribunal do Júri.

Com efeito, **após empate na votação**, às fls. 17.533-17.627, o **Tribunal gaúcho conheceu dos infringentes para dar provimento à inconformidade das defesas e desclassificou os fatos** para outros que refogem à competência do Tribunal do Júri, nos exatos termos do voto vencido no julgamento dos recursos em sentido estrito, consoante a ementa (fl. 17.555-17.556):

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

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

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

## *Superior Tribunal de Justiça*

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

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

4. Recurso, de um dos réus, que transcende os limites da divergência, postulando a absolvição do acusado. Impossibilidade. Não pode o recurso ser conhecido quanto ao pedido de absolvição, vez que ultrapassa os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito.

RECURSOS CONHECIDOS, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

Consta da decisão (fls. 17.553):

FACE AO EMPATE, ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES PARA CONHECER DOS EMBARGOS INFRINGENTES, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE,

## *Superior Tribunal de Justiça*

PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

O recurso interposto em favor do réu MAURO foi parcialmente conhecido, pois os embargos infringentes eram restritos à divergência estabelecida no julgamento dos recursos originários (desclassificação dos fatos delituosos para outros que não são da competência do Tribunal do Júri, conforme o voto vencido do Desembargador relator do recurso em sentido estrito) e a defesa havia também requerido a absolvição de MAURO.

O MPRS opôs embargos declaratórios (fls. 17.634-17.659), que foram rejeitados (fls. 17.679-17.690):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO JULGADO. PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES E DE PREQUESTIONAMENTO.

Matéria devidamente analisada, inexistindo qualquer ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição no julgado. Ainda que para fins de prequestionamento, têm os embargos declaratórios como requisito a ocorrência dos pressupostos previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal. Inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão, não podem ser acolhidos os embargos declaratórios, que não se prestam à rediscussão da matéria já julgada.

EMBARGOS DESACOLHIDOS. UNÂNIME.

Às fls. 17.718-17.768, o MPRS aforou recurso especial, fundamentado no art. 105, III, "a", da CF e argumentou contrariedade aos arts. 74, § 1º, e 615, § 1º, parte final, ambos do CPP, negativa de vigência aos arts. 18, I, 121, *caput*, e 121, *caput*, c/c o art. 14, II, todos do CP, e aos arts. 74, § 1º, e 413, *caput*, ambos do CPP, e contrariedade ao art. 419, *caput*, do CPP. Interpôs, também, recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "a", do permissivo constitucional, sob alegação de contrariedade aos arts. 5º, XXXVIII, "d", LV e LVII, e 129, I, ambos da Constituição Federal (fls. 17.699-17.716).

A AVTSM igualmente interpôs recurso especial às fls. 17.782-17.791 e aduziu violação dos arts. 413, § 1º, e 615, § 1º, ambos do CPP.

## *Superior Tribunal de Justiça*

Os acusados ELISSANDRO (fls. 17.296-17.344) e MAURO (fls. 17.415-17.447) também ingressaram com recurso especial.

A Corte de origem (fls. 18.037-18.117), por seu Terceiro Vice-Presidente, admitiu os recursos especiais do Ministério Público estadual e da AVTSM. **Negou seguimento, porém, aos especiais de Elissandro Callegaro Spohr, porquanto o acórdão recorrido estaria em conformidade com o entendimento das Cortes Superiores, e de Mauro Londero Hoffmann, por perda de objeto ante a não ratificação do apelo especial após o julgamento dos embargos infringentes.**

A decisão foi assim ementada (fl. 18.037):

RECURSOS ESPECIAIS. HOMICÍDIOS. TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. VOTO DIVERGENTE. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. RECURSOS ADMITIDOS. NULIDADES. DENÚNCIA. INÉPCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS. OITIVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. ADMISSÃO. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. PERDA DE PROVA SUBSTANCIAL. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. VERBETE N. 83 DA SÚMULA DO STJ. PRECATÓRIAS. JUIZ NATURAL. OFENSA. VERBETE N. 283 DA SÚMULA DO STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. RECURSO NÃO ADMITIDO. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. INDÍCIOS DE AUTORIA. TRIBUNAL DO JÚRI. COMPETÊNCIA RESERVADA. RECURSOS ADMITIDOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 339 DO STF. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO ADMITIDO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. RATIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSOS NÃO CONHECIDOS.

MAURO e ELISSANDRO interpuseram os respectivos agravos, às fls. 18.127-18.136 e 18.147-18.179.

**São essas as mais relevantes ocorrências processuais**, até que a causa, nos limites das impugnações especiais, inaugurassem a competência deste Superior Tribunal de Justiça, o qual, impende salientar, **não irá examinar o mérito das pretensões punitivas, mas tão somente a admissibilidade ou não da acusação de crimes dolosos contra a vida.**

É dizer, caberá a este órgão colegiado, em última análise, examinar:

a) **se as condutas praticadas pelos réus indicam que hajam atuado com dolo eventual** e assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia – ou seja, 242 homicídios consumados e 636 homicídios tentados – ou se tais condutas ensejam a desclassificação para homicídios e lesões corporais, em sua modalidade culposa;

b) **se há compatibilidade entre a forma tentada do delito de homicídio e o dolo eventual;**

c) **se as qualificadoras referentes ao motivo torpe (ganância) e emprego de meio cruel (por fogo e asfixia) devem permanecer afastadas**, na forma efetuada pela Corte local, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pelas defesas contra a pronúncia, ou se devem as imputações ser mantidas na forma determinada na anterior decisão de pronúncia (homicídios duplamente qualificados e lesões corporais, ambos os crimes na modalidade dolosa);

d) se, na hipótese de prevalecer o entendimento de que agiram os réus com dolo eventual, **o empate apurado no julgamento dos embargos infringentes deve favorecer os acusados**, como decidiu o Tribunal *a quo*, na forma do art. 615, § 1º, do CPP (quatro desembargadores reconheceram o dolo eventual e quatro optaram pela desclassificação para delitos outros que não da competência do Júri) ou se, por ser o momento processual próprio do *judicium accusationis*, não incide a regra do *in dubio pro reo*.

## **II. Admissibilidade dos agravos e dos recursos especiais**

### **II.1 Recursos especiais do MPRS e da AVTSM**

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade e devem ser conhecidos.

De início, constato a tempestividade dos recursos especiais interpostos com espeque no art. 105, III, "a", da Constituição Federal e verifico o preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e regimentais para seu

processamento.

Ademais, a questão aqui debatida possui natureza eminentemente jurídica, devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, relativa à reforma da decisão de pronúncia que reconheceu haverem os acusados atuado com dolo eventual e assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia do MPRS – ou seja, 242 homicídios consumados e 636 homicídios tentados –, qualificados por motivo torpe (ganância) e pelo emprego de meio cruel (fogo e asfixia), o que evidencia o devido prequestionamento.

Além disso, os recursos apresentam argumentação suficiente para permitir a compreensão das teses, e a sua apreciação prescinde de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos.

## **II.2 Agravo em recurso especial interposto por MAURO LONDERO HOFFMANN**

O agravo preenche os requisitos legais de admissibilidade e deve ser conhecido. Todavia, o recurso especial não poderá ser conhecido, conforme razões e fundamentos a serem apresentados.

O TJRS, ao apreciar a admissibilidade do recurso especial, assentou ( fls. 18.109-18.114, destaquei):

Consoante o enunciado n. 207 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem."

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça assentou que "constitui erro grosseiro a interposição simultânea de embargos infringentes e recurso especial pela mesma parte" e que, "em casos de interposição simultânea de recursos desafiando acórdão não unânime, deve o recorrente, após o julgamento dos embargos infringentes, ratificar os termos do apelo especial anteriormente interposto ou apresentar novo recurso"<sup>10</sup> (grifou-se).

Nesse sentido os seguintes julgados:

[...]

Não fosse isso, no julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp n. 1.129.215/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16 de setembro de 2015, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que "**a única interpretação cabível**

**para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior".**

Na sessão de 1º de julho de 2016, a Corte Especial cancelou o verbete n. 418 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a qual previa a inadmissibilidade do "recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação". **Aprovou, ainda, o enunciado n. 579, segundo a qual "Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior".**

Todavia, no julgamento do AgRg no AREsp n. 994.962/SP, o Superior Tribunal de Justiça assentou **que "é necessária a ratificação do Recurso Especial apresentado na pendência de embargos de declaração apenas na hipótese em que há alteração do *decisum* impugnado, interpretação que se estende, por analogia, aos Embargos Infringentes e de Nulidade. Incidência da Súmula 579/STJ", em acórdão de seguinte ementa:**

[...]

**O Recorrente opôs embargos infringentes, em 14 de agosto de 2017, contra o acórdão que julgara o recurso em sentido estrito, para que seja absolvido da imputação descrita na denúncia por ausência de autoria ou, alternativamente, prevaleça o voto minoritário, que desclassificou o delito para crime diverso dos dolosos contra a vida.**

**Interpôs, também, recurso especial, em 17 de agosto de 2017, com pedido de reforma do acórdão que julgara o recurso em sentido estrito.**

O Primeiro Grupo Criminal acolheu os embargos infringentes, por maioria, na forma dos artigos 615, § 1º (segunda hipótese), do Código de Processo Penal e 21, § 2º, I, do Regimento Interno do TJRS, conhecendo, em parte, do recurso, e na parte conhecida, deu provimento para desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, conforme se lê dos excertos anteriores.

Contudo, não constam dos autos informação de nova interposição de recurso especial ou ratificação do recurso já interposto após o julgamento e publicação do acórdão dos embargos infringentes de fls. 15.447-15.483.

**Não fosse isso, dado que o Grupo Criminal desclassificou a conduta, o recurso especial perdeu o objeto na parte em que pretendia a aludida desclassificação.**

**Assim, não é de ser conhecido o recurso especial.**

O Ministério Público Federal, nesse tópico, assim se manifestou (fls. 18.371-18.376, grifei):

**[...] A decisão de não admissibilidade do recurso especial ressalta a modificação de entendimento, no sentido de que há o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. Desse modo, acolhidos os embargos infringentes para desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, constata-se a alteração que conduz à necessidade de ratificação do recurso especial anteriormente interposto. [...] Alega-se, ainda, que “o Recurso Especial tratou da situação relativa à possibilidade de absolvição do acusado, por ausência de dolo ou culpa, sendo indevida sua responsabilização a qualquer título penal, ao passo que o objeto dos embargos infringentes, em razão da limitação da divergência do voto minoritário, dizia respeito apenas às hipóteses de responsabilização de dolo ou culpa, não sendo possível, na via daqueles infringentes, tratar a ausência de responsabilização penal, tese defendida pelos recorrentes”. Observa-se, contudo, que, apesar de serem diferentes os pedidos no recurso especial e nos embargos infringentes, a matéria aduzida no apelo nobre foi analisada pelo tribunal de origem no julgamento dos embargos.**

Ao analisar a possibilidade de desclassificação da conduta por ausência de dolo, com reconhecimento da culpa consciente, o tribunal a *quo*, no julgamento dos embargos infringentes, afirmou que “há prova suficiente nos dois sentidos discutidos neste processo: ou os acusados agiram com culpa ou com dolo eventual” (fl. 17.612). Afastada, portanto, a tese de absolvição em razão de alegada ocorrência de responsabilidade objetiva (sem dolo ou culpa).

Extrai-se, ainda, da decisão, à fl. 17.621, o entendimento de que “o somatório de tais condutas à evidência ensejou o resultado, o que, por si só, não enseja a conclusão de que tal resultado foi previsto pelos agentes, senão a de que deveriam esses tê-lo previsto, com o que deixaram de observar dever objetivo de cuidado, situando-se a conduta na esfera da culpa, tão-somente”. Assim, ainda que indiretamente, a tese arguida no recurso especial foi tratada no julgamento dos embargos infringentes,

## *Superior Tribunal de Justiça*

sendo pois reconhecida, no mínimo, a ocorrência da culpa na prática das condutas.

**Logo, na espécie, impõe-se reconhecer não afastada a necessidade da exigência de ratificação do recurso antes interposto, porquanto alterado o resultado do julgamento em face dos embargos infringentes opostos concomitantemente ao apelo nobre. Era, portanto, de rigor o não conhecimento do recurso especial.**

**Ademais, o recurso especial encontra óbice ao conhecimento, também, na ausência de demonstração da divergência jurisprudencial.**

Para se comprovar o dissídio jurisprudencial suscitado no recurso especial deve haver o adequado e necessário cotejo analítico entre as decisões apresentadas como paradigmas e o caso em questão, nos moldes regimentais e jurisprudenciais hodiernamente exigidos por essa Augusta Corte Superior de Justiça, o que não foi realizado pelo recorrente, impedindo, portanto, o conhecimento do apelo especial.

É entendimento pacífico do STJ que a parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas, como ocorre no caso sob análise.

**Evidenciada, portanto, a ausência de satisfatória comprovação da similitude fática entre a decisão ora impugnada e a paradigma, não deveria ser admitido o recurso especial, também, por esse argumento.**

Quanto à alegada violação dos arts. 155 e 413 do Código de Processo Penal, aduz-se no recurso especial que “o acórdão recorrido agarrou-se unicamente a elementos produzidos na fase inquisitorial, porquanto nem minimamente renovados em juízo” (fl. 17.442).

É ver que o tribunal de origem, com base nas provas constantes dos autos, concluiu que “o voto majoritário debruçou-se sobre toda a prova oral carreada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Presença de elementos colhidos no curso do inquérito que, ainda que parcialmente, foram endossados pela prova judicializada, conforme constou do aresto embargado.

Ausência de elementos concretos que descredibilizem os depoimentos colhidos perante a autoridade policial” (fl. 16.796),

## *Superior Tribunal de Justiça*

de modo que a reforma do entendimento demandaria, necessariamente, a análise de conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial (por incidência da Súmula 7/STJ).

Ademais, apontou o tribunal *a quo* que “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”.

Com efeito. A orientação jurisprudencial é no sentido de que a decisão de pronúncia comporta juízo de admissibilidade da acusação, para o qual devem concorrer a prova da existência do fato (materialidade) e os indícios acerca da autoria ou participação do agente, consoante dispõe o art. 413 do CPP. Constitui a pronúncia, portanto, juízo fundado de suspeita, que apenas e tão somente admite a acusação. Não profere juízo de certeza, necessário para a condenação, motivo pelo qual o óbice do art. 155 do CPP não se aplica à referida decisão.

Demais disso, essa Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que é possível admitir a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do CPP. Nesse sentido: HC 435977/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 24/5/2018; HC 362.113/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 23/09/2016; HC 314.454/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 17/02/2017; HC 320.535/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 26/09/2016; AgRg no AREsp 422.032/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23/8/2017; AgRg no AREsp n. 683.010/ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2015; AgRg no REsp 1202124/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 01/10/2012.

Assim, tem-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, portanto, a incidência da Súmula n. 83/STJ, segundo a qual “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Importante esclarecer, por fim, que “a Súmula 83 não se

# *Superior Tribunal de Justiça*

restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea 'a'" (AgRg no Ag 1.151.950/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 29/4/2011).

**Ante o exposto, opina este Órgão Ministerial pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial interposto por Mauro Londero Hoffmann.**

Consoante se extrai dos autos, em **14/8/2017**, houve interposição, pelo recorrente, de embargos infringentes (fls. 17.031-17.276), com vistas à sua absolvição por ausência de autoria ou, alternativamente, para que prevalecesse o voto minoritário no recurso em sentido estrito, que desclassificou o delito para crime diverso dos dolosos contra a vida.

Todavia, em **17/8/2017**, apresentou recurso especial (fls. 17.415-17.447) com o objetivo de reformar o acórdão prolatado no recurso em sentido estrito e, assim, ser impronunciado.

Os embargos infringentes, na forma do art. 615, § 1º, foram acolhidos pelo Primeiro Grupo Criminal do TJRS para desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri e, dessa forma, o recurso especial perdeu o objeto na parte em que pleiteava a desclassificação.

Assim, logo após o respectivo julgamento, não houve interposição de novo recurso especial nem ratificação dos termos do anteriormente apresentado, o que enseja o desconhecimento do recurso nobre, consoante percuciente análise efetuada pelo MPF e pelo Tribunal de origem.

De igual forma, a aduzida violação dos arts. 155 e 413 do CPP, foi enfrentada pela Corte local à luz da jurisprudência dominante neste STJ, e atrai, por conseguinte, a incidência da Súmula n. 83, o que também obsta o seguimento do recurso especial.

Nesses termos, diante dos óbices constatados, cujos fundamentos incorporo a este voto, **conhece-se do agravo para não conhecer do recurso especial de Mauro L. Hoffmann.**

## **II.3 Agravo em recurso especial interposto por ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**

**O agravo é tempestivo, mas não preenche os demais requisitos**

**de admissibilidade** e não deve ser conhecido, o que, via de consequência, enseja também o não conhecimento do recurso especial, em face da **incidência das Súmulas n. 83 e 182 do STJ e 283 do STF**.

Eis os verbetes:

Súmula n. 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (também aplicável ao recurso interposto pela alínea "a" do artigo 105, III, da Constituição da República).

Súmula N. 182 do STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Súmula n. 283 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Deveras, o agravante ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, no recurso especial, aduziu:

**a) Inépcia da denúncia pela falta de individualização das vítimas. Art. 41 do CPP (fls. 18.079-18.081):** a questão foi enfrentada no julgamento do HC n. 70054351861, oportunidade em que o TJRS entendeu que, diante do elevado número de vítimas, não é inepta a denúncia que descreve de forma global os fatos ocorridos, sendo despicienda a repetição da narrativa para cada ofendido. Além disso, resta prejudicado o pleito da inépcia com a superveniência da pronúncia. Nesses termos, o entendimento do TJRS está em consonância com a jurisprudência do STJ. Assim, a, porquanto a decisão se encontra afinada com a orientação desta Corte Superior. Corte local mencionou diversos precedentes do STJ e decidiu pela incidência, nesse tema, da Súmula n. 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

**b) Nulidade. Falta de oitiva de todas as vítimas. Cerceamento de defesa. Arts. 201, 401, § 1º e 411, todos do CPP (fls. 18.085-18.086):** Segundo o TJRS, ao ratificar a decisão do Magistrado de primeiro grau, "não teria qualquer sentido ouvir mais de seiscentas pessoas, eternizando o processo." **A questão,**

**digo eu, também foi analisada no RHC n. 40.587/RS, de minha relatoria**, impetrado pelo próprio recorrente, quando esta Corte Superior decidiu que "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. Nesse tema, o Tribunal gaúcho também aplicou a Súmula n. 83 do STJ, porquanto a decisão se encontra amparada pela orientação desta Corte Superior.

**c) Nulidade. Impossibilidade de uma pessoa jurídica figurar como assistente de acusação. Arts. 31 e 268, ambos do CPP:**

Mais uma vez, verificou-se incidir a Súmula n. 83 do STJ, uma vez que a decisão guerreada se encontra fundamentada em precedente desta Corte Superior (HC n. 155.858/PE, Rel. Ministra Maria Theresa de Assis Moura). A questão já havia sido decidida na Correição Parcial n. 70054289947 (fl. 18.089, grifei):

Por outro lado, o art. 273 do mesmo diploma, de duvidosa constitucionalidade, ao menos em face da atual Carta Magna, admite temperamentos, como o mandado de segurança em caso de indeferimento da habilitação do assistente da acusação e a correição parcial na hipótese de exclusão do assistente já habilitado.

No mérito, não obstante o disposto nos arts. 268 e 31 do CPP, **é razoável a admissão da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da boate Kiss como assistente 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.

**Correição parcial indeferida."**

[...]

"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 n. 155.858/PE, da relatoria da eminente Ministra Maria Teresa de Assis Moura, em que, num processo por crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), foram admitidos como assistentes da acusação um determinado Condomínio e**

o Banco do Brasil, ambos vítimas da atividade fraudulenta do acusado."

**d) Nulidade absoluta do processo por perda da chance de realização de prova substancial (fls. 18.089-18.094):**

O Tribunal mencionou diversos precedentes desta Corte Superior e rechaçou a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, pois a testemunha Walter Vilar foi devidamente inquirida. Não houve efetiva demonstração de prejuízo, e não há que se falar em nulidade, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*". Novamente ocorre a incidência da Súmula n. 83 do STJ, uma vez que a decisão está amparada em jurisprudência desta Corte.

**e) Nulidade. Fundamentação per relationem. Art. 381, III, do CPP (fls. 18.094-18.097):**

O Tribunal colacionou diversos precedentes desta Corte Superior e rechaçou a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa em face da ausência de fundamentação, pelo fato de o Órgão Julgador ter adotado como razões de decidir a manifestação do Ministério Público. Novamente se verifica a incidência da Súmula n. 83 do STJ.

**f) Nulidade. Ofensa do Juiz natural. Audiência em carta precatória presidida pela autoridade com jurisdição no Juízo deprecante e não pelo Juízo deprecado. Art. 222 do CPP (fls. 18.097-18.100):**

O Tribunal *a quo*, por meio de seu Conselho da Magistratura, em outubro de 2013, quando estava prestes a se iniciar a instrução criminal, autorizou o Juiz titular da 1ª Vara Criminal de Santa Maria a presidir todas as audiências do processo em outras comarcas (fls. 18.098-18.099).

O Recorrente, inconformado com essa decisão, limitou-se a alegar no presente recurso:

(I) não há previsão legal para instauração do regime de exceção, (II) o juiz competente para inquirição da testemunha é o do lugar em que esta reside, (III) o Pacto de San José da Costa Rica garante a todas as pessoas o direito de ser julgado por juiz competente e (IV) houve ofensa aos princípios da reserva legal e do juiz natural.

Assim, conforme o TJRS, é caso de aplicação do enunciado n. 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

**g) Negativa de prestação jurisdicional. Arts. 381, III e 619 do CPP (fls. 18.100-18.103):**

O recorrente arguiu que o Tribunal, bem como o Juízo de primeiro grau, deixaram de analisar suas arguições de nulidade. A Corte refutou essa alegação, pois o acórdão enfrentou todos os pontos relevantes, está fundamentado

## Superior Tribunal de Justiça

e contém todos os motivos pelos quais rejeitou as preliminares de nulidade. Colacionou, ainda, diversos julgados sobre o tema. Novamente se verifica a incidência da Súmula n. 83 do STJ.

Assim se manifestou o Ministério Público Federal no que se refere à incidência da Súmula n. 182 do STJ (fls. 18.376-18.377, destaquei):

O agravo em recurso especial interposto por Elissandro Callegaro Spohr não merece ser integralmente conhecido, visto **que o agravante não refutou, de forma clara e suficiente, os fundamentos do *decisum* agravado, o que faz incidir, no caso, a Súmula n. 182/STJ.**

É o entendimento dessa Colenda Corte Superior que “a impugnação à decisão deve ser clara e suficiente a demonstrar o equívoco na sua negativa, não bastando aduzir a inaplicabilidade dos óbices sumulares, devendo ser esclarecida, por exemplo, a desarmonia do julgado com a jurisprudência da Corte Superior ou ainda a desnecessidade de uma incursão na seara probatória” (AgRg no AREsp n. 425.292/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/9/2014).

Alegou-se no recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, a, da CF, negativa de vigência aos arts. 31, 41, 201, 222, 268, 381, III, 411 e 619, do Código de Processo Penal, bem como contrariedade ao art. 1º, do Pacto de São José da Costa Rica e ao art. 5º, LIV, da Constituição da República.

O recurso foi inadmitido sob entendimento de que incidentes os enunciados das Súmulas n. 83/STJ e 283/STF.

É ver, porém, que no tocante à nulidade da inquirição de testemunhas pelo Juiz titular da Vara Criminal da Comarca deprecante, com ofensa ao princípio do juiz natural, ocasião em que o TJ/RS invocou a aplicação da Súmula n. 283/STJ (*sic*), **o agravante limitou-se a reafirmar o quanto posto inicialmente no recurso especial, no sentido de que “NÃO HÁ, EM LEI, PREVISÃO PARA QUE O JUÍZO DEPRECANTE VIAJE PARA INÚMEROS MUNICÍPIOS E REALIZE AS AUDIÊNCIAS QUE CABERIAM AO JUÍZO DEPRECADO” (e-STJ fl. 18167).**

Desse modo, claro está que a Defesa não infirmou, no ponto, os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial interposto, pelo que o agravo não merece conhecimento.

**Dessarte, o agravo de ELISSANDRO não pode ser conhecido,** diante dos óbices das Súmulas n. 83 (pedidos mencionados nas alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "g" – pois a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida) – n. 182 do STJ (alínea "f", pois a Defesa não infirmou, no ponto, os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial interposto) e n. 283 do STF (alínea "f", pois a defesa aduziu vários fundamentos para a alegada ofensa ao princípio do juiz natural, mas o recurso não abrangeu todos eles).

Passo, então, a analisar o mérito da causa, nos limites do que é possível examinar.

### **III. Decisão de pronúncia como juízo de admissibilidade da acusação – art. 413 do CPP – indícios de autoria suficientes**

Destaco, inicialmente, importantes **excertos da decisão de pronúncia do Juízo de primeira instância** (fls. 15.674-15.719, grifei):

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

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

Imputado a alguém a suposta prática de um crime doloso contra a vida, em tese, a competência para julgar será do Tribunal do Júri. Contudo, é certo, **em alguns casos**, após dilação probatória, **constata-se claramente a impossibilidade de ser apreciado pelo Júri, por fugir de sua competência.**

Por essa razão, a legislação coloca à disposição do Juiz a possibilidade de decidir se o processo e seus supostos autores serão julgados pelo Tribunal do Júri. Isso porque, a finalidade da existência de uma fase preparatória de formação da culpa, antes que se remeta o caso à apreciação dos jurados, pessoas leigas, recrutadas nos variados segmentos sociais, é evitar o erro judiciário, seja para absolver, seja para condenar. Porém, fundamentalmente, para evitar a condenação equivocada.

Afinal, o Estado se comprometeu a evitar o erro judiciário e, não sendo possível, envidará esforços para repará-lo (art. 5º, LXXV, CF). Por tal motivo, além da garantia fornecida pela inicial

## Superior Tribunal de Justiça

persecução penal, consubstanciada, como regra, no inquérito policial, para que se receba, com justa causa, a denúncia ou queixa, exige-se uma instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado.

Em outras palavras, o papel do Magistrado no juízo da acusação é filtrar, à luz do Direito posto na legislação e aprimorado pelo trabalho doutrinário, o que é de competência do Tribunal do Júri. Processualmente, diz-se que é o momento em que, obrigatoriamente, o Juiz resolve a questão da admissibilidade ou não da acusação: se admissível, pronuncia-se o(s) réu(s); se de plano não admissível, a depender do que indicarem as provas, pode-se proferir uma decisão de absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação.

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

[...]

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

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

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

[...]

Para que o Juiz **absolva sumariamente** o(s) acusado(s) é imprescindível que a prova se apresente de maneira escoreta, inequivocamente, tipificando-se numa das hipóteses antes

mencionadas do art. 415 do Código de Processo Penal.

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

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

[...]

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

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

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

[...]

No ponto, ressalto que, para a doutrina tradicional, a máxima "*in*

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

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

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

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

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

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

Após estabelecer essas premissas teóricas, assim o Magistrado analisou a materialidade e a autoria delitivas referentes ao acusado **ELISSANDRO** (fls. 15.719-15.752, grifei):

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

Explico o porquê.

**A notícia das mortes está demonstrada, não só pelos documentos específicos insertos nos autos, como pelos autos de necropsias, atestando mais de duas centenas de mortes (242), e mais de seis centenas de pessoas feridas, corroboradas pelos**

autos de exames de corpo de delito, boletins de ocorrência, prontuários médicos, informações dos estabelecimentos de saúde onde foram atendidas as vítimas, fotografias e depoimentos, que, em parte estão encartados nos anexos e, outra parte, integrando os próprios volumes principais - tudo isso esclarecido pela certidão de fl. 1.214 dos autos principais, volume 7.

Analisando-se os autos de necropsia (vol. 14, fl. 3.227 até o volume 26, fl. 5.640 dos anexos), verifica-se que a causa das mortes foi, invariavelmente, inalação de gases tóxicos resultantes do fogo ocorrido na Boate Kiss, desencadeado não apenas junto ao revestimento de espuma existente no teto e nas paredes laterais do palco e que produziu queima nessa espuma, mas também em outros materiais que lá se encontravam - **a maior parte dos laudos especifica monóxido de carbono e cianeto que, associados, foram os causadores dos óbitos; alguns o cianeto e**, outros, que não especifica um ou outro gás tóxico, mas o associa a sinais visuais de resíduos de queima (fls. 4344, 4355, 4391, 4449, 4527, anexo 18; fls. 4612, 4625, anexo 19; entre outros).

**Há, ainda, junto aos laudos de necropsia, fotografias das vítimas fatais, ilustrando secreções de cor escura no nariz e na boca, indicativas da respiração de fumaça e seus gases integrantes.**

[...]

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

[...]

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

Pois bem.

A peça portal atribuiu, especificamente, **aos acusados ELISSANDRO e MAURO**, terem concorrido para os fatos implantando nas paredes e no teto da Boate Kiss espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabiam incluir exibições com fogos de artifício, mantendo a casa superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças do local que impedissem a saída das pessoas do

**recinto sem pagamento das despesas de consumo na referida casa noturna e, assim, assumindo o risco de produzir o resultado de homicídios e tentativas de homicídios, na forma de dolo eventual.**

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

Segundo consta da denúncia ofertada pelo Ministério Público, qualificados porque teriam sido praticados mediante as qualificadoras do meio cruel, haja vista o emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas, e também por motivo torpe, pois **ELISSANDRO e MAURO**, além de economizarem com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investirem em segurança contra o fogo, também teriam lucrado com a superlotação do estabelecimento, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas; também por ganância, **MARCELO e LUCIANO** teriam adquirido o fogo de artifício indicado para uso externo (cerca de R\$ 2,50), por ser bem mais barato que o indicado para uso em ambientes internos (cerca de R\$50,00).

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

[...]

**O acusado ELISSANDRO SPOHR**, quando interrogado, disse que quando comprou parte da Kiss, seu sócio era o Alexandre. Referiu que uma das suas condições para comprar a boate era ter toda a documentação em dia. Depois de um tempo, comprou a parte do Alexandre, e passou para o nome de sua mãe. [...] **Por fim, relatou ser inverídica as imputações trazidas na denúncia.** Quanto a falta de treinamento dos funcionários, ninguém lhe informou que era necessário um treinamento específico. Também não aceita a acusação de ser ganancioso. Referiu que não previu que isso pudesse acontecer, que não tinha nenhuma razão para não se importar com a vida das pessoas lá dentro, que perdeu funcionários e amigos. Falou que isso não era

para ter acontecido, que até hoje não entende porque aconteceu, pois achava que estava tudo 'ok', que era bom, fazia tudo o que tinha que fazer.

[...]

O projeto técnico do **engenheiro Miguel Teixeira Pedroso**, fls. 2.655 a 2.657 (volume 11), **não teria indicado a colocação de espuma para isolamento acústico, mas sim a implantação de madeira compensada sob placas de lã de vidro. O engenheiro, em suas declarações de fls. 824-826 referiu que inclusive alertou Elissandro que não se faz isolamento acústico com espuma de borracha.**

**Ouvido em juízo, Miguel** relatou que a primeira coisa que falou para o Kiko quando teve contato com a boate é que a espuma não era um isolante acústico, **que podia colocar tudo fora, referindo, inclusive, que se ele colocasse espuma "estragaria a boate"**. Falou que **nunca indicou a utilização de espuma para isolamento acústico. Referiu que toda a espuma que existia na Kiss quando foi contratado foi retirada, ou seja, toda a espuma presente na boate no dia da tragédia foi colocada após a sua participação.** Referiu ser absolutamente contra a colocação de qualquer tipo de espuma (**audiência do dia 27/06/2014**).

[...]

**O engenheiro Samir, ouvido em juízo no dia 30/05/2014,** relatou que foi contratado para fazer um laudo de isolamento acústico, solicitado pela prefeitura, para a concessão do alvará. [...] Recorda que antes de começarem a executar o projeto, **o engenheiro Pedroso esteve no local e pediu para que retirassem toda a espuma que tinha lá,** pois não servia para nada de isolamento acústico, que era o problema a ser combatido. [...] Negou que o Kiko tenha comprado espuma dele, pois a espuma que ele vende é de outro tipo, muito mais cara. Ninguém da boate comprou espuma dele. **Falou que em nenhum momento o projeto do engenheiro Pedroso fala em espuma.** Sabe que o engenheiro Pedroso marcou várias vezes com o pessoal da boate para fazer a medição do som, mas ninguém aparecia.[...] **Sabe que as normas da ABNT falam que as espumas têm que passar no teste de inflamabilidade e toxicidade, e era essa a espuma que vendia.** Reiterou que é mentira que o Kiko comprou espuma dele.

[...] **O Promotor de Justiça Ricardo Lozza, na audiência do dia 07/10/2014 na qual foi ouvido,** falou que as espumas colocadas na boate não foram pedidas/indicadas/exigidas nem solicitadas pelo Ministério Público, que jamais fez uso da

## *Superior Tribunal de Justiça*

palavra "espuma" nem no inquérito civil, nem no TAC.

[...]

**Marcos José, perito criminal do IGP**, referiu que **a espuma utilizada na boate não continha elementos "anti-chama"**, explicando que, na comparação com as espumas que contêm o retardante de chamas, a espuma utilizada na Kiss queimou bem mais rápido (**audiência do dia 25/9/2015**).

[...]

Ouvida em juízo à título de informante, **Nívia (arquiteta)** relatou que em janeiro de 2012 o Kiko teria lhe procurado e pedido dicas para as reformas na boate, pedindo orientação sobre compras de papel de parede.[...] Perguntou para o Kiko quem era o responsável pela obra, e ele teria dito que não tinha responsável, que ele mesmo estava fazendo as coisas da obra.

[...] **Acredita que ele se preocupava com as questões de fluxo e funcionalidade da boate, e não com questões de segurança**, até porque quanto a isto apenas um responsável técnico poderia orientar. Por fim, referiu que não é normal alterar ambientes sem um responsável técnico e **disse ter certeza que as mudanças que o Kiko fez no layout da boate necessitaria do acompanhamento de um responsável** (audiência do dia 10/6/2014).

[...] **Nessa trilha, Diogo Calegaro, primo de Kiko**, referiu que foram feitas inúmeras reformas dentro da casa noturna e **nunca recebeu projeto de reforma confeccionado por engenheiro (declarações de fls. 858, volume 05)**.

[...]

Quanto a isto, tem-se o depoimento da **vítima Fernanda Londero (audiência do dia 26/6/2013)** no qual a depoente diz ser formada em arquitetura e que **o fluxo lá dentro da boate era muito bagunçado para ter passado por um profissional, e que acredita que muita coisa foi feita sem auxílio técnico**, pois eles estudam (na Universidade) exatamente para não fazerem aquele tipo de coisa.

Neste lanço, **a respeito do material espumoso cujas notas fiscais de venda para a casa noturna encontram-se volume 12, (fls. 2.664 a 2.666), conforme depoimento de Angela Callegaro (audiência do dia 31/10/2014), a espuma foi colocada pelos próprios funcionários da boate, que não tinham nenhum treinamento**.

[...]

Quanto à utilização de pirotecnia dentro da boate, há nos autos um enorme conjunto de material fotográfico em que **apresenta indícios da utilização de fogos no interior da Kiss**. Cito as

imagens de fls. 199 (volume 01), 608 a 618 e 620 (volume 3), fls. 6.442, (volume 26), e, entre as fotos, tem-se as imagens de fls. 2.794 e 6.445, onde aparece a banda Projeto Pantana, na qual o acusado Elissandro era vocalista, utilizando material pirotécnico nas laterais do palco.

[...]

**Bruna Pilar da Silva**, frequentadora assídua da boate, na **audiência do dia 12/09/2013**, relatou que **sempre tinha shows com fogos lá dentro da Kiss, que o Kiko estava presente e nunca viu nenhum impedimento.**

[...]

**Rodrigo Lemos Martins**, guitarrista da banda **Gurizada Fandanguera**, referiu em seu **depoimento dia 01/8/2013** que **sempre houve show pirotécnico. Que quando utilizavam esse artefato, tinham o consentimento dos proprietários da boate.**

[...]

**Giovana Rist** (audiência dia **26/6/2013**), relata que as champagnes dos aniversariantes tinham um artefato que conduzia uma chama, que era colocada na tampa da garrafa; **recorda ainda que a banda do "Kiko" tinha gravado um clipe com o uso de artefatos pirotécnicos. No mesmo sentido o depoimento do funcionário Marcelo Carvalho (audiência dia 28/6/2013)**, que inclusive acrescentou que **no sábado anterior ao ocorrido, a empresa Fuel tinha usado artefatos pirotécnicos na Kiss e ainda presenciou o uso de artefatos semelhantes na festa La Mexicana.**

No que diz respeito aos **extintores de incêndio**, há imagens de fls. 4.067 (volume 17) e 5.538 a 5.540 (volume 22), onde **aparece apenas o suporte para o extintor de incêndio, sem a presença do equipamento ali pendurado.**

Há, ainda, o depoimento de **Bruna Pilar da Silva** (audiência dia **12/9/2013**) na qual ela conta que chegou a comentar com o **'Kiko'** a respeito da **ausência dos extintores no local indicado, e ele teria dito simplesmente que não achava bonito.**

Inquirida, **Jessica Fernandes**, (audiência do dia **26/6/2013**), relata que já tinha visto a **seta indicando extintor de incêndio sem ter extintores ali**, bem como já teria visto **outros shows que utilizavam artefatos pirotécnicos. A funcionária Ingrid Goldani, na mesma audiência, também relatou que tinha um lugar na boate que continha apenas a indicação de extintor, mas sem o extintor**, e ouviu boatos que, na virada do ano, alguém teria pego um extintor e esvaziado de "brincadeira". **No mesmo sentido, vem o depoimento da vítima Barbara de Oliveira, no dia 28/6/2013.**

Ouvido em juízo, (**audiência do dia 23/5/2014**), Gianderson relatou que recorda de ter ido duas vezes na boate fazer a manutenção dos extintores, e que **em uma das vezes os extintores já estavam no chão para ele pegar, e na outra vez teve que procurá- los, tendo inclusive achado uns no chão em um canto da boate, e outros no chão da cozinha.**

**Yasunobu Aihara, engenheiro mecânico, periciou os extintores de incêndio mas não soube indicar o motivo da falha no extintor, pelo estado em que se encontrava. Acredita que se ele estivesse funcionando normalmente, teria combatido o foco do incêndio (audiência do dia 24/9/2015).**

[...]

No que tange à alegada superlotação da boate, também há indícios a esse respeito. Várias pessoas ouvidas no presente processo, tanto vítimas como testemunhas, relatam **que a casa estava lotada na noite da tragédia, muitos depoimentos trazendo à tona a dificuldade de se locomover no interior da boate, bem como a sensação de "sufocamento" e "aperto" sentida por inúmeras pessoas.**

**Há indícios que havia superlotação na casa noturna (242 vítimas fatais e 623 feridos - somados em 865, que extrapola o número de lotação - segundo o laudo pericial n. 12.268/2013, fls. 5.757 a 5.918 do anexo XXVII do inquérito policial, a capacidade da boate era 740 pessoas na área de público e 29 pessoas na área de apoio, perfazendo um total de 769 pessoas); que os extintores não funcionaram, que havia uma única saída de emergência, e que a espuma de vedação acústica era inadequada, conforme depoimentos já trazidos pelos engenheiros Samir e Miguel.**

**Não cabe aqui trazer todos os depoimentos que indicam a superlotação, até porque são inúmeros. O que se extrai dos autos é que há indícios que havia a possibilidade de se fazer um controle de pessoas no interior da Kiss e isso não estaria sendo feito de maneira adequada.**

Esses indícios são retirados dos depoimentos constantes nos autos, principalmente dos funcionários da boate (Giovana Rist, ouvida dia 26/6/2013, Marcelo Carvalho, ouvido dia 28/6/2013, Katia Siqueira, ouvida dia 9/7/2013, entre outros). Luiz Carlos Pires Junior, ouvido em 27/6/2013, referiu que ia 'direto' na boate, tendo, inclusive, cartão VIP e que nunca viu controle de pessoas na Kiss.

[...]

**A vítima Barbara de Oliveira, ouvida dia 28/6/2013, referiu que sua turma costumava alugar a boate e fazer festas fechadas**

**lá dentro, e que o próprio Kiko, ao ser questionado, falou que poderia colocar até mil pessoas lá dentro, 1200 se fosse bem apertado.**

[...]

No mesmo sentido vêm as declarações da vítima **Ereni Medianeira Gonçalves (fls. 4.811 - volume 20)**, de que logo que viu o fogo foi em direção à porta que dava acesso aos caixas, e quando chegou lá os seguranças mantinham as portas fechadas e disseram que não era para sair, que era apenas uma briga e que iriam controlar. A declarante e outras pessoas então empurraram os seguranças e disseram que estava pegando fogo, conseguindo sair para a rua.

**Luiza Borges, ouvida em juízo no dia 26/6/2013**, referiu que ouviu gente gritando que não estavam deixando sair sem pagar a comanda. **Carmen Reis, na mesma audiência**, referiu que viu o início do fogo e saiu correndo, mas **foi barrada na porta pois lhe pediram a comanda, e que o 'pessoal' pediu para que ela entregasse a comanda paga para poder sair.**

**A vítima Bruna Dutra, ouvida em juízo dia 28/6/2013**, relatou que saiu correndo para a porta e **foi barrada, que os seguranças apontavam para o local de pagar a comanda**, momento em que começaram a se empurrar.

[...]

Relativamente ao fato de que **nenhum funcionário da boate tinha treinamento para agir nesse tipo de situação, Ricardo Pasch, gerente da casa noturna**, referiu em seu depoimento (audiência do dia 19/8/2013 - fls. 10.299 e seguintes - volume 47) **que da equipe da boate ninguém tinha treinamento, pois nunca fora pedido isso.**

**Luismar da Rosa (audiência do dia 17/7/2013), funcionário da boate**, ouvido em juízo, relatou não ter visto o início do incêndio, e que só percebeu que era algo mais grave quando viu dois músicos saindo correndo. [...] Contou que ficou preso nos "guarda-corpos" achando que morreria ali, pois não estava conseguindo passar. Referiu que logo que iniciou o tumulto olhou para porta e realmente viu os seguranças tentando conter o pessoal, mas acredita que isso ocorreu até eles perceberem o que estava acontecendo, até porque eles tinham que salvar a própria vida também. [...] **Acredita que tinha 800 e poucas pessoas no momento do ocorrido. Falou que no show do Armandinho foi a vez que mais lotou, estava infernal, e ficou sabendo que tinha 1200 pessoas lá dentro na ocasião.** [...] Falou que como **funcionário nunca teve treinamento para situações de crise, pois era algo impensável. Contou que eles não sabiam nem**

**lidar com extintores, se precisassem. [...] Presenciou a festa La Mexicana com a Fuel e a utilização de artefatos pirotécnicos também.**

[...]

**Vanessa Vasconcelos, ouvida em juízo dia 23/5/2014, contou que no dia dos fatos não estava na boate, mas foi avisada do ocorrido, tendo chegado na frente da boate aproximadamente 3 e pouco da manhã. [...] Falou que viu o Mauro no estacionamento do Carrefour, tendo falado para ele que sua irmã tinha morrido e ele teria "dado de ombros". [...] Lembra que tinha luminosos de emergência, mas o pessoal tirava para usar como lanterna, e também referiu que após as reformas muitas vezes os extintores não voltavam para o local. Sabe que o Kiko achava feio os extintores, que "estragava a aparência". Referiu que o Kiko afirmava que a capacidade da boate era 1200 pessoas. [...] Lembra que o Kiko não deixava eles comentarem que a capacidade era 1200. [...] Aludiu que quem contratava as bandas era o Kiko, e que a banda dele fazia shows na boate, inclusive pirotécnicos. [...] Referiu que era comum as pessoas passarem mal lá dentro de tão lotada. [...] Falou que presenciou umas 5 ou 6 festas com utilização de fogos. Referiu não ser movida por nenhum sentimento de vingança. [...] Falou que o Kiko investia mais em decoração do que em segurança, e que ele e Mauro discutiam muito, por exemplo, sobre atrações [...] Falou que aquilo que o Mauro não queria na boate ele impedia que fosse feito, então, quando estava pronto, era porque ele tinha concordado. Falou que recebia ordens do Mauro e o respeitava como chefe. Relatou que os funcionários nunca receberam treinamento para situações de emergência. Aduziu que havia uma ordem, vinda do Kiko, para deixar os ar condicionados mais quentes para que o pessoal consumisse mais cerveja, e que o pessoal sempre reclamava que estaria muito quente lá dentro. Relatou, ainda, Vanessa, que o Kiko sabia e permitia o uso de fogos de artifício na boate e que ele dizia que quanto mais gente melhor, que ele não se preocupava com excesso de pessoas, que o interesse dele era dinheiro. [...] Tem certeza que a noite da tragédia não foi a primeira em que ocorreu show pirotécnico.**

[...]

**Quanto ao fato de que a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada, há nos autos o laudo pericial n. 12268/2013, fls. 5.757 a 5.918 do anexo XXVII do inquérito policial, mais especificamente nas fls. 5.911**

e seguintes, no qual consta que, no que diz respeito à sinalização de saída do prédio, este item não encontrava-se atendido.

**Consta do referido laudo, também, que a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas, pois a saída de emergência do imóvel possuía quatro unidades de passagem, sendo que o necessário seriam oito unidades de passagem para a área e população determinada pela edificação.**

Tudo isso segundo laudo pericial acostado aos autos.

[...]

Ainda, quanto ao fato trazido pelo Ministério Público na **exordial acusatória de que os exaustores estariam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica**, que acabou direcionando-se para a saída - justamente onde as pessoas teriam se aglomerado para tentar deixar o prédio -, **há nos autos indícios, conforme laudo pericial n. 12268/2013, que os dutos de exaustão encontravam-se com suas extremidades voltadas para a fachada principal, vedadas por janelas basculantes permanentemente fechadas.** As extremidades dos dutos estavam, também, parcialmente obstruídas pelas paredes de alvenaria da fachada.

[...]

**Oswaldo Brasília engenheiro elétrico que trabalha na seção de incêndios do IGP, referiu que a eficiência da refrigeração da boate não era tão boa, pois não havia exaustão suficiente.**

[...] Falou que o que comprometeu mesmo foi a ausência dos elementos de segurança [...] (audiência dia 23/09/2015)..

[...]

**Rodrigo Ebert, perito criminal do IGP, ouvido em juízo dia 24/9/2015, referiu que a ausência do sistema de exaustão fez com que todo o fluxo de ar fosse direcionado para a porta, no momento da abertura. Falou que independente do sistema de ar condicionado, era necessário um sistema de exaustão de gases aquecidos.** [...] Referiu que, **por ser equiparada a subsolo, faz-se necessário duas saídas de emergência**, e que em um ambiente superlotado, os elementos de segurança perdem a sua eficácia.

**Cristiano Damásio, engenheiro eletricista e perito criminal do IGP, na audiência do dia 24/9/2015, referiu que os dutos de ar estavam entupidos, não jogavam o ar na rua, pois estavam parcialmente obstruídos pelas janelas basculantes. Referiu que pela norma, seria necessário ter duas portas de saída. Por fim, referiu que com a falta dos elementos de segurança aumentou o risco da boate.**

**Postos assim alguns relatos e circunstâncias, retirados do bojo do caderno processual, sem expor de forma densa e profunda as provas, mas também sem deixar de fazer uma breve análise, por força constitucional, percebo que além da presença da materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado Elissandro quanto aos fatos articulados pela denúncia.**

**Não estou assentando que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, e suas teses não se apresentando de forma escorreita de dúvida (nessa fase), a pronúncia é o caminho a ser seguido.**

No tocante ao acusado **MAURO**, o Magistrado asseriu o seguinte (fls. 15.752-15.762, grifei):

[...]

**O acusado MAURO HOFFMAN**, o "Maurinho", interrogado, refere que é administrador de empresas, e relatou ter escolhido o ramo de entretenimento para se especializar, que só na boate Absinto trabalhou por 15 anos. [...] **Falou que sempre se preocupou com questões de segurança na Kiss.** [...] Relatou que desde que entrou na sociedade, apenas duas vezes a Kiss teve mais de mil pessoas no giro. [...] **Acredita que o que mais colaborou com a tragédia foi alguém entrar com o artefato e botar fogo no local.** Falou que antes do ocorrido, ninguém se preocupava em ter apenas uma porta, na colocação de espumas, etc. [...] **Falou que as modificações realizadas pelo Kiko melhoraram muito a boate, facilitaram a circulação das pessoas, as rotas de fuga.** [...] **Sobre os seguranças sem treinamento obrigatório, acreditava que a empresa contratada fosse capacitada, pois era especializada nisso.** [...] A ilustrada e diligente Defesa Técnica, especificamente, alega que Mauro era apenas um sócio investidor da boate, sem nenhum poder de mando, não devendo ser responsabilizado por eventuais irregularidades constantes da boate que eram anteriores à data de sua entrada na sociedade. Alega também que o acusado não teria participado das reformas da boate, nem da colocação da espuma, dos guarda-corpos, tampouco participava da escolha das bandas, não havendo provas que ele sabia ou assentia com a utilização de artefatos pirotécnicos.

[...]

Dos relatos, **verifica-se que há indicativos que o acusado era**

**uma pessoa experiente no ramo noturno, eis que, além da boate Kiss, era proprietário também do Absinto Hall, outra boate famosa na cidade, sendo, teoricamente, uma pessoa meticulosa e cuidadosa em seus negócios, e isso se retira não só do seu depoimento como dos demais elementos probatórios colhidos neste caderno processual.**

**A alegação do acusado de que não tinha poder de mando, e que não sabia o que se passava na boate, embora possa ser verdadeira, há indícios que o acusado era um empresário zeloso, cuidadoso em seus negócios e expert no ramo noturno, e que ele sabia o que acontecia referente à boate Kiss.**

**Vanessa Vasconcelos, na audiência do dia 23/5/2014, relatou, por exemplo, que depois que Mauro entrou na sociedade as 'coisas' começaram a se endireitar, que ele inclusive indicou um funcionário para entrar na boate, o João, referindo, também, que ele tinha poder de mando na boate.**

**O próprio acusado refere em seu interrogatório que escolheu o ramo de entretenimento para se especializar, e que só na boate Absinto trabalhou por 15 anos.**

**Especificamente quanto à boate Kiss, há indícios de que o acusado Mauro costumava frequentá-la, tendo ido inúmeras vezes na boate e teria presenciado a alegada superlotação, bem como as reformas sendo realizadas e a utilização de artefatos pirotécnicos em seu interior.**

Alguns depoimentos trazem indícios de que Mauro costumava frequentar a Kiss durante as noites, **(Ingrid Goldani, Saulo Rodrigues, (audiência do dia 26/6), Marcelo Carvalho, ouvido dia 28/0/2013, entre outros)** e o próprio acusado relata que "normalmente ia nas quintas a noite".

Everton Drusão, na audiência do dia 28/6/2013, também relatou que as vezes o Mauro ia na boate de noite, como um cliente normal.

**Angela Callegaro refere que "todas as decisões e assuntos importantes eram objeto de diálogo entre Elissandro e Mauro, uma vez que esse último também tinha poder de decisão na boate. Mauro não se limitava a perceber lucros. Havia periódicas conversas pessoais entre eles".**

Em sede judicial, **Angela Callegaro (audiência do dia 31/10/2014)** referiu que explicava para Mauro o funcionamento da boate, o que faziam e o que era comprado. Falou que passava para ele relatórios financeiros, quanto dava nas noites, etc. **Referiu, ainda, que Mauro frequentava a boate durante as noites, referindo que ele não seria louco de não conversar com o 'Kiko' (seu sócio) a respeito de dinheiro. Ainda, aduziu ter lido o**

depoimento prestado na polícia antes de assiná-lo.

Consta nos autos o documento de fls. 8492 e 8494 (volume 38) cópias de **e-mails do acusado Elissandro**, onde este relata que "(...) Sei que já tem muito disso que estou pedindo mas quero todo o mês olhar desta forma e passar pro Mauro mastigado assim" e "(...) então vamos fazer esse controle funcionar e preciso que funcione assim. Tive até uma discussão com o Mauro sobre isto", respectivamente.

**Giovana Rist (audiência do dia 26/6/2013) 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 1 (2 de setembro de 2011, o acusado Mauro assumiu efetivamente posição societária no empreendimento, inclusive parte do pagamento se deu em 9 parcelas ao longo do ano de 2012 (constam os recibos nas fls. 1.012 a 1.020), a comprovar o adimplemento, **inclusive nos meses em que estava em plena 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)**.

[...]

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. 3.378, volume 15). **Em juízo, confirmou essa informação (audiência do dia 11/9/2013)**.

**A arquiteta Nivia da Silva Braido, em audiência no dia 10/6/2014**, 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. 2.333 a 2.337 - volume 11), **Ricardo Pasche, gerente da casa**

**noturna**, relatou que "colocaram várias barra ferro para organizar o pagamento nos caixas e logo após as caixas de entrada, com o objetivo de organizar. Lembra que Mauro perguntou ao Kiko se os bombeiros não haviam reclamado das barras de proteção, no entanto eles não haviam feito vistoria depois da reforma, portanto ninguém reprovou as barras". [...] **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 19/8/2013 - fls. 10.299 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. 5.023/5.028 - volume 22)**, ouvido, refere que era comentário corrente no meio dos funcionários que aquele "corrimão" não poderia permanecer no local, porque se ocorresse uma fiscalização mandariam retirá-lo, **e que isso tudo era de conhecimento de Mauro e Kiko**.

Ainda no que diz respeito as barras de ferro, **há indícios nos autos que estes anteparos acabaram dificultando muito a saída das pessoas do local, pois muitas acabaram caindo ou ficando presas nessas barras, tendo sido impedidas de sair livremente da boate**, conforme relatos de algumas vítimas. Trago a título exemplificativo o depoimento de Giovani Dias, na audiência do dia 26/6/2013, 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.

[...]

Relativamente ao **uso de fogos em eventos, Giovani Kegler, integrante da banda Gurizada Fandangueira**, relatou que era comum o uso de fogo nos shows da banda, que em praticamente todos os shows eram utilizados. Relatou que **já tinham usado aquele mesmo fogo na Kiss, no mesmo palco, da mesma forma**. Falou que **também tocou no Absinto e também utilizaram artefato pirotécnico lá (audiência do dia 10/7/2013)**.

[...]

Ainda, conforme a denúncia, há indícios de **que havia materiais sujeitos a combustão em todo o entorno do palco, onde teria sido acionado o artefato pirotécnico**. Quanto a isso, tem-se o laudo pericial encartado no anexo XXVII dos autos, onde

contem fotografias ilustrando a presença de cortinas, madeira e da espuma.

**O perito Osvaldo, quando ouvido, referiu que além da espuma, todos os materiais inflamáveis poderiam entrar em combustão e propagar a chama, como por exemplo todo o mobiliário, tudo que é de madeira, tecido, etc. [...]**

Ao passo da hora, sublinho (também em homenagem a Ilustrada Defesa e, por se revestir como questão processual, num primeiro momento) que a defesa do acusado MAURO impugnou a menção aos extintores de incêndio nos memoriais acusatórios, eis que estes não constariam na exordial acusatória. Entrementes, a denúncia faz sim alusão a extintores de incêndio, mesmo que não o faça expressamente. Digo isso pois consta da denúncia que os acusados Mauro e Elissandro "concorreram para o crime ( ) mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza ( )"

Posta, pois, alguns relatos e circunstâncias, retiradas do bojo do caderno processual, sem expor de forma densa e profunda as provas, mas também, sem deixar de fazer uma breve análise, por força constitucional, percebo que além da presença da materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado MAURO quanto aos fatos articulados pela denúncia.

Não estou assentando que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, e suas teses não se apresentando de forma escoreita de dúvida (nessa fase), a pronúncia é o caminho a ser seguido.

No ponto, quanto à impugnação aos elementos da cadeia causal atribuídos ao acusado, pontuo que estes não podem ser analisados de maneira percuciente nesta fase de *judicium accusationis*, **mas sim como um conjunto de fatores que, somados, trazem indícios de autoria.**

[...]

Quanto ao acusado **LUCIANO**, o Magistrado assim avaliou sua conjecturada participação delitiva (fls. 15.762-15.768, grifei):

[...]

**O acusado LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO**, ao ser interrogados relatou que atualmente trabalha como moto-táxi e que estudou até a 6ª série. [...] **Negou que fosse produtor da banda, e referiu que ganhava 50 reais.** Relatou que carregava instrumentos, montava instrumentos, levava água e cerveja pro

pessoal da banda. **Falou que na noite da tragédia, não colocou uma luva na mão do Marcelo, que não sabia que poderia pegar fogo, que jamais o Danilo permitiria que colocassem nem o Marcelo, nem as outras pessoas em risco.**

Na noite da tragédia, disse que o pessoal da banda lhe passou um papel onde dizia o que teria no show, **momento em que acoplou o dispositivo na mão do Marcelo, que subiu para o palco.**

Depois, o Danilo lhe fazia um sinal que era para ele apertar o botão que acionava o dispositivo. Depois que ele apagou, tirou da mão do Marcelo e colocou num canto. [...] Explicou que o artefato era acionado por controle remoto, nunca entregou o material aceso. [...] **Não viu espuma na boate. Falou que fazia serviços para a empresa do Danilo, e cumpria ordens, Danilo lhe dava o dinheiro e ele ia lá na loja comprar o artefato. Confirmou que foi ele quem colocou na mão do Marcelo. [...] Ninguém nunca lhe pediu para comprar o fogo mais barato.**

Nunca questionou que aquilo fosse perigoso. Falou que era pago para montar o show, ele tinha que ir lá e montar. [...] Relatou que nunca comprou o artefato na caixa, e que não tinha nenhuma orientação. **Referiu que disse para o Marcelo que o artefato era seguro porque o Danilo tinha lhe dito isso.** Falou que nunca se preocupou que pudesse acontecer alguma coisa com o uso desses artefatos, porque para ele era seguro. **Ficou sabendo o que é "Sputnik" depois do ocorrido, e falou que não foi isso que colocou na mão do Marcelo na noite da tragédia, que nunca comprou isso.** [...] Acredita com firmeza que se o Danilo estivesse vivo hoje, ele (Luciano) não estaria sentado ali, porque o Danilo diria que ele era só um "Roadie" e que cumpria ordens suas. [...] Falou que as características da banda eram o carisma dos integrantes e o show pirotécnico. Falou que no Absinto eles se apresentavam também com os mesmos fogos.

[...]

A Defesa do acusado alegou que este seria o "Roadie" da banda, é dizer, um mero prestador de serviços, **devendo ser afastado o dolo eventual de sua conduta por não possuir qualquer autonomia para atuar, apenas obedecendo ordens.**

[...]

A respeito desse ponto, consta no caderno processual, nas fls. 1.403 (volume 07), **nota fiscal de compras dos produtos em nome da banda, datados de 25 de janeiro de 2013 (dois dias antes do evento).**

O gerente da loja Kaboom, **Daniel Rodrigues, (audiência do dia 22/5/2014), relatou que era o acusado Luciano quem adquiria os artefatos e que ele era esclarecido da**

**inadequação (ambiente externo/ambiente interno). Que o "Sputinik" ou "Chuva de Prata" eram apropriados para ambientes abertos, pois neles é utilizado uma espécie de pólvora que queima.** Explicou que há um produto próprio para uso interno, no qual a fagulha é feita de um outro tipo de pólvora que não queima, sendo um "fogo frio". **Referiu ainda que o produto para uso interno era bem mais caro que o "Sputinik".** Há, ainda, indícios de outras notas fiscais indicando a compra de artefatos semelhantes, bem como fotografias nas fls. 2621 e seguintes (volume 12), onde se constata imagens de **outros shows da banda Gurizada Fandangueira, em outros locais, nos quais teria também sido usado artefatos pirotécnicos.**

Nessa trilha, há indícios nos autos de que **foi o acusado Luciano quem teria acoplado o artefato nas mãos do acusado Marcelo, e que teria sido o responsável pela compra do material mais barato** - para uso externo -, bem como pelo acionamento do aludido dispositivo, que, posteriormente, acabou encostando no teto da boate e incendiando, o que teria dado início à tragédia.

**Eliel Bagasteiro Lima, integrante da banda Gurizada Fandangueira, quando foi ouvido na audiência do dia 1º/8/2013, relatou que no dia da tragédia a casa estava muito lotada, nunca tinha visto a boate tão cheia.** Referiu que o artefato pirotécnico fazia parte dos shows, que quem acionava era o Luciano, que era o Roadie da banda. **Luciano acoplou o artefato na mão do Marcelo, com uma espécie de "luva", que o tipo de artefato que utilizavam era sempre igual.** Referiu que o show pirotécnico era o "carro chefe" da banda. [...] **Já haviam se apresentado outras vezes na Kiss com fogos, e não teve problema nenhum, e nunca houve restrição por parte dos donos da boate.**

**Ingrid Goldani, funcionária da boate (audiência do dia 26/6/2013) relatou que viu a banda começar com fogos no chão, depois veio um rapaz e colocou uma "luva" na mão do vocalista, onde estava preso o artefato, e que a faísca que saía deste artefato era bem grande.**

Dessa forma, a versão trazida pela Defesa de que este seria apenas o "roadie" da banda e estava cumprindo ordens, embora possa ser verdadeira, de que ele era apenas um "roadie" e não teria poder de mando, esta não se apresenta de forma isolada, única, haja vista o depoimento do vendedor Daniel (audiência do dia 22/5/2014) no qual ele refere que Luciano era esclarecido da inadequação dos artefatos e mesmo assim optou por comprá-los.

## *Superior Tribunal de Justiça*

O delegado Sandro Meinerz (audiência do dia 23/4/2015), refere que recorda que o proprietário da loja **Kaboon** **lhe falou que indicou para o Luciano um produto que fosse possível utilizar em ambientes internos, que era mais caro, e que o Luciano teria optado pelo produto mais barato, bem como o acusado teria falado que sabia qual comprar pois era experiente com isso.**

Da análise dos relatos, verifico que, presente a materialidade, **há também indícios suficientes de autoria apontando para o acusado nos moldes apontados pela peça exordial acusatória.** Não estou referindo que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, **apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria como relatado na peça portal, e suas teses não se apresentando de forma escoreita de dúvida nessa fase, a pronúncia é o caminho a ser seguido.**

Por fim, quanto ao último acusado, **MARCELO**, o juiz pronunciante afirmou (fls. 15.768-15.774, destaquei):

[...]

Vejamos o que disse Marcelo em seu interrogatório. Referiu que é azulejista, estudou até a 7ª série **e era o vocalista da banda Gurizada Fandangueira.** Falou que quem fazia o contato da banda com os locais para tocar era o Danilo, **e sabe que na Kiss o contato dele era com o Kiko. Falou que tocaram na Kiss várias vezes.** Referiu que o Danilo fazia o repertório e lhe passava durante a semana. Falou que mais ou menos de 15 em 15 dias se reuniam para ensaiar as músicas. Acredita que o Danilo passava o repertório para os proprietários. **Relatou que era sempre o mesmo show pirotécnico que eles faziam.** Confirmou que eles eram conhecidos pela utilização da pirotecnia, e quem decidia se no dia teria ou não apresentação com os fogos era o Danilo, e que ele conversava sobre isso com o proprietário. Falou que o artefato não era uma novidade, tinha até ensaios da pirotecnia. [...] **Falou que confiava nas informações do "Roadie" de que era seguro e que não tinha perigo nenhum.** Falou que não era uma "luva", que o que ficava preso na mão era o disparador, e não o artefato. **Referiu que nunca foi se informar porque era uma coisa normal que todo mundo fazia.** [...] Explicou que ele estava cantando normal, **Luciano vinha e colocava na sua mão, disparava, durava no máximo 10 segundos, apagava, o Luciano tirava e era isso.**

Referiu que ninguém nunca se queimou nem reclamou. **Nunca passou pela sua cabeça que algo pudesse acontecer na Kiss porque para eles o local era seguro.** [...] Que Danilo falava para o Kiko como seria o show e o Kiko dizia que não teria problema. **Afirmou que o Kiko tinha conhecimento que eles usariam artefatos pirotécnicos no show e consentia com isso.** [...] **Referiu que somente depois que o extintor não funcionou que começou a baixar uma fumaça.** Falou que ficou esperando lhe trazerem outro extintor mas não veio [...] **Não tinha informações sobre o artefato, nunca leu nada sobre eles.** [...] Acredita que se o extintor tivesse funcionado ele teria conseguido parar o fogo, e também acredita que se tivesse mais saídas na boate mais pessoas teriam se salvado. **Gostaria de pedir perdão a todas as pessoas se ele fez algo de errado, e que nunca imaginou que isso poderia acontecer, que sua intenção era passar alegria para as pessoas. Referiu que ganhava uns 80 reais, e tocava porque gostava.** [...] Falou que faziam shows pirotécnicos em outros lugares também, em quase todas as boates de Santa Maria, e também fora da cidade. [...] **Falou que sempre foi feito show pirotécnico, e faziam o Kiko estava dentro da boate, vendo tudo.** [...] **Negou que o Luciano fosse o produtor da banda, dizendo que ele era o "Roadie", só montava o palco e os instrumentos. Falou que não avisou mais no microfone porque o áudio já estava desligado, e também já tinha bem poucas pessoas no local. Falou que a banda era composta de 8 pessoas e apenas uma faleceu.** [...] **Reafirmou que sempre foi permitido e liberado pelo proprietário o uso de fogos.**

[...]

Alega a Defesa Técnica que o acusado era apenas o vocalista da banda e que acreditava na palavra de Luciano quanto à segurança do artefato pirotécnico, bem como acreditava que a boate também era segura. Alega também que o acusado não sabia das propriedades dos fogos de artifício adquiridos e nem do revestimento espumoso da boate. Ainda, que ele não sabia da existência de lei que proibisse a utilização dos aludidos fogos.

Há indícios de que teria sido o acusado, vocalista da banda Gurizada Fandangueira, quem teria proporcionado o fogo na boate com a utilização do artefato quando, erguendo sua mão (a qual continha o dispositivo inflamável acoplado pelo acusado Luciano) e fazendo gestos coreográficos em direção ao teto da boate, o dispositivo, então, teria encostado no teto, onde havia uma espuma isolante de material altamente inflamável, momento em que teria dado início ao fogo e à exalação dos gases tóxicos.

Quanto a isso, **trago o depoimento de Saulo Rodrigues, que recorda da música que tocava no momento do início do incêndio, e lembra do vocalista erguendo e abaixando o artefato na mão.**

**Matheus Rocha, na audiência do dia 27/6/2013,** recorda que foi colocada uma "tala" na mão do **vocalista** e um objeto ali, e **começou a fazer os shows pirotécnicos.** Viu o momento em que o **vocalista pulou com a mão erguida e viu as fagulhas atingirem o teto.** Viu que o foco do fogo começou pequeno e depois foi se alastrando.

**Daniela Medina, na audiência do dia 26/6/2013,** falou que viu o início do fogo, tendo visto o vocalista erguendo o braço e encostando o fogo no teto do palco, que era mais baixo.

**Guilherme Mello, dia 27/6/2013,** relatou que viu o sujeito erguendo o artefato no teto, umas 6 faíscas encostaram no teto e o fogo veio vindo de modo uniforme. O teto então começou a pingar, momento em que resolveu ir embora e começou o tumulto. **Luzianara Marques, na mesma audiência,** referiu que viu o início do fogo, que começou quando o cantor, com uma luva na mão, balançou a mão e colocou fogo.

Existem indicativos de que o acusado e a banda já haviam realizado esse tipo de show em outros locais (conforme relatado anteriormente quanto aos indícios de autoria do acusado Luciano).

**Há, ainda, indícios da possibilidade do acusado ter alertado o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação do local, o que não teria sido realizado de maneira suficiente.**

Nesse laço, **disse o delegado Marcelo Arigony,** quando foi ouvido em juízo dia 10/4/2015, que **acredita que o acusado Marcelo poderia ter minimizado o resultado da tragédia se tivesse anunciado o fogo no microfone.**

[...]

**Guilherme Mello (audiência do dia 27/6/2013),** relata que o pessoal da banda não falou nada em relação ao fogo; que eles tentaram apagá-lo mas não conseguiram. **Acredita que se eles tivessem avisado no microfone, talvez mais gente teria se salvado, porque muitas pessoas não viram o que estava acontecendo.** **Fernanda Rodrigues, na mesma audiência,** corroborou tal depoimento, referindo que **ninguém do palco avisou que tinha fogo, eles simplesmente pararam de tocar e tentaram apagar, mas não avisaram nada.** Quem estava do outro lado da boate nem sabia o que estava acontecendo, concluiu.

**Karine Campagnollo relatou em seu depoimento dia 27/6 que**

ninguém avisou no microfone que tinha fogo, inclusive a música continuou cantando e o vocalista apenas parou de cantar para tentar apagar o fogo.

Da análise dos relatos, verifico a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria apontando para o acusado nos moldes apontados pela peça exordial acusatória. Não estou referindo que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria como relatado na peça portal, e suas teses não se apresentando de forma escorreita de dúvida nessa fase, a pronúncia é o caminho a ser seguido.

Quanto aos alegados erros de tipo/erros de proibição, teses defensivas trazidas pela Defesa Técnica de Marcelo, tais alegações não podem ser analisadas nessa fase.

As teses trazidas pelas defesas de incompatibilidade do dolo com o instituto da tentativa ficam, da mesma forma, para serem examinadas pelo Conselho de Sentença, vez que também se apresenta conflitante.

**Ao final da decisão de pronúncia, o Juiz alcançou as seguintes conclusões (fls. 15.774-15.787, grifei):**

As teses trazidas pelas defesas de incompatibilidade do dolo com o instituto da tentativa ficam, da mesma forma, para serem examinadas pelo Conselho de Sentença, vez que também se apresenta conflitante.

[...]

Com efeito, levando em conta todas as divergências trazidas nos presentes autos, outra não poderia ser a solução se não a pronúncia dos acusados, para que o Conselho de Sentença, competente constitucionalmente, analise todos os pontos controvertidos apresentados. Isso porque, como nos manifestamos a respeito das demais teses trazidas pelos defensores dos outros acusados, concernentes ao mérito, a análise probatória nessa etapa processual deve ser suficiente apenas para demonstrar a origem do convencimento do magistrado em levar a matéria à apreciação do Júri. **O que não significa dizer que não foram averiguados todos os elementos trazidos até o momento. Todo o conjunto probatório foi analisado por este julgador, apenas não cabe (sob este rito e neste momento) decidir qual é a versão que predomina, face a existência de mais de uma.**

Esta tarefa incumbirá, exclusivamente, ao Conselho de Sentença.

Repito, as versões trazidas pelas defesas dos quatro acusados não se encontram amparadas, nesta fase processual (aqui e agora) em prova inequívoca, irrefutável, estreme de dúvida, posto controvertidas.

**É dizer, uma vertente da prova colhida nessa primeira fase do procedimento aponta em direção contrária as explicações fornecidas pelos acusados em seus interrogatórios e trazidas por seus Ilustrados Defensores.**

[...]

As matérias sustentadas pelas combativas defesas são questões que não se apresentam isentas de polêmica relevante e devem ser submetidas ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, pois a valoração da prova compete a eles.

[...]

No que respeita às qualificadoras, estas, também, somente podem ser afastadas quando forem manifestamente improcedentes.

Identificado o suporte probatório mínimo que indica a presença das qualificadoras descritas na inicial acusatória, devem elas serem submetidas à deliberação pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

[...]

**Sublinho que não estou afirmando que as mencionadas qualificadoras efetivamente ocorreram no caso em apreço, apenas, que há indícios nos autos que tornam possíveis as suas configurações, cabendo aos jurados, no tempo próprio, decidir suas efetivas presenças, ou não. Isso porque, repito, a jurisprudência de nossas Cortes vêm se manifestando no sentido de que somente a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia: [...]**

[...]

**As versões defensivas, embora possam existir, não restaram demonstradas de forma cabal para que possam subtrair as qualificadoras da análise pelo júri popular, porquanto serão levadas ao Conselho de Sentença para apreciação pelo princípio do "*in dubio pro societate*", vigente nessa fase processual, da mesma forma quanto a eventuais dúvidas e teses defensivas que restem presentes no processo, serão remetidas à elucidação em plenário, sob o crivo dos jurados - eis que, em razão dos elementos antes citados, não se pode subtrair a competência deles.**

[...]

**Frente ao contexto delineado em juízo, presente a materialidade e indícios suficientes de autoria que indicam**

## *Superior Tribunal de Justiça*

**que os acusados poderiam ter evitado o resultado, e não evitaram, assumindo o risco de produzi-lo como refere a denúncia, justificando, destarte, a competência do Tribunal do Júri para aferição do caso, a pronúncia dos denunciados para serem julgados pelo Conselho de Sentença é a medida que se impõe.**

É o que decido.

**EX POSITIS, julgo PROCEDENTE a denúncia para o fim de PRONUNCIAR os acusados ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN E MARCELO DE JESUS DOS SANTOS, qualificados anteriormente, como incurso 242 vezes nas sanções do art. 121, § 2º, I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. 121, § 2º, I e III, na forma dos arts. 14, II, 29, *caput* e 70, primeira parte, todos do Código Penal, o que faço com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal.**

Nota-se a salutar preocupação do juiz pronunciante em não avançar verticalmente na análise das provas, ao enfatizar, inicialmente em relação ao réu Elissandro e depois quanto aos demais pronunciados, que:

**“Postos assim alguns relatos e circunstâncias, retirados do bojo do caderno processual, sem expor de forma densa e profunda as provas, mas também sem deixar de fazer uma breve análise, por força constitucional, percebo que além da presença da materialidade, há indícios suficientes de autoria relativamente ao acusado Elissandro quanto aos fatos articulados pela denúncia.**

**Não estou assentando que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria, e suas teses não se apresentando de forma escurra de dúvida (nessa fase), a pronúncia é o caminho a ser seguido.”**

Bem caminhou Sua Excelência, dada a natureza da decisão interlocutória em apreço, cercada de cuidados, pelo legislador, quanto à possibilidade de sua influência sobre o Corpo de Jurados a ser formado.

A propósito,

É cediço que o juiz deve se abster de fazer uma análise

exauriente, percuciente do processo, como se estivesse julgando um crime de sua competência mas tampouco pode apenas referir singelamente que *estão comprovadas autoria e materialidade pelas fls tais e tais*, para remeter alguém a julgamento pelo Júri. O ideal é o meio-termo. Fundamentar adequadamente, sem exageros terminológicos que possam influenciar indevidamente os jurados, mas também sem deixar tantas lacunas na decisão que o próprio acusado não saiba, afinal, por quais provas foi levado às barras do Tribunal do Júri (CUNHA CAMPOS, Walfredo. Tribunal do Júri. Teoria e Prática. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 126.)

A decisão monocrática, ao ser levada, por meio do recurso próprio, à alçada superior, foi confirmada quanto à ocorrência de crimes dolosos contra a vida, mantida, assim, a competência do Tribunal do Júri.

Prevaleceu a argumentação do **Desembargador Jayme Weingartner Neto**, que iniciou a divergência e culminou no resultado pela pronúncia dos réus (fls. 16.649-16.705, grifei), especialmente nos excertos do voto que ora transcrevo e destaco:

**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 Fandagueira", em tese concorreram para o evento** (vii) adquirindo e acionando, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos, (viii) 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, 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".**

[...]

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 caderno processual, circunstâncias externalizadas que indubitavelmente apontassem a confiança dos réus de que não se produziriam 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.

[...]

## *Superior Tribunal de Justiça*

**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.**

[...]

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

[...]

Nesta 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 (fl. 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".

[...]

Observo, no particular, que obter uma Licença de Operação, em si, mesmo em plena vigência, não funciona como carta de alforria (fl. 16.663).

Basta, para tal conclusão, ler o item 1.4.2 da LO n. 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 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).

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 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.

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).**" E, 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," pode ser que tenha sido induzida por alguém, tese 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. Um ponto persiste, porém. Apostar é sempre 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** (fls. 16.664-16.666).

[...]

**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. [...] 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.**

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 (fl. 16.667).

[...]

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". [...] 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.** [...] 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 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.** 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 (fls. 16.668-16.670).

[...]

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 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 (fls. 16.670-16.671).**

[...]

Quanto a **Luciano e Marcelo** (fls. 16.672-16.6730)

[...] 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 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 m<sup>2</sup> de área total da boate Kiss, apenas 369,98 m<sup>2</sup> 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).**

[...]

**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 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 (fl. 16.674).**

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 íterim. A versão de Marcelo é confirmada pelo depoimento do operador de som Venâncio da

Silva Anschau (vol. 43, mídia à fl. 9.380, "desliguei o sistema de som"), e é harmônica com as imagens captadas e, penso, chega a ser descrita nos memoriais dos promotores de justiça: [...]

**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 indoor era bem mais caro),** o que se conforta parcialmente pela nota fiscal de fl. 1.403 (vol. 7) – houve uma aquisição em 25/1/2013 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]. **Não vejo como retirar do Tribunal do Júri a apreciação desta questão (fl. 16.676).**

**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, 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.**" 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,

## *Superior Tribunal de Justiça*

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 (fl. 16.676).**

[...]

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 (fl. 16.698).

[...]

Chego ao fim do meu percurso. Longo, bem sei, e peço desculpas por não ter sido capaz de externar mais brevemente minha convicção. Sinto, 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 (fl. 16.705).

A decisão ora transcrita (parcialmente) encerra a primeira fase do procedimento previsto no Código de Processo Penal para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Decisão que, como de todos sabido, tem a natureza de decisão **interlocutória mista, não terminativa, mero juízo de admissibilidade da acusação** formulada na denúncia do Ministério Público. Por sua natureza e

finalidade, dispensa-se, nesse momento processual, prova incontroversa da autoria do crime apurado, pois **basta a existência de indícios suficientes** (na dicção do art. 413 do CPP) de que o acusado seja seu autor ou partícipe.

É bem verdade que a redação do dispositivo relativo à pronúncia foi alterada e passou a constar do art. 413 (que substituiu o art. 408) a expressão “indícios **suficientes** de autoria ou participação”, a qual, por óbvio, de nenhum modo se refere, de um lado, a um grau de certeza, nem tampouco, de outro lado, se traduz em mera suspeita de que o pronunciado tenha envolvimento subjetivo com o crime objeto da pronúncia.

Acertado, então, inferir que as questões referentes à **certeza da autoria e da materialidade do delito devem ser analisadas pelo Tribunal do Júri**, órgão constitucionalmente competente para o **exame do mérito de crimes dolosos contra a vida**. Vale dizer, cabe apenas ao **Conselho de Sentença, juiz natural da causa**, decidir, com base nos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, se a ação delineada pela acusação foi efetivamente praticada, **quer a parte objecti, quer a parte subjecti**, pelo réu e se este é merecedor de sancionamento.

A lei processual fala de indícios suficientes de **autoria ou participação**.

Conforme leciona Eugênio PACHELLI:

Na decisão de pronúncia, o que o juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, **a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela.** É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente deve revelar **um juízo de probabilidade e não o de certeza.** [...] Não se pode perder de vista que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, conforme exigência e garantia constitucional. (*Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 722-723, destaquei).

No caso concreto, **existem duas teses bem delineadas pelas partes**, cujos debates propiciaram o **empate na decisão dos embargos**

**infringentes e de nulidade.** Metade dos votos do Primeiro Grupo de Câmaras Criminal, seguindo o voto do Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, optou pela desclassificação do dolo eventual na conduta praticada pelos réus para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, enquanto a outra metade dos julgadores, ao seguir a divergência inaugurada pela Revisora Desembargadora Rosaura Marques Borba, encaminhou o voto pela (configuração do dolo eventual, em face das evidências obtidas no conjunto probatório, aptas a indicar a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria dos crimes de homicídios tentados (636 vezes) e consumados (242 vezes) (fls. 17.533-17.627).

Assim, o empate verificado veio a beneficiar os acusados, pois os julgadores concluíram pela desclassificação dos delitos a eles imputados para outros que não são da competência do Tribunal do Júri.

#### **IV. Dolo eventual *versus* culpa consciente**

A questão central e mais importante versada nestes autos diz com a definição do elemento subjetivo que teria animado a conduta dos recorridos, ou seja, se agiram com dolo eventual ou se apenas com culpa (*strito sensu*).

O tema já foi enfrentado diversas vezes no STJ e, particularmente, **já expus meu pensamento sobre o tema**, ora reconhecendo o dolo eventual (v.g., AgRg no AREsp n. 739.762/PR, Dje 22/2/2016), ora afastando-o (v.g., REsp n. 1.689.173/SC).

Colaciono trechos de meu Voto-Vista no AgRg no AREsp n. 739.762/PR, no qual julguei presentes elementos suficientes a indicarem a ocorrência de dolo eventual na conduta do agente:

Nesse cenário, **não vejo como afastar os fundamentos da decisão de pronúncia que admitiu, em princípio, a ocorrência de dolo eventual no crime de trânsito.** Dessarte, a investigação conclusiva sobre o elemento subjetivo do tipo, no caso dos autos, demandaria a incursão vertical sobre o extenso material probatório produzido sob o crivo do contraditório, vedado pela Súmula n. 7 do STJ.

Apesar de minha convicção pessoal sobre o tema, é inegável que a instância originária, em mero **juízo de admissibilidade da acusação, reconheceu, de forma fundamentada e com base nas provas dos autos, sinais concretos da ocorrência do dolo eventual**, revelando preocupação, na economia da decisão, com o comedimento e as cautelas necessárias para não influenciar a

## *Superior Tribunal de Justiça*

convicção dos jurados. E, a despeito das qualificadas teses da defesa, não verifico a possibilidade, ante a jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, de desclassificar a conduta para homicídio culposo, ainda nesta fase inicial, por não identificar erro evidente na conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias.

Anoto, por oportuno, que o caso dos autos não se assemelha a homicídios ocorridos no trânsito em que, ante a simples combinação de direção perigosa com ingestão de álcool, se atribui agir doloso ao agente. Tais circunstâncias, a um primeiro exame, apenas caracterizam uma previsão atenuada do resultado típico e não podem ser utilizadas como fórmula automática para o reconhecimento do dolo eventual, sem análise das demais particularidades que informam e singularizam o caso examinado. A hipótese sob análise é diversa, como assinalei logo no início de minha fundamentação. Consoante se demonstrou na pronúncia, **o agente, com o desenrolar de suas ações, criou o risco para o bem jurídico e maximizou o perigo conscientemente criado**, tornando o resultado típico mais do que possível, **provável**. Sem adentrar – por não ser aqui o espaço devido para tanto – o mérito da questão, há sinais de que, sob a influência de bebida alcoólica e com **relatos testemunhais de embriaguez**, criou um risco para a sua vida e a de terceiros, porquanto, mesmo **insistentemente advertido para não dirigir**, deixou o banco de carona de outro veículo e, sem ouvir os apelos dos que o acompanhavam, optou por realizar ações subsequentes – imprimir velocidade excessiva ao e veículo e não respeitar sinal de alerta no trânsito, em cruzamento – que tornaram provável o acidente de trânsito.

O direito penal trabalha com fatos e não com atitudes internas e, não obstante a negativa da intenção suicida, não há registro de nenhuma conduta que autorize a conclusão, estreme de dúvidas, de que o recorrente confiou em suas habilidades para, deliberadamente, não realizar o evento típico. Pelo contrário, a acusação demonstrou que, **depois de vulnerar a norma diretiva de conduta por um comportamento imprudente (dirigir sob efeito de bebida alcoólica e após ter sua CNH suspensa), o agente, supostamente, ainda imprimiu ao seu veículo a velocidade entre 161 e 173 Km/h e não observou (em tese) sinal de alerta (amarelo intermitente) no cruzamento das vias, aumentando exponencialmente a probabilidade do resultado**.

Não se pode perder de vista que a decisão **que encerra o *ius accusationis* é mero juízo de plausibilidade da acusação**. Ao

menos nessa fase, havendo **fundados indícios sobre a ocorrência de dolo eventual, cabe ao juízo natural da causa – e não ao juiz da pronúncia – dar a palavra final.** Ilustrativamente: "**A decisão que desclassifica o delito doloso contra a vida, modificando a competência do juízo natural do Júri, somente deverá ser proferida em caso certeza jurídica, sob pena de ofensa à soberania dos veredictos e à competência constitucional do júri para apreciar os crimes dolosos contra a vida**" (REsp n. 1350098/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 10/12/2014).

Nesse cenário, o mais indicado é que a **questão sobre o elemento subjetivo do tipo seja dirimida pelo Tribunal do Júri**, ante a competência constitucional prevista no art. 5º, XXXVIII, da CF.

Não é possível afastar, como pretende a defesa e ante as controvérsias doutrinárias sobre o tema, a possibilidade do dolo eventual. A fórmula contestada no recurso especial (falta de habilitação + embriaguez + velocidade excessiva + violação a sinal de advertência) também não pode ser utilizada para generalizar e excluir, de forma automática, a possibilidade do dolo eventual nos homicídios de trânsito, apenas por não ser intuitivo deduzir que o agente assumiu a morte de outrem e a sua própria, além das perdas financeiras e das consequências judiciais daí advindas.

Esta Corte já decidiu que "o dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias" (REsp n. 247.263/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJ 20/8/2001) e, inegavelmente, a pronúncia registrou ações do recorrente que justificam, sem nenhum juízo de valor, sua submissão ao Tribunal do Júri, a quem competirá dirimir o mérito da controvérsia.

O difícil nó a desatar, ao contrário do aventado pela defesa, não é apenas técnico, tanto que os advogados pretendem afastar a motivação referente à influência de bebida alcoólica, estabelecer a culpa exclusiva da vítima, contestar a alegação de que o acusado teria desrespeitado sinal de trânsito etc., **teses que requerem uma incursão vertical nos fatos e nas provas** do processo, inviável na via do recurso especial e na própria fase da pronúncia, devendo, antes, ser submetido ao juiz natural da causa, para fins de preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri, máxime quando nesta fase não se exige juízo de certeza.

**Ademais, a desclassificação do delito ainda poderá ocorrer se os jurados não identificarem o dolo eventual ou nutrirem**

## *Superior Tribunal de Justiça*

**dúvidas acerca de sua caracterização**, orientados tecnicamente que serão pelos dignos advogados da defesa, criminalistas de renome, um deles, aliás – Doutor René Ariel Dotti –, doutrinador a quem muitos de nós recorremos para melhor compreender o Direito Penal.

Assim, não merece reparos a decisão agravada, pois, segundo a jurisprudência desta Corte Superior – já citada no acórdão do relator e à qual faço referência – e a do Supremo Tribunal Federal, é "Admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. Precedentes" (RHC n. 116.950, Rel.<sup>a</sup> Ministra Rosa Weber, 1<sup>a</sup> T., DJe 14/2/2014) e "O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas é o Tribunal do Júri" (RHC n. 120.417, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2<sup>a</sup> T., DJe 26/3/2014).

Por outro lado, com o olhar nas circunstâncias do caso concreto e suas peculiaridades, consignei posicionamento em sentido contrário, afastando a figura do dolo eventual na hipótese examinada – por diferentes da anteriormente mencionada –, consoante trechos de meu voto proferido no Resp n. 1.689.173/SC:

Em síntese, alega a defesa que eventual ingestão de bebida alcoólica, por si só, é insuficiente para que possa prosperar a tese de dolo eventual. Diz que "foi uma fatalidade da qual, aliás, ninguém está livre" (fl. 484). Sustenta, ainda, que, em casos extremamente semelhantes, **tem-se, de um lado, o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, o qual afirma que o fato de a Recorrente estar supostamente embriagada, por si só, seria suficiente para configurar o dolo eventual, e, **de outro, o entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná**, que assere não ser a embriaguez ao volante, de modo isolado, suficiente a configurar o dolo eventual, mas apenas a forma culposa de homicídio, prevista na legislação específica (Código de Trânsito Brasileiro)" (fl. 491)

**Dito isso, para afirmar existirem provas a indicar a ocorrência do dolo eventual, as instâncias ordinárias partiram da premissa de que a embriaguez ao volante, de per si, já justificaria considerar a existência de dolo eventual.**

## Superior Tribunal de Justiça

Equivale isso a admitir que todo e qualquer indivíduo que venha a conduzir veículo automotor em via pública com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool responderá por homicídio doloso, ao causar, por violação a regra de trânsito, a morte de alguém.

É indubitoso que o Tribunal de origem, ao concluir pela existência de dolo eventual, fez remissão a decisão de pronúncia e filiou-se "ao entendimento majoritário do Tribunal de Justiça no sentido de **admitir a pronúncia do réu que, embriagado, acaba se envolvendo em acidente automobilístico**, vindo ceifar a vida de outra pessoa" (fl. 413).

Não descuro que a embriaguez ao volante é circunstância negativa que deve contribuir para a análise do elemento anímico que move o agente. Todavia, **não é a melhor solução estabelecer-se, como premissa aplicável a qualquer caso relativo a delito viário, no qual o condutor esteja sob efeito de bebida alcóolica, que a presença do dolo eventual é o elemento subjetivo ínsito ao comportamento, a ponto de determinar que o agente seja submetido a Júri Popular mesmo que não se indiquem quaisquer outras circunstâncias que confirmam lastro à ilação de que a ré anuiu ao resultado lesivo.**

O estabelecimento de modelos extraídos da *praxis* que se mostrem rígidos e impliquem maior certeza da adequação típica por simples subsunção, a despeito da facilidade que ocasionam no exame dos casos cotidianos, podem suscitar desapego do magistrado aos fatos sobre os quais recairá a imputação delituosa, afastando, nessa medida, a incidência do impositivo **direito penal do fato.**

**Segundo a decisão de pronúncia, à qual fez remissão o acórdão impugnado,** a embriaguez ficou configurada, pois "os depoimentos declinam no sentido de que a ré dirigia em visível estado de embriaguez, eis que os testigos são unânimes em afirmar que ela apresentava hálito alcoólico, fala arrastada e andar cambaleante. Ainda, aliado a tais elementos, a perícia registrou que o veículo da acusada se encontrava parcialmente na contramão da sua via e que inexistia no local marcas de frenagem (págs. 135-142), **o que demonstra que, possivelmente em razão da redução dos seus reflexos por conta de ingestão de bebidas alcólicas, a ré invadiu a pista contrária e colidiu frontalmente com o veículo da vítima, levando-a à óbito**" (fl. 305). E, diante de tais elementos probatórios, concluiu que "cabe ao Conselho de Sentença, juiz natural da causa, apreciar a diferenciação entre o dolo eventual e

a culpa consciente. Aliás, cediço que nesta etapa não se cogita em aplicação do *in dubio pro reo*, visto que há inversão de princípios, sobrevindo na sentença de pronúncia o *in dubio pro societate*" (fls. 305-306).

Portanto, para as instâncias de origem, **o fato de a ré haver dirigido sob influência de bebida alcoólica e, por isso, ter invadido a pista contrária** – fatores que, a rigor, não teriam restado plenamente comprovados – , **indicaria, por si só, que ela, mesmo conhecendo a possível consequência dos seus atos, assumiu o risco de matar alguém.**

Todavia, muito embora as instâncias de origem apontem, em tese, para o **dolo eventual**, devido ao possível **estado de embriaguez** da ré, ora recorrente, **não vejo suficiência em tal condição para gerar a presunção, diante da inexistência de outros elementos delineados nos autos, de que ela estivesse dirigindo de forma a assumir o risco de provocar acidente sem se importar com eventual resultado fatal de seu comportamento.**

Diferente seria a conclusão se, por exemplo, estivesse a condutora do automóvel dirigindo em velocidade muito acima do permitido (na espécie, nem mesmo em excesso de velocidade estava), ou fazendo, propopitalmente, zigue-zague na pista, ou fazendo sucessivas ultrapassagens perigosas, ou desrespeitando semáforos com sinal vermelho, postando seu veículo em rota de colisão com os demais apenas para assustá-los, ou passando por outros automóveis "tirando fino" e freando logo em seguida etc. Enfim, situações que permitissem ao menos suscitar a possível presença de um estado anímico compatível com o de quem anui com o resultado morte.

Importante, aliás, consignar – sem a pretensão de desconstituir o estado de embriaguez da recorrente, que se tem como demonstrado para fins de análise do acórdão hostilizado – que o acidente de trânsito ocorreu às 2h30 do dia 27/4/2013 (fl. 2). Consta à fl. 17 que, às 5h41, a recorrente recusou-se a fazer o teste de alcoolemia. Todavia, **o exame clínico, que foi realizado nela às 6h45** do mesmo dia, consignou que a examinanda **estava lúcida e orientada, com fala conexa, hálito incharacterístico, andar e equilíbrio normais.** Ademais, o perito, ao responder os quesitos, asseverou que a conduzida **não apresenta sinais de alteração da capacidade psicomotora** (fl. 73).

Assinalo tal informação extraída dos autos não para afastar a embriaguez (pois isso sim seria revolvimento de prova), mas porque **o grau de embriaguez de uma pessoa comporta variações que oscilam entre a discreta influência da bebida**

**alcoólica e o completo estado etílico.** Tais oscilações – que traduzem situações fáticas indicadoras de comportamentos distintos – permitem também **diferentes graus de reprovabilidade** da conduta criminosa.

Assim, **não se afigura razoável atribuir a mesma reprovação a quem ingere uma dose de bebida alcoólica e em seguida dirige em veículo automotor, comparativamente àquele que, após embriagar-se completamente, conduz automóvel na via.**

Oportuno transcrever a manifestação do Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina: "**não basta que a conduta seja imprudente para que se reconheça a assunção imoderada de risco, mas somente quando, a partir de circunstâncias objetivas, revelar descaso com a ocorrência do resultado lesivo, mesmo não o querendo diretamente**" (fl. 402).

Vê-se que o Ministério Público estadual concluiu, na hipótese dos autos, que "**por não existirem indícios de que a conduta tenha sido dolosa, não se afigura cabível a pronúncia, impondo-se a desclassificação para o crime de homicídio culposo** na direção de veículo automotor, prevista no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, com a remessa dos autos ao juízo competente para o julgamento" (fl. 403).

Tal como nesses dois exemplos de decisões colegiadas, a *vexata quaestio* subjacente aos fatos narrados nos autos cinge-se a verificar se os acusados atuaram com dolo eventual no fatídico evento que vitimou fatalmente 242 pessoas, além de outras 636 que sobreviveram ao episódio.

É sem dúvida tormentosa a delimitação da **fronteira divisória entre dolo eventual e culpa consciente** na teoria do crime, dada a particular dificuldade de chegar a uma conclusão sobre o elemento anímico que move a conduta do agente, haja vista que nem sempre o que pensa ou delibera o acusado em sua psique se materializa em atos externos.

Como regra, nas situações em que o agente descumpra regras de conduta e é uma das pessoas que podem ser vitimadas pelo fato natural causado por seu agir, **a tendência natural é concluir pela mera ausência do dever de cuidado objetivo**, elemento caracterizador da **culpa** (*stricto sensu*), sob uma de suas três possíveis modalidades, a imprudência (falta de cautela e zelo na conduta), a negligência (desinteresse, descuido, desatenção no agir) e a imperícia (inabilidade, prática ou teórica, para o agir).

Nem sempre, porém, essa falta de observância de certos cuidados configura tão somente uma conduta culposa. Há situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto. Exemplos de dolo eventual mais pungentes e mais claramente perceptíveis podem ser mencionados, como a "brincadeira" conhecida como roleta-russa, em que há quase percepção de que acontecerá um resultado danoso, e acaba o agente anuindo a ele. Em situações de crime no tráfico viário, pode-se exemplificar o dolo eventual como presente nos casos de "racha", mormente quando a competição é assistida por populares, a sugerir um risco calculado e eventualmente assumido pelos competidores (que preveem e assumem o risco de que um pequeno acidente pode causar a morte dos circunstantes).

Parece haver concordância entre os doutrinadores pátrios de que o nosso Código Penal se filiou, de maneira geral, à teoria finalista da ação, na qual o dolo e a culpa traduzem o elemento subjetivo do tipo. E, quanto ao dolo, há também certo consenso de que o art. 18, I, do CP – que dispõe ser doloso o crime quando o agente, com sua atuação, **quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**.

Desse modo, para a caracterização do dolo eventual, não se exige uma vontade inquestionável do agente, tal qual no dolo direto: bastam a anuência e a ratificação subjetivas, situadas na esfera volitiva. Em singela lição, Luiz Vicente Cernicchiaro obtemperou: "O agente tem previsão do resultado, todavia, **sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando, sem a cautela devida, a ocorrência do evento**" (RHC n. 6.368/SP, 6ª T., DJ 22/9/1997, grifei).

Mas como identificar esse elemento psíquico que configura o dolo eventual do agente? Eis a dificuldade de se concluir acerca da previsão e do consentimento do agente quanto ao resultado. **E daí o questionamento direcionado a este caso: como o intérprete e aplicador do direito comprovará, de forma motivada, o estado anímico do sujeito que provoca centenas de homicídios, consumados e tentados, como na espécie, sem que haja confissão válida de sua parte?**

Na clássica lição de Nelson Hungria, para reconhecer-se o ânimo de matar, "Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos **elementos e circunstâncias do fato externo**. O fim do agente se traduz, de regra, no seu ato" (*Comentários ao Código Penal*. v. 49, n. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1955, destaquei). Assim, **somente com a análise dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados**

**no inquérito e no curso do processo, será possível aferir, com alguma segurança, o elemento subjetivo do agente.**

Nessa mesma linha de pensamento se posicionou a autoridade judiciária, ao prolatar a decisão de **pronúncia** (fls. 15.674-15.719, grifei):

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

[...]

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

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

[...]

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

Posta, pois, essa digressão doutrinária, indaga-se: como deve o Juiz Criminal proceder para analisar a existência de dolo ou da

## *Superior Tribunal de Justiça*

culpa no procedimento do Júri? Através da análise do caso concreto, pois **a partir das circunstâncias do fato é que se pode verificar se há indicativos de dolo ou culpa, ou nenhum deles.**

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

Trazendo essa compreensão para o caso em apreço, vê-se que o **voto vencedor no recurso em sentido estrito**, da lavra do Desembargador Jayme Weingartner Neto – que iniciou a divergência e culminou no resultado pela manutenção da pronúncia dos réus (fls. 16.649-16.652, destaquei) – assim pontuou:

**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 Fandangureira", em tese concorreram para o evento (vii) **adquirindo e acionando, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos**, (viii) **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**, 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"**.

[...]

## *Superior Tribunal de Justiça*

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 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 controvertidos, 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.

[...]

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.

[...]

A denúncia, no recorte do mundo da vida que formalizou para desencadear a persecução penal em juízo, ordenou os fatos tendo como centro 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 evidente, portanto, que a verificação do elemento subjetivo depende de todo o substrato probatório (circunstâncias que orbitaram a prática do ilícito). Por isso, perscrutá-lo em recurso especial, cujo exame de provas é inadmissível, **somente é possível em uma única hipótese, qual seja, quando a instância de origem incorrer na equivocada valoração das provas, as quais, é bom que se diga, devem ser incontroversas** (não devem pairar dúvidas sobre o quadro fático que subjaz à acusação). **Esse, como se verá, não é o caso dos autos, haja vista a cristalina divisão interpretativa dos fatos, quando, no julgamento dos embargos infringentes, quatro desembargadores reconheceram a ocorrência de dolo eventual na conduta praticada pelos acusados e outros quatro optaram pela desclassificação dos delitos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri.**

Como já mencionado, fui relator do **REsp n. 1.689.173/SC**, em que o Tribunal estadual partiu da premissa de que a embriaguez ao volante, de *per si*, já justificaria considerar como presente o dolo eventual na conduta da condutora do automóvel causadora do acidente, motivo pelo qual pronunciou a recorrente.

Na ocasião, ao dar provimento ao recurso defensivo a fim de reformar o acórdão impugnado, desclassificar a conduta da recorrente para o crime previsto no art. 302 do CTB e determinar a remessa dos autos ao juízo competente, aduzi o seguinte (**REsp n. 1.689.173/SC**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 26/3/2018, grifei):

**A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, **sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito**, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima.**

Com a observação acima em mente, percebo que o presente caso difere, e muito, do julgado retro citado, porquanto, aqui, **as instâncias anteriores apontaram diversos elementos a evidenciar razoabilidade da ilação de que os acusados teriam agido com dolo eventual.**

Releva observar que – e esta me parece uma reflexão importante para a interpretação dos fatos – a afirmação segundo a qual os recorridos teriam agido com dolo eventual não implica afirmar que tenham previsto a morte de todas as 242 pessoas fatalmente vitimadas e lesões em outras 636, mas, sim, que **estavam cientes de que, dadas as condições já amiúde mencionadas, produziram um incremento considerável do risco de que uma, duas, duzentas ou sabe-se lá quantos frequentadores da casa noturna de algum modo poderiam tombar**, e bastaria uma morte para que, nessa linha de raciocínio, se atribuisse a responsabilidade a título de dolo eventual, visto que a quantidade de vítimas terá relevância tão somente para eventual quantificação da resposta penal.

Se a amplitude e as consequências dos malsinados comportamentos não poderiam ser, *a priori*, mensurados, eram elas, a meu sentir, plenamente previsíveis e, mais do que isso, **a decisão de pronúncia indicou fatores objetivos que permitem inferir que os recorridos estavam cientes desses riscos e das possíveis consequências que poderia causar o menor incidente decorrente do uso de fogo de artifício sabidamente impróprio para ambiente interno, acionado e direcionado a material altamente inflamável, a poucos centímetros de distância da chama.**

**O fato de terem feito uso, sem incidentes, desse recurso pirotécnico em outros shows anteriores da banda em nada auxilia - muito pelo contrário - a defesa dos recorridos, haja vista que, até mesmo por serem profissionais “do ramo”, sabiam plenamente dos riscos que normalmente já**

são inerentes a qualquer evento de maior magnitude realizados em ambientes fechados, escuros, sem mobilidade, e com difícil escoamento. E, cientes de que esses riscos são já presentes, pelo simples fato de se aglutinar uma multidão em um ambiente assim, **incrementaram, deliberada e conscientemente, esse risco**, a ponto de ser razoável concluir, como o fizeram o juiz da pronúncia e os desembargadores que confirmavam tal decisão, que tinham ciência de que esse risco existia e que poderia vir a se concretizar com danos humanos e materiais incalculáveis, até porque, na expressão do desembargador cujo voto saiu vencedor no julgamento do recurso em sentido estrito, os recorridos "**não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal**".

De todo modo, é fundamental assentar que **não cabe juízo de mérito neste momento processual e nesta jurisdição especial**. O que se está a afirmar é que, independentemente de opiniões pessoais deste ou daquele magistrado (inclusive deste relator), **o juiz competente para essa análise inicial** - certo que a pronúncia implica a simples admissibilidade da acusação formalizada na denúncia - **identificou diversos e coerentes elementos de convicção que tornam verossímil a narrativa acusatória**, a autorizar o julgamento da causa pelo juiz natural, o Tribunal Popular.

## **V. Compatibilidade entre dolo eventual e homicídio tentado**

Outra questão de relevo, a ser dirimida no caso ora examinado, refere-se à possibilidade de imputar-se homicídio, em sua modalidade tentada, na conduta animada por dolo eventual.

Consoante já relatado, além das 242 mortes constatadas, outras 636 pessoas sobreviveram ao fatídico episódio, o que foi narrado na denúncia, no que diz com o tópico acima, como crimes de homicídio, na forma tentada.

Neste particular, a jurisprudência dominante nesta Corte Superior **é farta de julgados em que se aceitou como compatível o dolo eventual com o homicídio tentado**, como, ilustrativamente, os seguintes:

[...]

1. Este Superior Tribunal reconhece a **compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa**, conseqüentemente cabível a pronúncia do agente denunciado em razão da prática de tentativa de homicídio na direção de veículo automotor.[..]

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp n. 1668017/RS, Rel. Ministro **Sebastião Reis**

# Superior Tribunal de Justiça

Júnior, 6ª T. DJe 22/9/2017).

[...]

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 18/6/2015, DJe 3/8/2015). [...]

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. (HC n. 308.180/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 20/9/2016).

[...]

3. **Esta Corte Superior de Justiça já se posicionou no sentido da compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado. Precedentes.**

4. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.199.947/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 17/12/2012).

**I - A desclassificação da infração de competência do Tribunal do Júri para outra de competência do juízo comum, na fase do *iudicium accusationis*, só pode ser feita se a acusação por crime doloso for manifestamente inadmissível. II - No caso, a *vexata quaestio*, para se saber se o agravante deve ou não ser pronunciado cinge-se ao elemento volitivo, vale dizer, se a forma tentada do delito de homicídio é, ou não, compatível com o dolo eventual. III - O entendimento desta Corte Superior é no sentido da 'compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado' (AgRg no REsp n. 1.199.947/DF, Quinta Turma, Relª. Min. Laurita Vaz, Dje 17/12/2012). Assim, correto o restabelecimento da sentença de pronúncia.**

Agravo regimental desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.668.615/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 16/2/2018, grifei).

Na doutrina pátria, a compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado é confirmada majoritariamente.

## Superior Tribunal de Justiça

Para José FREDERICO MARQUES, quando o dolo é direto, dúvidas não há a respeito da tentativa: o crime, se não se consumou porque não atingido o resultado que o agente tinha a intenção de produzir, é delito tentado. Perfeitamente admissível é também a tentativa, no caso de dolo indeterminado, se, como dizia TOBIAS BARRETO, "por intenção indeterminada entende-se o *dolus alternativus* e o *eventualis*". Se um indivíduo atira em outro para matar ou ferir, mas não atinge ao alvo, é evidente ter havido tentativa de homicídio. **Em se tratando de dolo eventual, não há motivo para excluir-se a imputação, ao agente de tentativa do delito mais grave. "Per l'elemento psicologico dei delitto tentato è sufficiente anche il dolo eventuale"**, - diz RANIERI, que a seguir exemplifica: "há homicídio tentado, e não lesão pessoal, se for possível a verificação de que o sujeito agiu, - embora pretendendo outro resultado, - admitindo a ocorrência do evento morte, que não se produziu". Foi ainda o que proclamou, acertadamente, o seguinte aresto do Tribunal de São Paulo: "A tentativa não é incompatível com o dolo eventual, e o novo Código equiparando essa espécie de dolo com o direto, adotou as conclusões da doutrina" (*Tratado de Direito Penal*. Campinas: Editora Bookseller, 1997, 1. ed., p. 384).

Guilherme de Souza NUCCI leciona que é perfeitamente admissível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto. Para tanto, invoca a lição de HUNGRIA, de FREDERICO MARQUES e de WELZEL (*Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, 2. ed., p. 587).

Nelson HUNGRIA, a propósito, asseriu:

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 o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição (v. n. 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 improfícua (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa. (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016, 7. ed., p. 65).

No mesmo sentido, Paulo QUEIROZ (*Direito Penal. Parte Geral*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, 13. ed., p. 311-312) e HÉLVIO SIMÕES VIDAL (*Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: Editora Juruá, 2011, 13. ed., p. 311-312).

Do exposto, consoante as posições predominantes na doutrina e na jurisprudência pátrias, no que tange às 636 pessoas sobreviventes, a tipificação das condutas como homicídio tentado deve ser mantida.

## **VI. Exclusão das qualificadoras constantes da pronúncia**

Por fim, cumpre examinar se é viável a manutenção das duas qualificadoras que constaram da pronúncia.

Nesta decisão, o Magistrado assentou, no particular, que (fls. 15.780-15.786, destaquei):

**No que respeita às qualificadoras, estas, também, somente podem ser afastadas quando forem manifestamente improcedentes.**

**Identificado o suporte probatório mínimo que indica a presença das qualificadoras descritas na inicial acusatória, devem elas serem submetidas à deliberação pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.**

[...]

**Nessa toada, as qualificadoras imputadas na denúncia merecem admissão, pois há possibilidade de que o fato tenha sido praticado por motivo torpe e meio cruel.**

A respeito da qualificadora do motivo torpe, havendo indícios nos autos de que os denunciados Mauro e Elissandro teriam economizado com a **utilização de espuma inadequada** como revestimento acústico e **não investiram em segurança contra incêndios**, também **lucrando com a superlotação do estabelecimento**; e havendo indícios de que os acusados **Marcelo e Luciano adquiriram fogos de artifício indicados para uso externo, por ser mais barato que o indicado para ambientes internos, a qualificadora deverá ser levada à apreciação pelo Tribunal Popular.**

[...]

Da mesma forma quanto à qualificadora do meio cruel, haja vista a existência de indícios do emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas, esta também deverá ser levada para

apreciação dos jurados.

[...]

Sublinho que não estou afirmando que as mencionadas qualificadoras efetivamente ocorreram no caso em apreço, apenas, que há indícios nos autos que tornam possíveis as suas configurações, cabendo aos jurados, no tempo próprio, decidir suas efetivas presenças, ou não.

Isso porque, repito, a jurisprudência de nossas Cortes vêm se manifestando no sentido de que somente a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia:

[...]

**As versões defensivas, embora possam existir, não restaram demonstradas de forma cabal para que possam subtrair as qualificadoras da análise pelo júri popular**, porquanto serão levadas ao Conselho de Sentença para apreciação pelo princípio do "*in dubio pro societate*", vigente nessa fase processual, da mesma forma quanto a eventuais dúvidas e teses defensivas que restem presentes no processo, serão remetidas à elucidação em plenário, sob o crivo dos jurados – eis que, em razão dos elementos antes citados, não se pode subtrair a competência deles.

Todavia, **em sentido diverso** foi o *decisum* proferido pelo **TJRS** no julgamento do **recurso em sentido estrito**, em que se afastaram as qualificadoras. Veja-se o respectivo trecho da ementa (fls. 16.583-16.586, grifei):

#### **QUALIFICADORAS AFASTADAS.**

**13. As qualificadoras imputadas na denúncia, em relação aos quatro réus, devem ser afastadas da 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, 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, 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 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 art. 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 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 delibaria, de novo, *bis in idem*. Qualificadora afastada.**

Ao analisar as decisões de primeira e segunda instância, julgo, nesse tema particular, que **assiste razão ao Tribunal de origem.**

O Desembargador Jayme Weingartner Neto, no voto vencedor no recurso em sentido estrito, que iniciou a divergência e culminou no resultado pela **confirmação da pronúncia** dos réus, asseriu (fls. 16.629-16.705, grifei), no tocante às 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 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.

[...]

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. 12, 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 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.**

[...]

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. 1322-2 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." 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 com o mais elementar sentimento de piedade." No comentário de Hungria, é o "meio bárbaro, martirizante, denotando, da parte do agente, a ausência de elementar sentimento de piedade".

**No caso dos autos, não vejo elementos a indicar 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 consectário 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 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 que se relaciona com o emprego de fogo, não cabe, *a símile*,

submeter aos jurados a qualificadora do inciso III do parágrafo 2º do art. 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 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.**

[...]

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, a latera, e sim que, neste caso em exame, devem ser decotadas, em relação aos quatro acusados, as qualificadoras descritas na exordial acusatória.**

[...]

Nesses termos, o Tribunal de origem considerou que a ganância (pois os réus teriam economizado com a **utilização de espuma inadequada** como revestimento acústico e a não realização de 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) **foi sopesada na configuração da tipicidade subjetiva e, se for chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria configurado o *bis in idem*, que é vedado.**

De igual forma concluiu a Corte local relativamente à **qualificadora do meio cruel (fogo e asfixia).**

Ademais, não ficou comprovado que, nesse espectro, os acusados tenham, mediante **incêndio**, deliberado ou anuído em **causar excessivo sofrimento às vítimas**. Aliás, poucos dos frequentadores vitimados na Boate, como indicam os autos, teriam morrido pela ação do fogo em si.

Também não há elementos a indicar que o dolo eventual imputado aos acusados abrangesse a **asfixia** das vítimas.

Colaciono, a propósito, jurisprudência desta Corte Superior para ilustrar a questão:

[...]

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 delitativa a título de dolo eventual apta a subtrair do órgão constitucionalmente competente o julgamento dos fatos em apreço, cuja 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 arts. 18, I, parte final, do Código Penal e dos arts. 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 art. 121, § 2º, 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 art. 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 do art. 121 do Código Penal, devendo os recorridos ser submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri pela prática da conduta prevista no art. 121, § 2º, III, do Estatuto Repressor (REsp n. 1556.874/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 3/10/2016, grifei).**

[...]

1. **A qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal não se compatibiliza com a figura do dolo eventual, pois enquanto a qualificadora sugere a ideia de premeditação, em que se exige do agente um empenho pessoal, por meio da utilização de meio hábil, como forma de**

garantia do sucesso da execução, tem-se que o agente que age movido pelo dolo eventual não atua de forma direcionada à obtenção de ofensa ao bem jurídico tutelado, embora, com a sua conduta, assumo o risco de produzi-la. 2. Habeas corpus concedido para afastar a qualificadora de natureza objetiva prevista no inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal e, por consequência, desclassificar a conduta para o delito de homicídio simples, redimensionando a pena à 6 anos de reclusão, bem como fixando o regime semiaberto para o início de desconto da sanção. (HC n. 429.154/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 6/12/2018)

Estou de acordo com essa compreensão, por não identificar sinais de que as duas qualificadoras possam ter animado o comportamento eventualmente doloso atribuído aos acusados, como característica particular e sobressalente do tipo, e porque, tendo já sido consideradas as circunstâncias relativas à ganância e ao meio cruel para a afirmação do dolo eventual da conduta, haveria duplicidade indevida ao novamente terem-se como presentes tais circunstâncias para o fim de qualificar o homicídio.

**VII. Art. 615, § 1º, do Código de Processo Penal –necessidade de interpretação sistemática quanto à sua aplicabilidade no caso concreto**

**Se, efetivamente, esses indícios de autoria delitiva são consistentes o bastante para sustentar a pronúncia, isso é algo que escapa da aferição desta Corte Superior**, pois demandaria valorar cada depoimento, cada perícia, cada documento e cada versão constantes dos volumosos autos para concluir pela prevalência de uma ou outra tese. Assim, ainda que, aparentemente, sejam relevantes os argumentos defensivos, analisados no voto do Desembargador relator dos embargos infringentes, não vejo como, em recurso especial, **optar por tal tese ou versão em detrimento de outra** e, ainda mais, **em gravame ao Juízo natural e constitucional para o julgamento da causa** – o Tribunal do Júri, visto que não foi afastada, peremptoriamente, a hipótese acusatória, aceita como suficiente pelo juiz que, no procedimento bifásico do CPP, tem competência para realizar a admissibilidade da acusação.

Rememore-se que, na história do Tribunal do Júri em solo brasileiro, já se deferiu tal função inicial a um 1º Conselho de Jurados, ou Júri de Acusação, formado por 23 juízes leigos (art. 238 do Código de Instrução Criminal do Império, de 1832), a quem se indagava, após a leitura do processo pelo Secretário e debates: “Ha neste processo sufficiente esclarecimento sobre o crime, e seu autor, para proceder á accusação?”. Sendo afirmativa a resposta, se

escrevia no processo: “O Jury achou materia para acusação” (art. 244).

Não durou muito tal competência popular para o juízo de acusação, visto que, já em 1842, com a Lei nº 261, que promoveu diversas modificações no processo penal brasileiro, entre as quais a passagem da pronúncia para o juiz togado, a redução do número de juízes leigos para o Conselho de Sentença (de 12 para 7), a redução da competência do Júri e o abandono do método de deliberação em sala secreta, em prol das respostas escritas a quesitos, sem prévio debate entre os jurados.

Afirma-se que tal supressão de poderes antes conferidos a juízes leigos – para realizar, no Júri de Acusação, a admissibilidade da demanda – se deveu a uma “reação monárquico-conservadora” à necessidade de conferir-se algum controle, pelo Estado, sobre os processos da competência do Tribunal Popular, ensejando dificuldades concretas de “delimitar até onde o juiz togado pode ou não ir para viabilizar ou não o julgamento da causa pelo corpo de jurados” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri. Reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 13; no mesmo sentido, ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O tribunal do júri e a soberania dos veredictos* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28).

Volvendo os olhos para este processo, nota-se que, em todo o emaranhado probatório e decisório que se formou até o momento, houve, na decisão de pronúncia e no acórdão que a confirmou (no recurso em sentido estrito), **indicação de um consistente conjunto de indícios suficientes para levar os réus a julgamento por seus pares.**

A rigor, mesmo no julgamento dos Embargos Infringentes, não se desconstituiu, ineludivelmente, a imputação subjetiva aos acusados, mas tão somente, por empate na deliberação – e aplicação da regra do *in dubio pro reo* –, houve o afastamento da competência do Tribunal do Júri.

Considero que a **desclassificação**, nesta etapa procedimental – como enfatizado acima – só pode ocorrer quando o seu **suporte fático seja inquestionável e detectável de plano quanto à ausência do elemento subjetivo autorizador do julgamento popular**. Se, entretantes, depara-se o julgador com mais de uma versão em face das provas existentes nos autos, a pronúncia é o caminho a ser seguido, se, **pela análise não aprofundada da prova colhida, se considerarem suficientes os indícios do cometimento de um crime doloso contra a vida**, a ser julgado pelo órgão natural e constitucionalmente competente, o Tribunal do Júri.

## *Superior Tribunal de Justiça*

Neste particular, emerge questão, igualmente polêmica e controversa, acerca das **consequências do empate verificado por ocasião do julgamento dos embargos infringentes**. O resultado deve, como pretende a defesa, favorecer o réu, nos termos do art. 615, § 1º, do CPP, ou, tendo em vista o momento processual no qual o feito se encontra – *judicium accusationis* – a decisão deve ser favorável à continuidade do feito perante o Tribunal do Júri?

Diz o referido dispositivo legal, *verbis*:

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

Como bem assentado pela Desembargadora Rosaura Marques Borba, revisora nos embargos infringentes (fls. 17.588-17.604, grifei):

De início, consigno que **o feito ora em exame já conta com 98 (noventa e oito) volumes e cerca de 20 mil páginas**, o que causa enorme perplexidade a todos aqueles que são alheios à atividade jurídica e, por óbvio, muito já foi dito até aqui. [...]  
Na condição de Revisora dos presentes embargos infringentes, recebi a missão de rever esse extenso e complexo processo, e, após me debruçar e refletir muito a respeito da querela primordial que travam os recursos interpostos por ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS e LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, e inobstante o voto do e. Relator que, no mérito, acompanha aquele dissidente lançado por ocasião do julgamento perante a Primeira Câmara Criminal para desclassificar os fatos descritos na denúncia para crimes diversos daqueles elencados no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, **estou convicta de que o presente procedimento deve ser encaminhado para julgamento pelo Tribunal do Júri.**

A divisão interpretativa manifestada no âmbito deste Grupo revela, por si só, que o feito permite ao menos duas avaliações e essa variação, vênua concedida, não decorre de uma tentativa de parte deste órgão de atender aos chamados da mídia ou de se eximir de responsabilidades, mas sim da complexidade de uma matéria que até hoje não encontrou solução única sequer nos

## *Superior Tribunal de Justiça*

procedimentos relacionados às mortes no trânsito, por exemplo.

[...]

**Ademais, não é função desta Corte decidir se os réus agiram de fato com dolo por assentimento ou se as suas condutas não deixaram a esfera culposa.**

[...]

Nesse ponto, não se estando diante de fato que constitua, às escâncaras, crime de ordem culposa, é inadmissível negar vigência à competência do Tribunal do Júri, não sendo a decisão de pronúncia o momento processual correto para a solução de eventuais dúvidas no tópico.

[...]

Desse modo, sendo o Tribunal do Júri o órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, e por existirem dados concretos no presente processo que tornam juridicamente possível a conclusão de que os recorrentes possam ter agido com dolo eventual, entendo que cabe aos senhores jurados a palavra final sobre o elemento subjetivo nas condutas de MAURO, ELISSANDRO, LUCIANO e MARCELO.

[...]

Quanto a este tópico, o Ministério Público Federal, por intermédio do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, assim se pronunciou (fls. 18.360-18.363, destaquei):

[...]

Frise-se que, **nesta fase processual, basta a existência de indícios de materialidade e autoria.**

54. Como alegado no recurso ministerial a exclusão do julgamento pelo Tribunal do Júri poderá ocorrer somente quando não houver absolutamente nenhum elemento que indique a presença do dolo de matar, direto ou eventual, o que não é a hipótese dos autos.

55. Se assim fosse, aliás, a decisão haveria ocorrido por unanimidade. O empate no julgamento dos embargos infringentes indica, ao contrário, a existência de indícios do crime doloso contra a vida, divergindo os julgadores sobre a existência de culpa consciente ou dolo eventual.

**56. Assim, de fato, como exposto no apelo nobre, existindo qualquer indício que aponte no sentido da possibilidade de existência do dolo, deve o acusado ser submetido a julgamento pelo Júri.**

[...]

Ademais, a despeito da previsão legal da prevalência da decisão mais favorável ao réu, constante do art. 615, § 1º, parte final, do Código de Processo Penal, deve se observar a necessidade de proceder interpretação sistemática do dispositivo, modalidade hermenêutica que visa coordenar a lei interpretada com todo o ordenamento jurídico, notadamente para constatar a função que ela exerce.

60. Nesse sentido, “**é preciso buscar na interpretação sistemática e teleológica da lei, harmonizar os diversos textos normativos vigentes, dando sentido e coerência ao sistema jurídico**”.

61. Com esta premissa, **necessário se faz analisar a aplicabilidade ou não desta regra (de decisão mais favorável ao réu em caso de empate, em se tratando de fato, ao menos em tese, passível de caracterizar crime doloso contra a vida)**, diante do ordenamento jurídico como um todo, que aponta para a incidência de princípio contrário, qual seja, o do *in dubio pro societate*, tendo em vista a fase em que se encontra o processo e a existência de indícios da ocorrência de crime de competência do Tribunal do Júri.

Entende-se correta, portanto, a afirmação do recorrente no sentido de que “o órgão fracionário da Corte a quo, ao proclamar, diante do empate de votos havido, resultado mais benéfico aos réus, acabou por contrariar os arts. 74, § 1º, e 615, § 1º, ambos do Código de Processo Penal, sobremodo porque indevida a repercussão de referida disposição legal (art. 615, § 1º, CPP) na fase do *judicium accusationis*, a qual, repisa-se, é regida pelo princípio do *in dubio pro societate*” (fl. 17.737).

Pessoalmente não me filio ao entendimento – conquanto até já tenha invocado essa doutrina em julgamentos desta Turma – decorrente de construção jurisprudencial, de que a dúvida, no encerramento da primeira etapa do procedimento bifásico do Júri, resolve-se a favor da sociedade. Vejo a questão sob prima um pouco diverso – **suficiência de indícios de autoria de crime doloso, mediante indicação de elementos de convicção aportados aos autos do processo** –, embora conduza a igual resultado.

Fato é que, *vis-à-vis* a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a questão tem-se resolvido a favor da aplicação do mencionado brocardo latino. Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes julgados deste STJ (fls. 18.360-18.361, grifei):

[...]

1. A decisão agravada não destoou da massiva jurisprudência desta Corte, construída no sentido de que **'Na fase de pronúncia rege o princípio do *in dubio pro societate*, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência (AgRg no AREsp n. 1.284.963/PR, rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 20/8/2018). [...]** 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.759.206/RO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 25/9/2018.)

[...] II - **Na fase de pronúncia rege o princípio do *in dubio pro societate*, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência.**

[...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.011.574/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 19/2/2018.)

[...]

1. A decisão agravada não destoou da massiva jurisprudência desta Corte, construída no sentido de que **'Na fase de pronúncia rege o princípio do *in dubio pro societate*, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência (AgRg no AREsp n. 1.284.963/PR, rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 20/8/2018). [...]** 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.759.206/RO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 25/9/2018.)

[...] II - **Na fase de pronúncia rege o princípio do *in dubio pro societate*, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência.**

[...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.011.574/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., DJe 19/2/2018.)

O TJRS, ao julgar os embargos declaratórios do MPRS, assim se manifestou (fl. 17.687, grifei):

Acerca da alegação de que o empate de votos não pode beneficiar os réus, mormente porque não se trata de sentença

## Superior Tribunal de Justiça

condenatória, e sim de decisão de pronúncia, não há no artigo 615, parágrafo 1º, segunda parte, do Código de Processo Penal, qualquer especificação de que a regra nele contida não deva ser aplicada às decisões de pronúncia, restando evidente, portanto, que o empate de votos, no caso concreto, deve importar na prevalência da decisão mais favorável aos acusados, na medida em que o Presidente do Grupo Criminal tomou parte da votação.

O empate é resultado anômalo em órgãos colegiados, sempre constituídos em número ímpar (turmas, câmaras, plenários) e, quando em número par, o presidente eventualmente não participa da votação (como é o caso das Seções, no STJ). Mas o empate, conquanto não desejável, é sempre um resultado possível, ante alguma eventualidade que dê ensejo a um julgamento colegiado com um número par de votantes.

A tese abraçada pelo TJRS é amparada no art. 615, § 1º do Código de Processo Penal, mas também não se mostra de todo desarrazoado confrontar tal dispositivo com o art. 74, § 1º, do mesmo diploma e concluir – máxime pela **estatura constitucional do Tribunal do Júri** e, conseqüentemente, do relevo que se deu à competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida – que **somente se poderia afastar dos acusados o seu juízo natural se claramente ausentes indícios suficientes de autoria da prática de crime que a Constituição da República reserva ao Tribunal Popular.**

Certo é que não se ilidiram, com a decisão tomada em sede de embargos infringentes, as evidências que, em seu somatório e sem necessidade de valoração, consubstanciam **indícios suficientes da prática** de crimes dolosos contra a vida pelos pronunciados, cabendo aos juízes leigos, competentes para encerrar o *judicium causae*, a efetiva definição sobre se, de fato, agiram eles mediante dolo eventual.

Deveras, vejo, com a devida vênia, sem correspondência nos autos o raciocínio desenvolvido no voto do relator dos Embargos Infringentes, Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, ao assim pontuar (fl. 17.583):

Assim sendo, por se tratar de processo criminal em que os fatos são dolosos contra a vida, e que, portanto, são da competência do Tribunal do Júri, imperioso que o Juiz, na pronúncia, á traga à colação os elementos de prova e integrativos da ação delituosa que possam dar ensejo, ainda que mínimo, ao entendimento de

que tais fatos possam ser dolosos; que podem ser o resultado da consciência imoral e maliciosa que visa a violação da ordem jurídica; que podem ser fruto de desígnios criminosos.

Fossem realmente dolosos os crimes, outra não poderia ser a conclusão se não a de que os réus, ora recorrentes, tendo por fim último a ganância (como diz a denúncia), deram início à apresentação artística, com fogos de artifício, fazendo-o com vista à morte dos presentes, ou, ainda por ganância, tivessem deixado de dar cumprimento às determinações legais estabelecidas para prevenção de incêndio, teriam assim agido com o propósito (indireto) de matar os presentes. Sendo esta a intenção da autoridade denunciante (a de pleitear a condenação dos réus por crimes dolosos), cumpria-lhe igualmente transcrever com absoluta precisão as circunstâncias através das quais seja possível a identificação do dolo na vontade dos réus, sem deixar os elementos integrativos da conduta dolosa às entrelinhas, ou a conjecturas subjetivas sujeitas ao talante de opiniões volúveis.

Em verdade, Sua Excelência o juiz pronunciante, ao contrário do que o excerto acima aduz, **mencionou em sua decisão inúmeras circunstâncias fáticas, relativamente a cada um dos acusados, que lhe permitiram alcançar o necessário juízo de suficiência indiciária quanto à autoria dos crimes dolosos.**

Tais indícios, indicados na decisão de pronúncia, foram os seguintes:

**I. ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR (KIKO):**

- implantação de espuma altamente inflamável e com expressa indicação técnica de **não utilização** (Engenheiro Miguel Teixeira Pedroso, fls. 870-872).

- Elissandro fez mudanças no layout da boate sem acompanhamento de um responsável técnico. Inúmeras reformas feitas na casa noturna sem projeto confeccionado por engenheiro (Diogo Callegaro, primo de Elissandro, fl. 812, volume 5). **Isso se reflete:** na ausência de saídas alternativas de emergência e de sinalização de emergência adequada (a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas); na ausência de exaustão suficiente.

- a espuma foi colocada pelos próprios funcionários da boate,

## *Superior Tribunal de Justiça*

que não tinham nenhum conhecimento técnico (Angela Callegaro, irmã de Elissandro).

- contratação de shows com banda que fazia exibição com fogos de artifício, o que foi repetido reiteradas vezes (várias testemunhas confirmaram a informação).

- manutenção da casa superlotada sem condições de evacuação e segurança.

- ausência de treinamento dos funcionários (consoante declarações deles próprios, nem sabiam lidar com extintores se preciso fosse).

- ausência dos extintores de incêndio na boate, e presença apenas dos suportes, informação confirmada por testemunhas (KIKO não achava bonito mantê-los nos locais indicados segundo a testemunha Bruna Pilar da Silva).

- superlotação da boate, conforme testemunhado por funcionários (capacidade de 691 e, na noite da tragédia, somadas as mortes e lesões, chegou-se a 878 pessoas no local, pelo menos. Houve show (Armandinho) em que se constatou a presença 1200 pessoas.

### **II. MAURO LONDERO HOFFMANN:**

- indicativos de que era experiente no ramo noturno, pois possuía a boate Absinto Hall (onde trabalhou por 15 anos).

- indícios de que frequentava a Boate Kiss (o próprio acusado relatou que, normalmente, lá comparecia às quintas-feiras) e teria, por inúmeras vezes, presenciado a alegada superlotação, bem como as reformas realizadas e a utilização de artefatos pirotécnicos em seu interior.

- segundo Angela Callegaro, todas as decisões e assuntos importantes eram objeto de diálogo entre Kiko e Mauro. Segundo a funcionária Giovana Riste, ambos decidiam juntos as questões da boate.

- Diogo Callegaro disse que todas as reformas que fez na boate foram com determinação de Kiko e Mauro. O engenheiro Miguel Pedroso viu Mauro na obra da boate, inclusive carregando sacos

de areia para dentro do local.

- Outros funcionários relataram ter participado de reuniões com Mauro e Kiko na boate.

- Um funcionário (Ricardo, gerente da casa noturna) relatou ter ouvido Mauro perguntar a Kiko se tudo estava regular na boate e se os bombeiros não haviam reclamado das barras de proteção ou das portas.

- Giovani Kegler, integrante da banda Gurizada Fandangueira, relatou que era comum o uso de fogo nos shows da banda e que já tinha utilizado aquele mesmo fogo na Kiss e na Absinto.

### **III. LUCIANO AUGUSTO BONILHA:**

- Em seu interrogatório, relatou que as características da banda eram o carisma dos integrantes e o show pirotécnico e confirmou que foi ele quem colocou o artefato na mão de Marcelo.

- O gerente da loja Kaboom, Daniel Rodrigues, relatou que Luciano era quem adquiria os fogos e que ele era esclarecido sobre a inadequação do uso em ambiente interno. Por ser mais barato (pois era para uso externo), mesmo assim Luciano adquiria o material.

- O Delegado de Polícia Sandro Meinerz relatou que o proprietário da loja Kaboom teria indicado a Luciano o produto adequado para uso interno, que era mais caro, mas ele teria optado pelo mais barato e teria falado que sabia qual comprar, pois era experiente nisso.

- Eliel, membro da banda, relatou que o artefato pirotécnico fazia parte do show e Luciano era quem o acionava; que o artefato era sempre igual (**ou seja, o para uso externo**); que já haviam se apresentado na Boate Kiss outras vezes, com fogos, que nunca houve restrição por parte dos donos; que nunca tinha visto a boate tão cheia, pois estava lotada no dia da tragédia.

### **IV) MARCELO DE JESUS DOS SANTOS:**

- em seu interrogatório, relatou que era o vocalista da banda. Informou que Danilo (faleceu no evento) fazia contato com o Kiko na Boate Kiss, onde tocaram várias vezes, sempre com o

## *Superior Tribunal de Justiça*

mesmo show pirotécnico. Que Danilo falava para Kiko como seria o show e Kiko dizia que não teria problema e consentia com a realização do show pirotécnico. Que, enquanto cantava, Luciano vinha e colocava o disparador em sua mão (que não era uma luva); que sempre foi permitido e liberado pelo proprietário o uso de fogos.

- testemunhas relataram que se lembraram de haverem visto o vocalista erguendo e abaixando o artefato na mão; que viram o vocalista pular com a mão erguida e as fagulhas atingirem o teto.

- algumas testemunhas falaram que o pessoal da banda não falou nada em relação ao fogo e que, se tivessem avisado ao microfone, talvez mais gente teria se salvo.

- Eliel, membro da banda, relatou que o artefato pirotécnico fazia parte do show e Luciano era quem o acionava; que o artefato era sempre igual (ou seja, o para uso externo); que já haviam se apresentado na Boate Kiss outras vezes, com fogos, que nunca houve restrição por parte dos donos; que nunca tinha visto a boate tão cheia, pois estava lotada no dia da tragédia.

Assim, em que pese o brilho do voto do relator dos embargos infringentes, notei que não houve, como o fizeram o juiz pronunciante e o desembargador relator do recurso em sentido estrito, análise fática sobre as circunstâncias indicadas na decisão recorrida, como se percebe, ao final de sua manifestação, em que concluiu (fl. 17588) :

Seria por demais enfadonho repetir neste voto os fundamentos expendidos no voto minoritário, mas, de qualquer modo, é de ser dito, como já o fez o Desembargador Manuel Lucas, que a prova examinada na sentença de pronúncia, não aponta para uma conduta dolosa por parte dos acusados, seguindo-se a assertiva de que o estabelecimento noturno em que se deu a tragédia funcionava regularmente, embora com algumas pendências, sem obstáculo das autoridades encarregadas da fiscalização (Ministério Público, Prefeitura Municipal e Corpo de Bombeiros), somando-se o fato de que o "show" pirotécnico já havia sido realizado anteriormente, sem qualquer incidente.

É dizer, inferiu – a despeito de todos os argumentos e circunstâncias minudentemente lançados na pronúncia e não refutados,

**analiticamente**, no voto em apreço – não haver sinais de dolo na conduta dos acusados, ante o fato de encontrar-se a Boate Kiss autorizada a funcionar, sem obstáculo dos órgãos de fiscalização, bem como por já ter havido, anteriormente, show pirotécnico na boate sem qualquer incidente.

Caminho diverso percorreu – e, a meu sentir, de maneira acertada – o Desembargador Jayme Weingarten Neto, uma vez mais, ao **reforçar seus argumentos** anteriormente explicitados no julgamento do recurso em sentido estrito, mediante um elenco de circunstâncias que, somadas, sugerem a ocorrência de crime doloso, *verbis* (fls. 17.604-17.609, com meus destaques):

[...]

14. Resta, então, a pergunta central: a narrativa aceita pela pronúncia e pela maioria da Primeira Câmara é plausível?

15. Então, se Kiko e Mauro implantaram, por sua conta, espuma altamente inflamável e tóxica, contrataram show pirotécnico, mantiveram a casa noturna superlotada e sem condições de evacuação e segurança, com funcionários sem treinamento obrigatório, isso tudo, somado, pode significar, no conjunto da obra, que assumiram o risco das mortes? Por tudo que compulsei dos autos, não há como descartar, de plano e fora de qualquer dúvida, que, nestas condições concretas, suas escolhas e condutas podem significar que assumiram o risco das mortes.

16. Para Luciano e Marcelo, se adquiriram e acionaram, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos, tendo direcionado o artefato aceso para o teto da boate, cientes do ambiente inapropriado e da superlotação, visível naquela noite, e do percurso labiríntico para evacuação, no conjunto da obra, podem ter assumido o risco das mortes? Outra vez, a resposta é positiva.

17. E paro por aqui, pois basta aferir se é razoável tal acusação. Não nos cabe, reafirmo, juízo de valor último para decidir se houve ou não dolo eventual, a menos que fosse escancarado e rematado absurdo a acusação.

18. Disse o brilhante Des. Manuel Lucas que os vetores de risco, vistos individualmente, caracterizam negligência ou imprudência. Concordo.

Cada uma, isoladamente, poderia configurar, eventualmente, tipicidade subjetiva culposa (mas também dolosa). Na narrativa da denúncia, é justamente a soma de fatores (cujo arco incide, com maior ou menor amplitude e mais ou menos intensidade, para cada réu), o conjunto da obra, que permite concluir pelo dolo eventual. A denúncia narrou os fatos tendo como centro de

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

19. Outra objeção, seria o incêndio unimaginável? Nas condições específicas relatadas e numa atividade de entretenimento noturno notoriamente regulada pela exigência de Plano de Prevenção Contra Incêndio, não vejo como aceitar, por ora, a tese defensiva como unívoca.

20. E quanto à confiança de Kiko? Ele, em tese, sabia que o segundo alvará (pelo qual o capitão bombeiro foi condenado por inserir declaração falsa), ocorreu sem prévia fiscalização no local (também sabia que não treinara a equipe). A licença de operação vedava expressamente queima de qualquer material inflamável. Nada obstante, colocou a espuma por sua conta e risco, contratou show pirotécnico, permitiu a superlotação num local que obstaculizara com guarda-corpos, carente de sinalização e treinamento de pessoal. A tese defensiva, de que confiava que estava tudo em ordem, neste contexto, não ultrapassa o umbral da dúvida.

21. E o argumento do suicida? 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, autopercepção dos "jovens indestrutíveis", personalidades ousadas. A analogia com a roleta russa e com o racha indica que tal psicologia não chega a impedir o dolo eventual, cabendo ao Júri decidir.

22. Os elementos que indicam que a responsabilidade de Mauro não é objetiva estão às fls. 89 a 91 do RSE: como sócio, em tese, detentor de condomínio do fato, também assumiu os riscos, claro que na medida da sua eventual culpabilidade.

23. Os elementos empíricos e a discussão probatória em relação a Luciano e Marcelo encontram-se às fls. 92 a 97 do RSE, inclusive em diálogo com as teses defensivas.

24. Tangente à tentativa de homicídio com dolo eventual, anoto apenas que boa doutrina, nacional e estrangeira, acolhe a compatibilidade, na esteira dos precedentes do STJ e do STF. Aqui, uma certa deferência à tradição parece recomendável. De toda sorte, é questão, logicamente, que só faz sentido para os Colegas que reconhecerem o dolo eventual.

25. Finalmente, o Tribunal do Júri é uma garantia institucional consagrada na Constituição Federal. Nosso papel sofre restrições, nesta fase, limitados que estamos a verificar a viabilidade acusatória: no plano da tipicidade (juízo normativo) e

da prova da materialidade e dos indícios de autoria (juízo empírico). Superado esse filtro de racionalidade, o Júri é soberano para decidir o mérito, de acordo com as regras do jogo.

26. 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, não-absurda, a ser formulada, e cuja resposta aliás nos divide, e a sociedade (os cidadãos de Santa Maria) não está menos aparelhada do que a magistratura togada para respondê-la. Convocam-se, bem de ver, bom senso e sensibilidade.

Portanto, renovada vênua, desacolho os embargos infringentes, mantendo o voto proferido no julgamento originário.

### **III. Conclusão**

Assim, na espécie, diante da existência de elementos concretos delineados nos autos – **afirmados na pronúncia e no acórdão referente ao recurso em sentido estrito (fls. 16.577-16.710) –, entendo ter havido indicação de evidências suficientes sobre o aventado dolo eventual nas condutas dos réus, a autorizar sua submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri.**

De tudo o que foi apurado nos autos, concluo, em conformidade com o art. 413 do CPP, pela **satisfatória indicação**, pelo juiz de primeiro grau – o único, saliente-se, a ter contato direto com a prova e com as partes, inclusive na colheita de depoimentos fora de sua comarca, mediante autorização superior – das condições necessárias para autorizar o julgamento dos crimes imputados aos pronunciados, pelo órgão constitucionalmente competente para tal finalidade.

Outros juízes examinaram os autos e não houve consenso sobre os pontos cruciais do processo, tanto é que, das 12 decisões ou votos contabilizados (1 na pronúncia, 3 no julgamento do RESE e 8 no julgamento dos embargos infringentes), 7 se inclinaram pela narrativa da acusação e 5, pela narrativa das defesas.

O Direito, vale lembrar, não é um amontoado de letras e frases que, lidas, revelam seu significado. Sua leitura não é meramente objetiva, fria, dissociada de seu leitor, "um homem e suas circunstâncias" (Ortega y Gasset).

Em verdade, a interpretação da lei "nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a

respeito de hipóteses interpretativas alternativas" ( Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Trad. A.P. Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33).

As escolhas interpretativas foram feitas, inclusive a deste julgador, na crença de sua justiça. É até possível que não seja ela a melhor escolha; quem poderá, todavia, fazer tal assertiva com ares de certeza? O que, entretanto, resulta das manifestações de todos os que exerceram jurisdição nestes autos é que cumpriram, de acordo com suas respectivas convicções e percepções, a função judicante que lhes é própria, com independência e serenidade, amparados no conteúdo dos autos e, acima de tudo, sob a regência do Direito.

Não notei, em nenhuma das decisões e votos já prolatados, sinais de ardor punitivo ou de sentimento de vingança. E não poderia mesmo ser assim. O processo penal, como síntese e instrumento da racionalidade punitiva moderna, não pode ser, como advertia Bettiol, "... el camino para realizar una vindicta, aunque sea pública, sino el de hacer operante una exigencia de justicia (...) La venganza es pasión; la justicia es razón (...) Un proceso penal vengativo es una contradicción en los términos, una verdadera y propia aberración política, moral y jurídica". BETTIOL, Giuseppe. *Istituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973, p. 183.

É essa compreensão que, segundo creio, tem movido este processo e é o que se espera possa ocorrer nas decisões vindouras.

Dito isso, voto para que os noticiados 242 homicídios consumados e os 636 tentados – considerada a compatibilidade entre dolo eventual e delitos tentados – sejam julgados pelo Conselho de Sentença da Comarca de Santa Maria (RS), salvo eventual desaforamento do julgamento para outra comarca.

## **IX. Dispositivo**

À vista de todo o exposto:

**1. não conheço do agravo em recurso especial** interposto por **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ;

**2. conheço do agravo, para não conhecer do recurso especial**

## *Superior Tribunal de Justiça*

interposto por **MAURO LONDERO HOFFMANN**, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ;

**3. conheço dos recursos especiais** interpostos pelo MPRS e pela AVTSM e **lhes dou parcial provimento**, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, para **reformular o acórdão proferido pelo TJRS nos embargos infringentes e de nulidade, com vistas a possibilitar o prosseguimento do feito no seu Juízo Natural – o Tribunal do Júri** –, constitucionalmente competente para o julgamento dos fatos, ratificada, entretanto, a exclusão das qualificadoras do motivo torpe e do emprego de meio cruel.

É o voto.