

Trabalho de conclusão de curso

**CASO “BOATE KISS”: PRONÚNCIA OU DESCLASSIFICAÇÃO DOS
FATOS?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Departamento de Penal, Medicina Forense
e Criminologia (DPM) da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, sob
orientação da Profª. Helena Regina Lobo da
Costa.

Walquíria de Paula Fernandes da Silva

AGRADECIMENTOS

A presente tese de conclusão de curso é fruto de um conjunto de aprendizados, amizades e experiências adquiridos durante a minha graduação na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Gostaria de agradecer meus pais, Luiza e Fernando, por se esforçarem para me proporcionar um ensino de qualidade e acreditarem no meu desenvolvimento pessoal e profissional. Agradeço, também, à Gi por cuidar com carinho de mim e seguir cuidando.

Aos meus amigos da Faculdade, agradeço a Alice, Dudinha, Pedro e Lígia por serem minha companhia constante durante esses 5 anos de graduação. Sei que sempre posso procurar vocês para pedir conselhos e dar boas risadas.

Agradeço também o Gustavo pela amizade sincera e recheada de companheirismo. Sei que independente da hora, distância e assunto, posso contar contigo.

Agradeço também às Goiabas pelos momentos compartilhados tarde da noite durante os treinos e no final de semestre durante os campeonatos nos anos em que estive presente no time.

Gostaria de agradecer à BAISF, achado tardio que tive apenas no 4º ano da graduação, mas que desde o primeiro momento me fez sentir acolhida e amada. Essa Bateria me proporcionou amizades incríveis, leves e divertidas, as quais tenho a sorte de encontrar todo final de semana para ensaiar. Sem sombra de dúvidas, meus momentos preferidos da graduação foram aqueles em que vocês estavam ao meu lado.

Por fim, gostaria de agradecer à minha orientadora Profa. Helena Lobo por ter se interessado e confiado em minha pesquisa. Sem a sua orientação, esse TCC não seria possível.

SUMÁRIO

1. <u>Metodologia</u>	5
a. Pesquisa empírica: metodologia de “estudo de caso”	5
b. Objeto de pesquisa	6
c. Pergunta de pesquisa	8
d. Hipótese	8
e. Relevância e justificativa do tema	9
f. Metodologia de coleta	9
g. Metodologia de análise: “Classes argumentativas”, “Teses”, “Sub-argumentos”	10
2. <u>Teorias do dolo eventual</u>	11
a. Teorias volitivas:	12
i. <i>Teorias da vontade</i>	12
1. <i>Teoria do consentimento</i>	12
2. <i>Teoria do levar a sério o perigo da realização do tipo objetivo</i>	13
3. <i>Teoria da indiferença</i>	14
4. <i>Teoria da vontade de evitação não atuada</i>	14
ii. <i>Teoria da decisão pela lesão ao bem jurídico</i>	15
b. Teorias cognitivas:	16
i. <i>Teorias da representação</i>	16
1. <i>Teoria da possibilidade</i>	17
2. <i>Teoria da probabilidade</i>	17
ii. <i>Teorias do perigo</i>	18
3. <u>Cronologia do caso “Boate Kiss”</u>	19
4. <u>Análise argumentativa dos acórdãos</u>	28
a. Considerações iniciais	28
b. Esquematização dos principais elementos dos julgamentos	30
c. Esquematização das “classes argumentativas” e “teses” utilizadas	31
d. Classe argumentativa 1: Argumentos de competência	34

i. <i>Tese da desclassificação 1: “É necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”</i>	34
ii. <i>Tese da pronúncia 1: “Não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”</i>	37
e. Classe argumentativa 2: Argumentos de dogmática penal aplicada ao caso concreto	41
i. <i>Tese da desclassificação 2 : “Os réus agiram com culpa (lato sensu)”</i>	41
ii. <i>Tese de desclassificação 2: “Os réus agiram com culpa inconsciente”</i>	45
iii. <i>Tese da pronúncia 2: “Há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual”</i>	47
5. <u>Conclusões</u>	57
6. <u>Referências bibliográficas</u>	63

INTRODUÇÃO

Em 27 de janeiro de 2013, a “Boate Kiss”, localizada na cidade de Santa Maria no Rio Grande do Sul, sediou uma festa universitária. Na madrugada do dia dos fatos, um sinalizador (“Sputnik”) foi utilizado pelo vocalista da banda que se apresentava no momento, acarretando a morte de 242 vítimas fatais e lesões graves em aproximadamente 600 pessoas.

O evento deu origem a uma ação penal, na qual os sócios do estabelecimento (Elissandro e Mauro) e dois integrantes da banda (Luciano e Marcelo) foram acusados pela prática de homicídios dolosos consumados e tentados.

O *parquet*, no campo da tipicidade, entendeu que houve dolo eventual por parte dos agentes e, por isso, deveriam ser pronunciados e julgados pelo Tribunal do Júri. Entretanto, a competência do julgamento do feito e a tipicidade subjetiva das condutas dos réus não foram pontos pacíficos de discussão. Houve divergências entre instâncias sobre se os réus cometeram homicídios culposos ou dolosos.

Chama a atenção às decisões do Recurso em Sentido Estrito nº “0384117-79.2016.8.21.7000” e do Embargos Infringentes nº “0276157-30.2017.8.21.7000”, nas quais o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul expressou dois entendimentos diferentes, no primeiro a favor da pronúncia dos acusados e no segundo contra.

Diante disso, esta pesquisa tem o objetivo de evidenciar os argumentos utilizados pelos desembargadores para pronunciar ou desclassificar os fatos e observar, sobretudo, como os debates sobre dolo eventual e culpa apareceram nos julgamentos.

Assim, o trabalho de conclusão de curso foi dividido em seis capítulos. O primeiro é a presente introdução; o segundo é sobre a metodologia utilizada para coletar os dados e analisá-los; no terceiro as teorias do dolo eventual são apresentadas, dando suporte teórico a parte empírica da tese; no quarto o leitor é contextualizado sobre os fatos do julgamento; no quinto, a fundamentação dos desembargadores é analisada comparativamente; no sexto capítulo estão as conclusões e; por fim, no sétimo estão as referências bibliográficas.

1. METODOLOGIA

a. Pesquisa empírica: metodologia de “estudo de caso”

O presente trabalho de conclusão de curso é uma pesquisa empírica, a qual se propõe a seguir o modelo de “estudo de caso” como metodologia. A palavra “caso” pode ter

significado abrangente, entretanto decidi adotar a definição de Máira Rocha Mancha e Rafael Mafei:

Este texto utiliza o “caso” em sentido muito específico. Aqui, um caso é uma construção intelectual que busca oferecer a representação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações.¹

Segundo os autores, normalmente esse método é utilizado quando o pesquisador possui interesse em um caso específico antes mesmo de ter questionamentos sobre o tema, enquanto na pesquisa de jurisprudência, por exemplo, o contrário ocorre. Assim, o “estudo de caso” é uma metodologia na qual o autor é capaz de compreender profundamente um fenômeno empírico, por diversas fontes e perspectivas, a partir da análise do objeto de pesquisa, “o caso”, o qual é bem específico e definido².

Importante destacar que a narrativa do autor sobre o caso não deve ser mera descrição apática dos fatos. Pelo contrário, deve ser analítica, fruto da reflexão que o pesquisador faz sobre o material.

Além disso, destaca-se que esta pesquisa é um “estudo de caso” de “amostra de acontecimento”, pois surgiu do meu interesse pessoal em entender como foi o julgamento dos réus no caso da “Boate Kiss”, pela sua amplitude midiática e comoção no Brasil inteiro. Neste sentido:

“As amostras de acontecimento (ou enredo) referem-se, para Pires (2008, p. 178), “a um fato institucional (ou cultural) singular, e mesmo único, que se produz graças às instituições ou à cultura e que, por esta razão, possibilita-nos apreender as mesmas em ação” (grifos no original). Nessas situações, diz Pires (2008, p. 178), “o interesse do pesquisador recai (...) mais sobre um acontecimento que ele julga estratégico para o conhecimento do que sobre um meio social ou uma história de vida”. É nesse tipo de amostra que o autor insere exemplos de pesquisas que se ocupam de processos judiciais³.

¹ Feferbaum, Marina; Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. Metodologia de Pesquisa e Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 344.

² *Ibidem*, p. 345-346. Segundo o mesmo autor: “As definições de estudo de caso variam bastante. Nos limites deste texto, e neste momento da exposição, é possível caracterizar o “estudo de caso” como uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática que não seriam facilmente acessados por intermédio de outras estratégias. Tomado dessa forma, o estudo de caso nos convoca a mergulhar profundamente em um fenômeno e a observar a partir de variadas fontes e perspectivas. E, justamente por isso, boa parte do trabalho está em restringir e recortar o caso, explicitando suas fronteiras. Como indica Stake, o principal elemento distintivo do estudo de caso está na “proeminência do que é e do que não é ‘o caso’ – as fronteiras são mantidas em foco. O que está ocorrendo e é considerado importante dentro dessas fronteiras (...) é tido como vital e frequentemente determina sobre o que trata o estudo (...) (1978, p. 7)” (p. 345).

³ *Ibidem*, p. 350-351.

b. Objeto de pesquisa

No caso “Boate Kiss”, cinco decisões discutiram a temática do dolo eventual ou culpa consciente e quatro, além disso, a pronúncia ou não dos acusados. São elas, em ordem cronológica:

1. Sentença de pronúncia do processo nº 0002353-19.2013.8.21.0027: pronúncia dos réus.
2. Acórdão da 1ª Câmara Criminal do TJRS no julgamento do Recurso em Sentido Estrito (nº 0384117-79.2016.8.21.7000): pronúncia dos réus.
3. Acórdão do 1º Grupo Criminal do TJRS no julgamento dos embargos infringentes (nº 0276157-30.2017.8.21.7000): desclassificação dos fatos.
4. Acórdão do STJ no julgamento do *REsp* nº 1790039 (2018/0345779-2 de 02/08/2019): pronúncia dos réus.
5. Sentença de fixação da pena no Tribunal do Júri do processo nº 0047498-35.2020.8.21.0001: condenação.

Na primeira delas, o Juízo Criminal de Santa Maria pronunciou os réus por indícios de dolo eventual. Diante disso, as defesas dos réus impetraram Recurso em Sentido Estrito, julgado pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que manteve a pronúncia dos acusados pelos mesmos fundamentos. Porém, no julgamento dos Embargos de Infringência opostos pelas defesas, o 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reverteu as decisões anteriores, desclassificando os delitos para outros que não aqueles de competência do Tribunal do Júri, entendendo que houve culpa. Por isso, o Ministério Público entrou com o Recurso Especial nº 1790039/RS perante o Superior Tribunal de Justiça, que reverteu a sentença da instância inferior, afirmando a competência do Tribunal do Júri para julgar os réus. Assim, em 01/12/2021 deu-se início ao julgamento dos denunciados no Júri, resultando em suas condenações e na fixação das penas de cada um deles em 10/12/2021⁴.

As cinco decisões supracitadas seriam úteis à finalidade da pesquisa, porém diante da quantidade de páginas de cada material e do tempo disponível para a execução do trabalho de conclusão de curso, foi necessário recortar o objeto de investigação. Chama a atenção o fato do mesmo tribunal (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), ainda que por meio de órgãos internos distintos, ter proferido duas decisões opostas. Por isso, o Recurso em Sentido Estrito

⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério público do Rio Grande do Sul. Boate Kiss. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em: 29/05/2022.

nº 0384117-79.2016.8.21.7000⁵ e os Embargos Infringentes nº 0276157-30.2017.8.21.7000⁶ foram escolhidos como objeto de pesquisa com a finalidade de evidenciar a fundamentação utilizada por cada desembargador e como a discussão sobre dolo eventual e culpa consciente apareceu nesses julgamentos.

c. Pergunta de pesquisa

Pergunta de pesquisa: Quais foram os argumentos proferidos pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fundamentar a pronúncia dos réus ou a desclassificação dos fatos nos acórdãos do Recurso em Sentido Estrito nº “0384117-79.2016.8.21.7000”⁷ e dos Embargos Infringentes nº “0276157-30.2017.8.21.7000”⁸ do caso “Boate Kiss”?

Subperguntas:

1. De que forma a discussão sobre dolo eventual e culpa consciente apareceu nesses julgamentos?
2. Todos os desembargadores proferiram entendimento sobre se as condutas dos réus foram dolosas ou culposas?
3. Os desembargadores que participaram do primeiro e segundo julgamento, mantiveram seus entendimentos e argumentos iniciais? Se não, quais foram as diferenças?

d. Hipótese

⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 0384117-79.2016.8.21.7000. Recorrente: Ministério Público. Recorrentes: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Data de julgamento: 22 de março de 2017, Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=03841177920168217000&numero_processo_desktop=03841177920168217000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1ª Grupo Criminal). Embargos Infringentes nº 0276157-30.2017.8.21.7000. Embargantes: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Embargado: Ministério Público. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Data de julgamento: 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=0276157-30.2017.8.21.7000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. cit.

⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Op. cit.

É provável que os desembargadores a favor da pronúncia dos réus tenham fundamentado seus entendimentos somente com base na análise do elemento subjetivo do tipo, asseverando que as condutas dos agentes demonstram que eles agiram com dolo eventual. Possivelmente, estes magistrados disseram que as mortes de pessoas eram vislumbradas pelos autores como resultado possível decorrente da utilização de sinalizadores em local fechado, o qual não possuía mais de uma saída de emergência e nem extintores plenamente aptos a serem utilizados.

Já sobre os desembargadores a favor da desclassificação dos fatos, é capaz que eles também tenham fundamentado seus entendimentos somente com a análise da tipicidade subjetiva, acreditando, no entanto, que as condutas evidenciam que os agentes agiram com culpa consciente, pois, apesar de vislumbrarem o possível resultado, sinceramente acreditavam que ele não iria ocorrer tendo em vista que apresentações com artefatos pirotécnicos já havia sido feitas anteriormente na Boate.

e. Relevância e justificativa do tema

O tema da pesquisa é relevante por dois motivos principais. O primeiro deles é o fato do caso da “Boate Kiss” ter tido repercussão nacional e internacional, que se manteve relevante durante os quase 10 anos seguintes à tragédia, até a condenação dos réus no Júri e sua posterior anulação. Foi após esse acontecimento terrível que a população passou a ser mais consciente sobre a necessidade de garantir a segurança em estabelecimentos fechados, assim, diversas leis com essa finalidade foram editadas. O caso marcou o imaginário da sociedade brasileira de uma tal maneira que ele merece ser estudado, com a devida cautela, para que o país nunca se esqueça do que ocorreu.

O segundo motivo diz respeito a importância em se estudar a dogmática penal para entender como o Poder Judiciário brasileiro vem solucionando os casos em que há dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo, como é feita a valoração das provas, quais doutrinas vêm sendo adotadas, permitindo identificar os problemas, tecer as críticas necessárias e pensar nas soluções cabíveis.

A configuração correta da tipicidade da conduta é de suma importância para o direito penal e processo penal. É com isso que se garante que o réu poderá sofrer uma penalização somente pelo fato de sua conduta estar previamente determinada em lei, limitando, assim, o poder punitivo do Estado sobre os cidadãos. A tipicidade, também, influencia nas regras de competência e prescrição da pretensão punitiva do Estado. Tomando como exemplo o caso

em questão, homicídios dolosos seguem o procedimento especial, sendo os réus julgados, ao final, pelo Tribunal do Júri. Já os homicídios culposos são julgados pela Justiça Comum perante um magistrado togado. Além disso, a prescrição do primeiro delito é maior do que a do segundo. Assim, o estudo da tipicidade no contexto do caso da “Boate Kiss” é relevante para se entender se nesse processo a decisão de imputar os réus pela prática de homicídios dolosos foi a mais correta ou não.

f. Metodologia de coleta

Para acessar a decisão do Recurso em Sentido Estrito nº 0384117-79.2016.8.21.7000, é necessário acessar o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul segundo grau⁹, selecionar a opção “por nº de processo” em “tipo de consulta”, ao lado selecionar “Tribunal de Justiça” e no campo “número”, preencher com o número dos recurso. Além disso, é preciso selecionar a opção “nº CNJ”. Após tudo isso, basta apertar no botão “buscar”. O processo irá aparecer na tela, assim, é necessário clicar em “decisões”, depois em “acórdãos e decisões monocráticas” e por fim em “baixar documento”.

Para acessar a decisão dos Embargos Infringentes nº 0276157-30.2017.8.21.7000, basta seguir os mesmos passos supracitados, porém deve-se preencher o campo “número” com o número referente a este julgado.

g. Metodologia de análise: “Classes argumentativas”, “Teses” e “Sub-argumentos”

Após a escolha dos acórdãos como objeto de pesquisa, o próximo passo consistiu na leitura e fichamento deles. Posteriormente, foi feita a classificação da fundamentação utilizada pelos desembargadores para pronunciar ou não os réus em “Classes Argumentativas”, “Teses” e “Sub-argumentos”, inspirada no modelo de “Classes Argumentativas” proposto por Vinicius Alvarenga¹⁰ e Walquíria de Paula Fernandes da Silva¹¹ em suas respectivas iniciações científicas pela Escola de Formação da Sociedade

⁹ <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/2o-grau/>

¹⁰ VEIGA, Vinicius Alvarenga e. Princípio da Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/publication/principio-da-presuncao-de-inocencia-e-execucao-antecipada-da-pena-analise-argumentativa-do-supremo-tribunal-federal-na-delimitacao-do-art-5o-lvii-cf-88/>> . Acesso em: 19/10/2023.

¹¹ SILVA, Walquíria de Paula Fernandes da. Suspeição do ex-juiz Sérgio Moro no “Caso Triplex do Guarujá”: um estudo sobre o HC 164.493 sob o olhar da “Vaza-Jato”. . Acesso em: 19/10/2023. Disponível em <<https://sbdp.org.br/publication/suspeicao-do-ex-juiz-sergio-moro-no-caso-triplex-do-guaruja-um-estudo-sobre-o-hc-164-493-sob-o-olhar-da-vaza-jato/>>.

Brasileira de Direito Público. Trata-se de uma metodologia que tem como intuito agrupar argumentos parecidos a fim de facilitar a esquematização e comparação com outros.

As “classes” são grupos de argumentos, tanto a favor da pronúncia, quanto contra, que versam sobre a mesma temática. Assim, todos os argumentos de mérito que apareceram nos julgamentos do Recurso em Sentido Estrito e dos Embargos Infringentes podem ser encaixados em uma das duas classes criadas.

As “teses”, por sua vez, são justamente os argumentos principais utilizados pelos magistrados e que estão agrupados dentro de alguma “classe argumentativa” a depender da temática a que se referem. Cada uma dessas “teses” foi explicada e desenvolvida por eles em seus votos através de “sub-argumentos”.

Existem as “teses” utilizadas para sustentar a pronúncia dos acusados e as que sustentam a desclassificação dos fatos. As “teses” da pronúncia foram criadas a partir das respostas obtidas com a seguinte pergunta: “Por que os acusados devem ser pronunciados?”, a qual, deriva, por sua vez, da pergunta de pesquisa da presente monografia. Já as “teses” de desclassificação foram criadas por meio das respostas ao questionamento “Por que os fatos devem ser desclassificados para outros crimes que não são de competência do Tribunal do Júri?”.

A esquematização das “Classes”, “Teses” e “Sub-argumentos” é melhor desenvolvida no Capítulo 5 da presente pesquisa.

2. TEORIAS DO DOLO EVENTUAL

No estudo da dogmática penal, especificamente da teoria do delito no campo da tipicidade, se estudam os dois elementos subjetivos, os quais dizem respeito à vontade no plano psicológico do agente. São esses elementos, o dolo e a culpa.

Seguindo o entendimento de Luís Greco¹², existem dois grandes grupos de teorias do dolo que o definem e o diferenciam da culpa: as volitivas e as cognitivas. No primeiro grupo estão¹³: i) teorias da vontade, composta por quatro teorias: 1) do consentimento (ou assentimento); 2) do levar a sério o perigo da realização do tipo objetivo; 3) da indiferença; 4) da vontade de evitação não atuada; e a ii) teoria da decisão pela lesão ao bem jurídico. No

¹² GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

¹³ VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 18.

segundo grupo é composto por: a) teorias da representação, composta por i) teoria da possibilidade e ii) da probabilidade e; b) teorias do perigo.

As volitivas determinam que além do elemento cognitivo, o volitivo é essencial para a sua caracterização, tanto na espécie direta, quanto na eventual.

Assim, tanto no dolo direto, como no eventual, o agente deve conhecer o resultado (elemento cognitivo). No primeiro, o elemento cognitivo significa que o agente tem vontade de produzir o resultado. Já no segundo, esse elemento volitivo é distinto a depender de cada teoria, podendo ser por exemplo: indiferença com a produção do resultado, ou o seu consentimento, ou sua aprovação, ou levar a sério o risco de sua ocorrência... Em ambos *mister* a presença de elementos probatórios objetivos que indiquem que o agente estava orientado psiquicamente para atingir o resultado.

Em contrapartida, para a caracterização do dolo pelas teorias cognitivas, o elemento volitivo não é importante. Somente basta que o agente tenha conhecimento da possibilidade ou probabilidade do resultado acontecer.

a. Teorias volitivas:

i. Teorias da vontade

As teorias da disposição de ânimo, são aquelas que tem como tese central comum que “o dolo deve ser derivado da relação psíquica, de conteúdo volitivo, que se estabelece entre o indivíduo e o resultado representado”¹⁴. Assim, se utilizam de expressões linguísticas para determinar a inclinação subjetiva do autor necessária para que a sua conduta seja enquadrada como dolo eventual. Tais expressões são respostas à pergunta: “como se sente o autor diante da produção do resultado?”¹⁵, sendo essenciais para diferenciar esta espécie de dolo da culpa consciente.

1. Teoria do consentimento

A teoria do consentimento é uma das mais aceitas pelos autores e tribunais, os quais entendem que foi adotada pelo Código Penal de 1940, no seu art. 18, I¹⁶. A distinção entre o

¹⁴ *Ibidem*, p. 90.

¹⁵ *Ibidem*, p. 89.

¹⁶ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 13/10/2023.

dolo eventual e a culpa consciente seria que no primeiro o autor adota uma postura psíquica direcionada ao “querer” o resultado, isto é, aprová-lo internamente, o qual é traduzido pelos teóricos geralmente por meio das expressões “aprovar” ou “estar de acordo”¹⁷.

Nelson Hungria, em concordância, afirma que “consentir” seria um modo de “querer”, sendo que o dolo eventual é quando a vontade do agente é exercida apesar da previsão do resultado¹⁸.

Segundo Eduardo Viana, seriam então dois os requisitos do dolo eventual:

a) que ele tenha representado o resultado como possível (e aqui não é possível fazer distinção com a culpa consciente); b) que ele esteja de acordo com o resultado representado (= o approve), isto é. que não tenha acreditado que tudo sairia bem¹⁹

Ainda, discorre que até a primeira metade do século XX, a aprovação do resultado no âmbito volitivo estava relacionada à ideia de que o agente deveria ficar feliz (celebrar) a sua produção. Tratava-se de uma teoria estrita no conceito de dolo, sendo o campo da culpa alargado²⁰.

Na tentativa de descobrir essa intenção psíquica, foram criadas as fórmulas de Frank, que através de questionamentos, procura entender como o autor teria agido caso tivesse a certeza de que o resultado ocorreria. Assim, se ele prosseguisse com a conduta, atuou com dolo eventual²¹.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XX, a compreensão do conceito de elemento volitivo do dolo passou a ser subordinado a interpretação jurídica (normativa), não mais a psique do indivíduo, num processo que foi chamado de “normativização da vontade”²². Em outras palavras, já não é mais aceito que o “aprovar o resultado” tenha o sentido da língua cotidiana.

Diante disso, age com dolo eventual o agente que “representa a ocorrência do resultado como possível e mesmo assim atua para alcançar o seu objetivo, ainda [...] que lhe seja altamente indesejado”²³.

As críticas a essa teoria são acerca da imprecisão do conceito, da verificação da ocorrência do dolo pautado em dados hipotéticos com as fórmulas de Frank e da dificuldade

¹⁷ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 92.

¹⁸ NELSON, Hungria. Comentários ao Código Penal. V1, T2. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 115.

¹⁹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* 92.

²⁰ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* 98.

²¹ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Op. cit.* p. 4.

²² VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.98-99.

²³ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.100.

em diferenciar o dolo eventual da culpa consciente se o autor pode aprovar o resultado ainda que não o queira²⁴.

2. Teoria do levar a sério o perigo da realização do tipo objetivo

Adotada pela doutrina majoritária alemã, essa teoria tem como principal autor Gunter Stratenwerth e se assemelha à anterior, já que também utiliza o ânimo do agente para a verificação de sua conduta. Segundo ela, o autor age com dolo eventual, representa como possível a lesão ao bem jurídico (do tipo), leva a sério essa possibilidade e por fim, anui (ou concorda) com essa possível lesão. Enquanto isso, quem vislumbra a possibilidade de ocorrência do perigo concreto, mas confia na não-lesão, age de forma temerária²⁵, isto é, com culpa consciente. Há, portanto, um enlace psíquico entre autor consciencioso e perigo concreto²⁶.

As principais críticas dessa teoria são sobre a imprecisão do conceito de “levar a sério” e sobre se ela seria mesmo diferente ou melhor que a teoria anterior, até porque quem não leva a sério um perigo é porque não acredita que ele vai acontecer²⁷. A expressão “levar a sério” seria então só uma nova forma de dizer “consentir” ou “aprovar”²⁸.

3. Teoria da indiferença

Essa teoria foi desenvolvida por Karl Engisch e tem menos adesão pela doutrina. Ela determina que para ocorrer o dolo eventual não é necessário que o autor queira o resultado, mas que ele seja indiferente a sua provável produção²⁹. Isso é evidenciado quando o indivíduo adota “uma posição passiva em relação ao resultado apresentado”³⁰. Entretanto, a verificação da indiferença é dispensada se a probabilidade de ocorrência do resultado era alta.

As críticas a essa teoria se direcionam justamente a esse último elemento e ao fato da teoria aproximar os conceitos de dolo e culpa com a expressão “indiferença”.

4. Teoria da vontade de evitação não atuada

²⁴ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.102-107.

²⁵ VIANA, 2017 apud GRECO, 2005, p. 111.

²⁶ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.107 e 111.

²⁷ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.113.

²⁸ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p.113.

²⁹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p 122.

³⁰ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p 122.

Essa teoria tem como principal autor Armin Kaufmann, o qual tenta criar um critério objetivo para o conceito de dolo eventual³¹. Para ele, este seria a vontade de realizar o tipo, vontade essa que abarca a intenção de atingir esse resultado e também os meios e as consequências disso³². Em outras palavras, pode ser interpretada a partir de um critério objetivo, isto é, dolo não se visualiza na vontade de produzir o resultado, mas na ausência de conduta do agente para impedir a consequência vislumbrada como possível de ocorrer, porque quem quer evitar algo não pode querê-lo ao mesmo tempo³³.

Segundo o mesmo autor, o dolo só poderá ser afastado quando houver poderosa vontade de evitar os fatos, expressada por meio das ações que toma para isso, não importando se os meios empregados foram eficazes ou não³⁴.

Os críticos dessa teoria apontam que ela não é diferente da teoria do consentimento ou da indiferença, porque quem não agiu para impedir as consequências do resultado, o aprovou ou era indiferente a ele. Também, criticam que mesmo que o autor tenha dúvidas a respeito da eficácia de sua ação evitativa e segue atuando de maneira a atingir o resultado, o dolo não é afastado. Porém, resta claro que quem age assim, no fundo aprovou o resultado³⁵.

ii. Teoria da decisão pela lesão ao bem jurídico

Trata-se de uma teoria que está localizada dentro das teorias volitivas, mas fora da espécie de teorias de ânimo do agente, segundo a classificação de Eduardo Viana³⁶. Ela se encontra dentro das teorias volitivas, porque o autor que a criou, Claus Roxin, não abdica do elemento volitivo, porém não busca entender a intenção do agente como conceito puramente psicológico, mas sim jurídico³⁷. É uma forma, portanto, de imputação normativa da vontade e não uma imputação psicológico-descritiva da vontade³⁸.

É importante entender primeiramente que para Roxin³⁹, o direito penal é um sistema que tem como finalidade a proteção dos bens jurídicos para garantir a convivência pacífica em sociedade. Assim, o conceito de dolo está situado no ponto onde o comportamento do autor está em desacordo com o objetivo do direito penal.

³¹ VIANA, Eduardo. *Op cit.* p. 124.

³² VIANA, 2017 apud KAUFMANN, 1958, p. 124-125

³³ *Ibidem*, p. 125.

³⁴ *Ibidem*, p. 126.

³⁵ VIANA, Eduardo. *Op cit.* p. 130.

³⁶ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p 134.

³⁷ VIANA, Eduardo. *Op cit.* p 134 e 135.

³⁸ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p 18.

³⁹ VIANA, 2017 apud ROXIN, 2011, p. 135

Roxin⁴⁰ determina, então, que o dolo eventual é um plano no qual o autor, após um cálculo, decide pela possível lesão bem jurídico. Em outras palavras, o agente considera possível a realização do tipo em seus cálculos, mas isso não o impede de continuar. Ele age, assim, conscientemente contra o bem jurídico, ainda que isso não corresponda completamente à sua vontade ou até seja contra ela. Observa-se, assim, que ele pauta o conceito com base em um processo cognitivo.

Diante disso, surge a necessidade de determinar quando é possível afirmar que o autor tomou essa decisão, sendo este conceito fundamental para diferenciar dolo eventual e culpa consciente. O termo “decisão” para Claus Roxin⁴¹ deve ser valorado com base em parâmetros normativos (“normativismo volitivo”⁴²), sendo três os indicativos de concretização desse critério. O primeiro deles é: i) o autor conhecia o perigo do próprio comportamento. Sabendo do risco disso, o agente não pode afirmar que não acreditava que o resultado ocorreria e, portanto, que não teria decidido lesar o bem jurídico. O segundo deles é: ii) o indivíduo tinha levado em consideração a possibilidade da vítima escapar do perigo por si mesmo. Se o agente verdadeiramente acreditava que a vítima tinha capacidade de se salvar de um possível risco, ele não teria se decidido contra o bem jurídico. Por fim, iii) o autor não tinha motivos para aprovar o resultado, também afasta do dolo. Destaca-se que é necessária a valorização dos três e que um único indicativo sozinho não é suficiente para definir a fronteira entre dolo e culpa.

A diferença do dolo eventual e da culpa está justamente nesta *decisão*. O indivíduo age com culpa consciente ou inconsciente quando sua conduta desobedece dever de cuidado ou é temerário (culpa grave, quando o autor não reflete sobre as consequências de suas ações)⁴³.

Importante destacar que a aceitação do resultado aqui, diferentemente de outras teorias, é somente um indicativo de que o autor tomou a decisão de ferir o bem jurídico⁴⁴.

As principais críticas dessa teoria são relacionadas a imprecisão do conceito de “decisão”, que também não chega a resultados distintos aos outros conceitos utilizados pelas teorias anteriores, pois todas se utilizam de alguma maneira a consciência do agente em realçar ao risco de conduta como critério determinante⁴⁵.

⁴⁰ VIANA, 2017, apud ROXIN, 1973, p. 136-138

⁴¹ VIANA, 2017 apud ROXIN, 2011, p. 139 e 141

⁴² VIANA, 2017 apud ROXIN, 2011, p. 140

⁴³ *Ibidem*, p. 140.

⁴⁴ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 140.

⁴⁵ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 142-147.

b. Teorias cognitivas:

i. Teorias da representação

Com a dificuldade das teorias volitivas em traçar os limites entre dolo eventual e culpa consciente e definir esses conceitos, foram criadas as teorias cognitivas que levam em consideração somente a representação do agente em relação ao tipo⁴⁶.

1. Teoria da possibilidade

Tem como seus principais autores Schroder⁴⁷ e Schmidhauser⁴⁸, essa teoria é baseada no binômio representação-possibilidade⁴⁹. Trata-se de dolo eventual quando o agente age mesmo sabendo da concreta possibilidade de realização do tipo, e trata-se de culpa quando ele acredita que tudo sairá bem, sendo assim, toda culpa inconsciente por ausência de vislumbre de resultado. Se não há representação ou resultado, não há dolo. Os elementos deste seriam portanto: i) conhecimento do perigo concreto e ii) possibilidade de realização do tipo.

As críticas a essa teoria se centram na limitação do dolo pela expressão “tudo sairá bem”, que confia numa hipotética atitude psíquica do agente de tentar a sorte. Isto estimula ações aventureiras, inconsequentes, e inverte a lógica da pena, aplicando mais sanção ao indivíduo cauteloso, que por ser mais zeloso, representará mais vezes o resultado perigoso. Além disso, críticos argumentam que essa teoria alarga demasiadamente o campo da culpa⁵⁰.

2. Teoria da probabilidade

Trata-se de uma teoria que se assemelha à anterior, porém que exige mais do elemento cognitivo. O autor Hellmuth Mayer⁵¹ afirma que há dolo eventual se o agente considerou o resultado como provável, não só possível. Na análise do caso concreto, se faz, portanto, um juízo de valor para delimitar a fronteira entre possibilidade e probabilidade, sendo que não interessa para isso o grau objetivo do perigo, mas se o agente o viu como provável a partir das valorações que ele fez das circunstâncias do caso.

⁴⁶ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 145-147.

⁴⁷ VIANA, 2017 apud SCHRODER, 1949, p. 198-202.

⁴⁸ VIANA, 2017 apud SCHMIDHAUSER, 1980, p. 198-202.

⁴⁹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 198.

⁵⁰ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* 209-213.

⁵¹ VIANA, 2017 apud MAYER, 1967, p. 213-217.

Já o autor Wilhelm Sauer⁵², a delimitação do dolo também está baseada na probabilidade, entretanto, em critérios diferentes. Ele entende que dolo é o conhecimento do injusto, sendo que a intensidade desse conhecimento é que permite diferenciar as suas espécies. O dolo eventual estaria na representação do provável ou na fronteira com a possibilidade, já a culpa seria a possibilidade remota de realização do tipo, ainda que o autor tivesse querido o resultado.

As críticas quanto aos dois autores direcionam a impossibilidade do cálculo de probabilidade, pois não foi elaborado nenhum tipo de graduação e estatística que permitiria calcular com precisão a probabilidade e, assim, dizer com precisão a existência ou não de dolo eventual. Sendo assim, trata-se de teoria que se baseia muito em especulações⁵³.

ii. Teorias do perigo

Tratam-se de teorias novas, que vêm se desenvolvendo na Alemanha, as quais utilizam a classe e a dimensão do perigo representado pelo agente como fator de distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente⁵⁴.

O autor Wolfgang Frisch⁵⁵, um dos principais nomes afirma que para ser dolo eventual, o indivíduo age mesmo tendo visto que a ocorrência de um perigo concreto, abstrato, à luz das circunstâncias concretas do caso, e que não é aceito pelo ordenamento. Afasta-se o dolo nas circunstâncias que o agente acredita que o risco é juridicamente irrelevante ou que o perigo é abstrato.

Rolf Dietrich Herzberg⁵⁶, por sua vez, afirma que não basta que o agente tenha representado o risco não permitido pelo ordenamento para que a sua conduta seja configurada como dolo eventual. É essencial que o perigo seja inevitável, isto é, quando a vítima não consegue se proteger da ocorrência do tipo e nem o autor consegue evitá-la. Não importa que o indivíduo confie que o resultado não irá acontecer. Já na culpa, é necessário que o perigo seja evitável, o que significa que há uma reserva de proteção para a sua não realização (o que inclui o perigo remoto também).

A última autora de grande relevância da teoria é Ingeborg Puppe⁵⁷. Ela afirma que o agente age com dolo quando representa há alta probabilidade de realizar o tipo (perigo com

⁵² VIANA, 2017 apud SAUER, 1955, p. 220 e 221.

⁵³ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 217 a 220.

⁵⁴ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 222 e 223.

⁵⁵ VIANA, 2017 apud FRISCH, 1990, p. 228 e 229

⁵⁶ VIANA, 2017 apud HERZBERG, 1986, p. 232 e 233

⁵⁷ VIANA, 2017 apud PUPPE, 2006, p. 239.

qualidade de dolo). Trata-se de uma probabilidade que não está pautada na “gradualidade matemática”⁵⁸, mas na “estratégia de realização do tipo”⁵⁹. Entretanto, não é o próprio indivíduo que valora a qualidade do risco, senão um terceiro racional que assevera que o resultado ocorrerá ou poderá ocorrer se o agente agir de uma determinada maneira. Caso contrário, será culpa.

As críticas direcionadas a Frisch vão no sentido de evidenciar que o autor na verdade utiliza sim o elemento volitivo como critério de diferenciação entre dolo e culpa, já que se pauta na tomada de decisão do agente para ferir o bem jurídico frente à representação do risco. Observa-se que somente há uma mudança de “querer o resultado” para “querer o risco”. Sendo assim, as críticas direcionadas às teorias do dolo como vontade podem ser aplicadas neste caso⁶⁰.

As direcionadas a Herzberg vão em direção aos conceitos de “perigo evitável” e “perigo inevitável”, os quais determinam que o comportamento da vítima ou de um terceiro pode afastar o dolo, fazendo com que isso defina a imputação subjetiva do agente. Além disso, parece que a teoria dele apresenta dificuldades na solução de casos concretos por se utilizar de conceitos semanticamente imprecisos⁶¹.

Finalmente, a teoria proposta por Puppe enfrenta objeções sobre o termo “racional”, tendo em vista que existem muitas definições de “racionalidade”. Também sofre críticas por ampliar demais o campo dos crimes dolosos⁶².

3. CRONOLOGIA DO CASO “BOATE KISS”

Em razão da extensão do processo, o qual teve início há 10 anos atrás, em 2013, é necessário pontuar e explicar seus principais acontecimentos, decisões e atores para melhor entendimento acerca do objeto de pesquisa e análise.

Em 27 de janeiro de 2013, a “Boate Kiss”, localizada na cidade de Santa Maria no Rio Grande do Sul, sediou a festa “Agromerados”, promovida por cinco cursos universitários e técnicos da Universidade Federal de Santa Maria. Na madrugada do dia dos fatos, a banda “Gurizada Fandanguera” se apresentava no local. Por 2h30min, durante o show, um sinalizador (“Sputnik” ou “Chuva de Prata 6”) foi acionado por Luciano e entregue por ele ao

⁵⁸ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 246.

⁵⁹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 246.

⁶⁰ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 230 e 231.

⁶¹ VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 235-239.

⁶² VIANA, Eduardo. *Op. cit.* p. 246-248.

vocalista Marcelo, que o utilizou quando estava no palco. Tal artefato deve ser utilizado em ambientes externos pelo fato de soltar faíscas que atingem até quatro metros de altura e liberar uma grande quantidade de fumaça, devendo estar há 10 metros de distância de qualquer pessoa.

As faíscas do artefato pirotécnico atingiram o teto da boate, que era coberto por uma espuma de colchão, inadequada à finalidade pretendida de isolar sons. A espuma se incendiou e os integrantes da banda e um dos seguranças da casa, sem sucesso, tentaram apagar as chamas, porém após três minutos a fumaça já havia se espalhado pelo estabelecimento.

De início, não houve comunicação entre os seguranças, razão pela qual os que estavam na saída da boate não permitiram que as pessoas saíssem por acharem que se tratava de uma briga e que muitos queriam ir embora do estabelecimento sem pagar as comandas de consumo. Soma-se a isso o fato de que só havia uma porta para as 1500 pessoas presentes na noite dos fatos saírem.

O incêndio provocou 242 vítimas fatais, sendo a maioria estudantes universitários: 235 delas morreram no dia do incêndio em razão de queimaduras e asfixias, estas causadas pela fumaça de cianeto, substância que, quando inalada, causa privação de oxigênio para as células do corpo e, assim, ocasiona parada cardiorrespiratória. As outras 13 pessoas faleceram sete meses após atendimento hospitalar. Além disso, mais de 600 pessoas ficaram feridas⁶³.

Logo em seguida, foi instaurado um inquérito policial a fim de apurar os responsáveis pela tragédia. Após o seu encerramento, a denúncia foi apresentada no dia 03/04/2013 em face de 8 réus. A peça acusatória denunciou Kiko, Mauro, Luciano e Marcelo pela prática de 241 homicídios dolosos qualificados por meio torpe e motivo fútil (art. 121, parágrafo 2º, incisos I e III, do Código Penal) e de no mínimo 636 tentativas de homicídios dolosos qualificados por meio torpe e motivo fútil (art. 121, parágrafo 2º, incisos I e III do Código Penal, na forma do art. 14, inciso II, do mesmo estatuto repressivo), em concurso formal e de pessoas (art. 70, primeira parte, e art. 29, do Código Penal, respectivamente)⁶⁴. Importante pontuar que o Ministério Público vislumbrou a ocorrência de dolo eventual nas condutas deles, por isso os denunciou por homicídios dolosos. Ademais, o órgão afirmou que os homicídios tentados não foram consumados por “circunstâncias alheias aos atos voluntários

⁶³ WIKIPÉDIA. Incêndio Boate Kiss, 2013. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Inc%C3%AAndio_na_boate_Kiss>. Acesso em: 29/05/2022.

⁶⁴ SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação Penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Juiz: Ulysses Louzada. Data: 02 de abril de 2013. p. 13. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 21/10/2023.

que praticaram”⁶⁵, já que algumas vítimas conseguiram sobreviver por conseguirem sair do local, terem sido retiradas mediante ajuda ou por terem recebido tratamento médico.

A respeito da narrativa construída pelo órgão acusatório, este descreveu que a Boate era um espécie de “labirinto”⁶⁶, porque só tinha uma porta, não possuía saída e nem sinalização de emergência adequadas e as paredes e grades orientadoras de fluxo formavam “bretes” que impossibilitaram a evacuação dos indivíduos⁶⁷. As vítimas, então, não conseguiram sair do estabelecimento a tempo e acabaram falecendo devido às “péssimas condições de segurança e evacuação do local”⁶⁸.

No que tange às condutas dos réus, o Ministério Público defendeu que os quatro concorreram para o uso do artefato pirotécnico que originou o fogo e a emissão de gases tóxicos ao entrar em contato com a espuma do teto. Em relação a Kiko e Mauro, especificamente, também concorreram para o delito ao i) implementar uma espuma extremamente inflamável no teto e nas paredes, sem indicação técnica de uso; ii) contratar uma banda que eles sabiam que usava artefatos pirotécnicos em seus shows; iii) superlotar o estabelecimento; iv) não garantir as condições de segurança necessárias e v) ordenar que os seguranças não deixassem os indivíduos saírem sem pagar a conta. Em relação a Luciano e Marcelo, eles i) conheciam a Boate, pois já haviam tocado anteriormente no local e, mesmo assim, compraram e acionaram o artefato pirotécnico sabendo que ele era destinado apenas a ambientes externos; ii) direcionaram o objeto aceso ao teto dando início ao fogo e iii) não alertaram o público sobre o incêndio, sendo que poderiam tê-lo feito já que tinham fácil acesso ao sistema de som.

Sobre o dolo eventual, o *parquet* argumentou que o cenário de ausência de medidas de segurança da Boate, somado ao emprego de artefato pirotécnico destinado a áreas externas, torna o resultado (morte dos presentes na boate) previsível. Diante dessas circunstâncias, não seria possível dizer que os acusados tinham confiança na ausência ou evitação do resultado, o que afastaria a culpa (consciente ou inconsciente) das condutas⁶⁹.

Assim, os acusados teriam agido com dolo eventual, assumindo o risco de matar os presentes no local, atuando com “total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas”⁷⁰, pois mesmo prevendo o resultado, não tinham como controlar o risco criado pelas seguintes condições da cadeia causal letal:

⁶⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 4 e 5.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 6.

- a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o local, pois se destinava a uso externo (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5836 a 5840);
- b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, além de conter madeira e cortinas de tecido (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5819), a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama (laudo pericial nº 15209/2013, fls. 5685 a 5692 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 nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5910 e 5916);
- 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 nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5914);
- e) a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5911 e 5912);
- 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 nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5896, 5897 e 5901);
- 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 prédio⁷¹

A respeito das qualificadoras, os réus teriam praticado o crime mediante meio cruel por causa da asfixia e do uso de fogo. Também teriam agido por ganância, o que configura motivo torpe, porque i) os sócios não investiram na segurança do estabelecimento e lucraram com a superlotação e ii) os integrantes da banda compraram o fogo de artifício contra indicado para a finalidade por ser muito mais barato do que o permitido de ser acionado em lugares fechados⁷².

A denúncia foi aceita em 03/04/2013. Em memoriais, a defesa de Elissandro requereu o reconhecimento de diversas nulidades processuais, sendo algumas delas: i) a incompetência

⁷¹ *Ibidem*, p. 6.

⁷² *Ibidem*, p. 8.

do juízo de Santa Maria para julgar o feito; ii) a inépcia da denúncia; iii) nem todas as vítimas e testemunhas apontadas ou arroladas pela defesa foram ouvidas; iv) impossibilidade da Associação dos Familiares e Vítimas Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) atuar como assistente de acusação por ser pessoa jurídica e v) cercamentos de defesa por diferentes razões. No mérito, sustentou que não há caracterização de dolo eventual no caso concreto, o que afastaria também as qualificadoras dos homicídios apontadas na denúncia. Requereu, assim, a absolvição, impronúncia ou desclassificação da conduta imputada a ele e a absolvição ou impronúncia por dolo eventual e a tentativa serem incompatíveis. Por fim, requereu a aplicação do art. 417 do Código de Processo Penal⁷³, o qual prevê o juiz, após a sentença, deve remeter os autos ao Ministério Público por 15 dias se houver indícios de participação de outras pessoas no crime⁷⁴.

A defesa de Mauro, por sua vez, argumentou que ele era apenas sócio investidor do estabelecimento. O acusado não tinha poder de mando e, por isso, não deveria ser responsabilizado pelas irregularidades da Boate ocasionadas por reformas, as quais inclusive foram feitas antes de seu ingresso na sociedade. Afirma, assim, que ele não participou da colocação da espuma no teto e nas paredes, dos guarda-corpos e das escolhas da banda “Gurizada Fandanguera” para tocar na noite dos fatos, sendo que há provas de que ele sabia ou concordava com a utilização de fogos de artifício nas apresentações e nem sobre a superlotação da boate. Ainda, também rejeita a tese do dolo eventual apresentada na denúncia e aponta a incompatibilidade do instituto com a forma tentada de delitos. Finalmente, como pedido principal, requereu a improcedência da denúncia e a sua absolvição sumária por não estar comprovado que ele era autor dos fatos (Art. 415, inciso II, do Código Penal). Como pedido alternativo, requereu a impronúncia pela ausência de indícios de autoria e, subsidiariamente, a desclassificação dos fatos por ausência de *animus necandi* e em caso de pronúncia, a exclusão de todas as qualificadoras⁷⁵ (p. 25-26)

A defesa de Luciano, em seguida, alegou que ele era apenas o *roadie* da banda “Gurizada Fandanguera” e não o produtor musical dela. Em outras palavras, ele era mero

⁷³ Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

⁷⁴ SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Juiz: Ulysses Louzada. Santa Maria. Data de julgamento: 27 de julho de 2016. p. 26 Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arquivos/boate_kiss/sentencapronunciajuri.odt>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 25 e 26.

prestador de serviço sem poder ou autonomia para atuar, somente cumpria as ordens que recebia. Assim, ele não tinha qualquer consciência sobre a possibilidade de produção do resultado, não estando presente nos autos nenhuma prova nesse sentido. Por isso, requereu a sua impronúncia ou absolvição⁷⁶.

Enfim, a defesa de Marcelo disse que ele confiou em Luciano quando este garantiu que o fogo de artifício utilizado era seguro, assim como acreditou que a Boate Kiss era livre de riscos. O vocalista também argumentou que não sabia as propriedades do material pirotécnico, nem sequer tinha consciência de que existe diferença entre “fogo quente e fogo frio” (p. 25) e que o teto e as paredes do estabelecimento eram revestidos de espuma. Assim como Mauro, não reconhece a presença de dolo eventual por ausência de *animus necandi*, não tendo assumido risco de matar ou ferir os presentes no estabelecimento. Inclusive, pontua que ele mesmo tentou apagar as chamas com um extintor. Acrescentou que nunca foi advertido sobre uso de artefatos pirotécnicos por nenhum órgão ou pessoa, sendo que nem sabia a existência de lei que proibisse a utilização. Pelo exposto, requereu a absolvição por erro de proibição (art. 21 do Código de Processo Penal) ou, subsidiariamente, a desclassificação dos fatos por erro de tipo conduzido por terceiro (art. 20, parágrafo 1º e 2º do Código Penal) ou a impronúncia. Também pleiteou o afastamento das qualificadoras.

Em 27/07/2016, o Juiz de Direito Ulysses Louzada pronunciou todos os réus, encaminhando o feito para o julgamento perante o Tribunal do Júri. Em sua decisão monocrática, o magistrado afastou todas as preliminares arguidas por Elissandro. No mérito, fez um apanhado teórico e doutrinário sobre os conceitos de dolo eventual e culpa consciente, citando o entendimento de autores como Claus Roxin, Jakobs, Cezar Bitencourt. A diferença dos dois conceitos está no fato de que no segundo, o autor não quer o resultado, confiando que ele não irá ocorrer, mas caso ocorra, conseguirá evitá-lo⁷⁷.

Além disso, discorreu sobre a história do Tribunal do Júri nos ordenamentos inglês e francês até chegar na previsão do instituto pelo direito brasileiro. Destacou o seu procedimento especial, descrito nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal, explicitando que no Juízo de Acusação, fase na qual se encontrava o feito, se resolvem questões referentes à admissibilidade da acusação, sendo que se há indícios da existência provável ou possível de crime de competência do Tribunal do Júri, deve-se pronunciar os réus⁷⁸. Em outras palavras, a competência do Juiz Singular na fase de pronúncia é apenas

⁷⁶ *Ibidem*, p. 24 e 25.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 64.

identificar se há indícios de materialidade e autoria do crime capazes de ensejar o encaminhamento do feito para julgamento no plenário. Apenas se desclassifica os fatos quando há nenhuma dúvida sobre a ausência de dolo⁷⁹.

Diante disso, o magistrado analisou a materialidade do fato no caso concreto da Boate Kiss. Para ele, ela restou comprovada com base nas notícias das mortes dos jovens, nos exames de corpo e delito, boletins de ocorrência, autos de necropsia e nos depoimentos dos médicos legistas sobre a toxicidade da fumaça inalada pelas vítimas.

Em sua opinião, também há indícios suficientes de autoria. Afirmou que os documentos sobre as reformas na Boate autorizadas pelos sócios, depoimentos dos funcionários sobre a atuação deles no estabelecimento, depoimentos de outros sobre a atuação de Marcelo e Luciano na banda e o uso de artefatos pirotécnicos frequentemente em seus shows e os interrogatórios e provas apresentadas pela defesa, trazem diferentes versões sobre os fatos. Com base no *in dubio pro societate*, que impera na fase de pronúncia, o juiz singular não pode optar por um lado ou outro, deve pronunciar e deixar que o Conselho de Sentença decida, tendo em vista a sua competência para isso⁸⁰.

Sobre as qualificadoras, também defendeu que elas somente podem ser afastadas quando forem manifestamente improcedentes⁸¹. No caso concreto, é possível que os agentes tenham agido por motivo torpe e meio cruel, razão pela qual elas devem ser admitidas.

Contra a sentença de pronúncia dos quatro réus, as defesas técnicas de todos eles interpuseram Recurso em Sentido Estrito (nº 0384117-79.2016.8.21.7000) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (objeto de análise da presente monografia) a fim de reformá-la.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, juízo competente para analisar o Recurso em Sentido Estrito. Em 22/03/2017, todos os desembargadores rejeitaram as preliminares e por maioria deram parcial provimento ao pleito para manter a pronúncia, porém afastar as qualificadoras. O relator vencido fundamentou seu voto no sentido de acatar os pedidos de desclassificação dos fatos para crimes diversos em razão das condutas evidenciarem um agir culposos e não doloso⁸². Em contrapartida, os outros dois magistrados, entenderam que a materialidade e autoria dos fatos é provável e há indícios de dolo, portanto, o julgamento deve ser remetido ao plenário.

Tratando-se de decisão não unânime desfavorável aos réus (nos termos do art. 609 do Código de Processo Penal), eles interpuseram embargos infringentes (nº

⁷⁹ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 102-141.

⁸¹ *Ibidem*, p. 145.

⁸² RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 116.

0276157-30.2017.8.21.7000) para reanálise do mérito. O 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, composto por 8 desembargadores, sendo que 3 deles participaram do julgamento anterior, examinou a causa. Quatro magistrados entenderam pela pronúncia e afastamento das qualificadoras e quatro entenderam pela desclassificação dos fatos. Por causa dos art. 615, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal⁸³, o qual diz que em casos empatados a decisão que deve prevalecer é aquela que é mais favorável ao réu, o segundo entendimento prevaleceu, sendo assim, o processo encaminhado a uma Vara Comum e não ao Júri⁸⁴.

Contra esta decisão, o Ministério Público interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, inciso III, “a”, da Constituição Federal, alegando que a sentença proferida pelo 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul contrariou os arts. 74, parágrafo 1º, e art. 615, parágrafo 1º, parte final, do Código de Processo Penal; não respeitou a vigência do art. 18, I, e art. 121, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal e do art. 41, parágrafo 1º, e art. 413 do Código de Processo Penal.

Em decisão monocrática, o desembargador se ateve a analisar i) se há indícios de dolo eventual nas condutas dos acusados; ii) se crime tentado e dolo eventual são compatíveis; iii) se as qualificadoras devem ser mantidas ou afastadas; e iv) se por ser Juízo de Acusação não incide *in dubio pro reo* no caso de empate em julgamento (como ocorreu nos embargos infringentes).

Em 18/06/2019, conclui pela reforma da decisão anterior a fim de encaminhar o processo ao Tribunal do Júri afastando, entretanto, as qualificadoras. Entende que há indícios de dolo eventual e que isso basta para pronúncia, mas diferentemente dos juízes antecessores, não apoia a tese do *in dubio pro societate* na fase de acusação em caso de dúvida. Sobre o (iv), constatou que a maioria dos juízes que analisaram a causa entenderam que há indícios de dolo eventual nas condutas dos agentes.

Com o encaminhamento do feito ao plenário, os réus solicitaram o desaforamento do julgamento para Porto Alegre, o qual foi concedido. Após o sorteio, o processo foi distribuído ao 2º Juizado da 1ª Vara do Júri do Foro Central da Capital e a data de julgamento definida para 01/12/2021⁸⁵.

⁸³ 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.

⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*

⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Caso Boate Kiss, c2023. Linha do tempo. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/linha-do-tempo/#:~:text=05%2F04%3A%20Definida%20a%20data,plata%20e%20sorteio%20de%20jurados> . Acesso em: 22/10/2023.

O Júri ocorreu, mas foi extremamente longo já que perdurou até o dia 10 do mesmo mês. Ele contou com os depoimentos de diversas testemunhas e de todos os réus, além de perguntas do magistrado Orlando Faccini Neto, da defesa e acusação e da apresentação de provas aos jurados. Os quesitos formulados foram sobre a materialidade do fato (existência de dolo ou não); autoria e participação; absolvição ou não dos acusados; se existiria causa de diminuição da pena; se existiria qualificadora ou causa de aumento de pena alegada pela acusação.

No final, o Conselho de Sentença decidiu pela condenação dos réus. A pena de Elissandro foi fixada em 22 anos e 6 meses de reclusão; a de Mauro em 19 anos e 06 meses de reclusão e a de Marcelo e Luciano em 18 anos de reclusão cada um.

Os réus, posteriormente, apelaram contra a decisão condenatória requerendo a nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri. Uma série de nulidades cometidas após a pronúncia foram elencadas, sendo que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento para as que diziam respeito a: i) irregularidade na escolha e sorteio dos jurados; ii) realização de reunião entre jurados e juiz durante uma das sessões de julgamento, sem presença da acusação e defesa; iii) irregularidades na formulação dos quesitos e iv) inovação da tese acusatória⁸⁶.

Em 03/08/2022, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou a nulidade do julgamento no Júri e determinou a expedição dos alvarás de soltura para todos os condenados.

Concluindo, contra esta decisão, o Ministério Público interpôs Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça. Em 05/09/2023, o Relator do caso defendeu a reversão da anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, argumentando que algumas nulidades alegadas já teriam precluído, enquanto em outras as defesas técnicas não teriam demonstrado o prejuízo sofrido. Entretanto, a maioria sustentou o entendimento pelo reconhecimento das nulidades, mantendo a decisão proferida pelo juízo de 2ª instância⁸⁷.

Importante destacar que tal acórdão não impacta as decisões proferidas na fase do Juízo de Acusação do processo, na qual se encontram os objetos da presente pesquisa, tendo em vista que as nulidades arguidas dizem respeito ao momento posterior de julgamento dos réus no Tribunal do Júri.

⁸⁶ STJ mantém anulação do Júri da Boate Kiss. Migalhas, 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/393076/stj-mantem-anulacao-do-juri-da-boate-kiss>> . Acesso em 22/10/2023.

⁸⁷ *Ibidem*.

Por fim, a ultima atualização que se tem do caso⁸⁸ é que o novo Júri da “Boate Kiss” terá início em 26/02/2024, conforme decidido pelo Juízo da 1ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre em 21/09/2023⁸⁹.

4. ANÁLISE ARGUMENTATIVA DOS ACÓRDÃOS

a. Considerações iniciais

Este capítulo tem como objetivo analisar os argumentos proferidos no mérito por cada desembargador no julgamento do Recurso em Sentido Estrito e dos Embargos Infringentes, analisados pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, respectivamente, a fim de entender a razão pela qual alguns votaram pela pronúncia dos réus e outros pela desclassificação dos fatos.

Para isso, será apresentada a composição da 1ª Câmara Criminal e do 1º Grupo Criminal; a decisão de cada desembargador e os argumentos utilizados por cada um deles de maneira comparativa, a fim de evidenciar fundamentações semelhantes e diferentes e eventuais diálogos argumentativos entre os magistrados.

Como foi descrito no Capítulo 5 da presente monografia, após a sentença em primeiro grau que pronunciou os acusados, as defesas técnicas dos réus interpuseram Recurso em Sentido Estrito visando reverter a decisão. O réu Marcelo apresentou todos os argumentos já proferidos nos memoriais, requerendo os mesmos pedidos, isto é, a absolvição sumária e, subsidiariamente, a desclassificação dos fatos ou a impronúncia e, por fim, se fosse mantida a pronúncia, o afastamento das qualificadoras⁹⁰. Mauro, por sua vez, reforçou a ausência de indícios de sua autoria, requerendo o mesmo que Marcelo⁹¹. Em seguida, nas preliminares Kiko voltou a pedir a nulidade do processo em razão das seguintes situações:

por inépcia da denúncia, por cerceamento de defesa, por nulidade da decisão de pronúncia, por indevida admissão de pessoa jurídica como assistente de acusação, por inobservância das regras aplicáveis às cartas precatórias, por incompatibilidade das acusações de tentativa de homicídio, por inépcia da narrativa da denúncia acerca do dolo eventual. (p. 19)

⁸⁸ Até 29/09/2023.

⁸⁹ MATGE, Pâmela Rubin. Caso Kiss: novo julgamento é marcado para 26 de fevereiro em Porto Alegre. G1, 21/09/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/09/21/caso-kiss-novo-julgamento-e-marcado-para-26-de-fevereiro-em-porto-alegre.ghtml>. Acesso em: 22/20/2023.

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 19.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 19.

Além disso, requereu o reconhecimento da tese da impossibilidade entre dolo eventual e crime tentado e o afastamento das qualificadoras⁹². Luciano, por último, pleiteou a nulidade da pronúncia também alegando que o juízo não apreciou todas as teses da defesa na decisão. Ademais, assim como Marcelo e Mauro, afirmou que não há indícios de sua autoria na prática dos delitos por ser mero *roadie* da banda. Por causa de tudo isso, requereu a impronúncia, a desclassificação dos fatos ou o afastamento das qualificadoras⁹³.

Em face dos pedidos, os desembargadores da 1ª Câmara e do 1º Grupo tiveram que analisar: i) as preliminares; ii) se a pronúncia deveria ser mantida ou não, no mérito; iii) se fosse mantida, se as qualificadoras imputadas aos réus deveriam ser afastadas ou não e iv) se dolo eventual e crime tentado são compatíveis.

Destaca-se que, como já explicitado no Capítulo 2, em razão do intuito da pesquisa ser a análise dos argumentos proferidos para sustentar o entendimento pela pronúncia ou pela desclassificação dos fatos, as discussões sobre as preliminares, qualificadoras e compatibilidade dos institutos não foram examinadas. Estes debates se encontram fora do objeto de pesquisa.

b. Esquematização dos principais elementos dos julgamentos

No momento do julgamento do Recurso em Sentido Estrito, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul era composta por três desembargadores: o relator Manuel José Martinez Lucas, o redator Jayme Weingartner Neto e o presidente Sylvio Baptista Neto. O primeiro iniciou a sessão proferindo um entendimento favorável à desclassificação dos fatos. Em seguida, o segundo abriu divergência votou favorável à pronúncia, no sentido de manter a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Por fim, Jayme Weingartner foi acompanhado integralmente pelo terceiro magistrado. Abaixo, estão as informações esquematizadas:

Recurso em Sentido Estrito nº 0384117-79.2016.8.21.7000	
Desclassificação dos fatos	Pronúncia
Manuel José Martinez Lucas (Relator)	Jayme Weingartner Neto (Redator)

⁹² RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p 19.

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p 19.

	Sylvio Baptista Neto (Presidente)
--	-----------------------------------

Com a falta de unanimidade, os réus interpuseram os Embargos Infringentes para reapreciação do mérito, com base no art. 609 do Código de Processo Penal. O 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça, na ocasião, era composto por oito desembargadores, incluindo os três magistrados da 1ª Câmara que votaram novamente neste julgamento. Eram eles: os relator Victor Luiz Barcellos Lima; Manuel José Martinez Lucas; Honório Gonçalves; Luiz Mello Guimarães; a revisora Rosaura Marques Borba; Jayme Weingartner Neto; o presidente Sylvio Baptista Neto e José Antônio Cidade Pitrez. Os quatro primeiros votaram pela desclassificação dos fatos para crimes diversos daqueles de competência do Tribunal do Júri; a revisora votou pela pronúncia de Kiko, Mauro, Marcelo e Luciano e os três últimos, nas preliminares, rejeitaram os Embargos, votando, assim, pela manutenção da decisão de pronúncia indiretamente. De maneira esquematizada, o resultado do julgamento foi o seguinte:

Embargos Infringentes nº 0276157-30.2017.8.21.7000	
Desclassificação dos fatos	Pronúncia
Victor Luiz Barcellos Lima (relator)	Rosaura Marques Borba (revisora)
Manuel José Martinez Lucas	Jayme Weingartner Neto*
Honório Gonçalves	Sylvio Baptista Neto (presidente)*
Luiz Mello Guimarães	José Antônio Cidade Pitrez*

*Os desembargadores Jayme Weingartner, Sylvio Baptista Neto e José Antônio Cidade Pitrez rejeitaram os embargos mantendo, assim, a decisão anterior de pronunciar os réus.

Destaca-se que os entendimentos proferidos pelos desembargadores Manuel Martinez, Jayme Weingartner e Sylvio Baptista no Recurso em Sentido Estrito se mantiveram nos Embargos Infringentes, inclusive com a mesma argumentação.

Levando em consideração, então, que i) os julgamentos versavam sobre a mesma matéria; ii) ambos foram analisados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo que todos os desembargadores que participaram do exame do Recurso em Sentido Estrito também participam do julgamento dos Embargos; iii) houve menção explícita e constante de

votos proferidos no Recurso durante a análise dos Embargos; é possível analisá-los como fossem um julgamento só, a fim de facilitar o entendimento e a esquematização do caso.

c. Esquematização das “classes argumentativas” e “teses” utilizadas

Como mencionado no Capítulo de Metodologia, todos os argumentos a favor da pronúncia e contra estão dentro de alguma das duas classes: 1. Argumentos de competência e 2. Argumentos de dogmática penal aplicada no caso concreto.

A primeira “classe argumentativa” é um grupo de argumentos de competência, no qual os desembargadores discorreram sobre quais matérias o Juízo de Acusação e o Tribunal do Júri podem ou não examinar. Já a segunda “classe” contém argumentos de dogmática penal aplicada no caso concreto, isto é, o uso das teorias do dolo e da culpa pelos magistrados como base para analisar as condutas dos réus e fundamentar o porquê creem que elas evidenciam ou não indícios de dolo eventual.

As “teses”, ou argumentos principais, utilizadas pelos desembargadores se diferenciam entre as que sustentam a pronúncia dos acusados e as que sustentam a desclassificação dos fatos. As “teses” da pronúncia são as respostas da seguinte pergunta: “Por que os acusados devem ser pronunciados?”. Tal questionamento foi feito em todos os votos a favor da pronúncia. As respostas unânimes de todos os magistrados foram: i) “porque não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los” e ii) “porque há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual”.

Assim, de maneira esquematizada, a tabela abaixo apresenta na primeira coluna vertical o nome de todos os magistrados que votaram pela pronúncia; na primeira coluna horizontal as “classes argumentativas” e; na segunda coluna horizontal as “teses” que apareceram nesses votos. Nota-se que as “teses” estão localizadas abaixo das respectivas “classes argumentativas” e que o “X” marca quais desembargadores a utilizaram:

Pronúncia		
	CA 1: Argumentos de competência	CA 2: Argumentos de dogmática penal aplicada ao caso concreto
	TP 1: Não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los	TP 2: Há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual

Jayme Weingartner Neto	x	x
Rosaura Marques Borba	x	x
Sylvio Baptista Neto	x	x
José Antônio Cidade Pitrez	x	x

Legenda:

CA = classe argumentativa

TP = tese da pronúncia

Observa-se que todos os desembargadores usaram todas as duas “teses” para fundamentar seus pareceres. No entanto, a sub-argumentação proferida em cada uma delas, varia de magistrado para magistrado, sendo que o raciocínio de cada um será explicado nos subcapítulos a seguir.

A respeito do entendimento a favor da desclassificação dos fatos, quatro “teses” foram utilizadas pelos desembargadores para sustentar esta opinião. Assim como no caso dos que entenderam pela pronúncia, as classes argumentativas aqui vislumbradas são respostas de um questionamento feito durante a leitura de todos os votos, que deriva da pergunta de pesquisa desta monografia. A pergunta é: “Por que os fatos devem ser desclassificados para outros crimes que não são de competência do Tribunal do Júri?”. Por sua vez, as respostas foram: i) “porque é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”; ii) “porque os réus não agiram com culpa (lato sensu)” e iii) “porque os réus agiram com culpa inconsciente”.

A tabela a seguir apresenta essas informações da mesma maneira que a anterior: desembargadores na primeira coluna da vertical; “classes argumentativas” na primeira coluna horizontal e “teses” na segunda coluna horizontal abaixo de suas respectivas “classes”. O “X” também foi utilizado para assinalar quais argumentos principais foram proferidas pelos magistrados em seus votos:

Desclassificação dos fatos		
	CA 1: Argumentos de competência	CA 2: Argumentos de dogmática penal aplicada ao caso concreto

	TD1: É necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los	TD2: Os réus agiram com culpa (lato sensu)	TD2': Os réus agiram com culpa inconsciente
Manuel José Martinez Lucas	x	x	
Victor Luiz Barcellos Lima	x	x	
Honório Gonçalves	x		x
Luiz Mello Guimarães	x	x	

Legenda:

CA = classe argumentativa

TD = tese da desclassificação

Observa-se que a CAD 2 contém duas “teses” que se assemelham entre si. Três dos quatro desembargadores afirmaram que os réus não agiram com dolo eventual, mas sim culpa sem especificar se seria a consciente ou a inconsciente. Já Honório Gonçalves, asseverou que os réus agiram com culpa inconsciente.

Todas essas “teses” serão melhor detalhadas a seguir de maneira comparativa, por meio da classificação em “sub-argumentos”. As “teses” de uma mesma classe foram contrastadas entre elas com a finalidade de observar as diferenças de fundamentação e o diálogo que há entre os votos dos desembargadores que possuem entendimentos distintos.

É necessário pontuar que existem duas linhas argumentativas principais nos julgamentos que se contrapõem com clareza: a do Des. Manuel Martinez a favor da desclassificação e a do Des. Jayme Weingartner a favor da pronúncia, ambas proferidas no julgamento do Recurso em Sentido Estrito. Os votos dos dois dialogam entre si, sendo que o segundo magistrado, que votou após o primeiro, rebate alguns argumentos utilizados pelo colega explicitamente em vários momentos durante a sua fundamentação.

Assim, cada um deles desenvolve uma linha argumentativa que vai ser citada, seguida e incrementada pelo restante dos desembargadores tanto no julgamento do Recurso em Sentido Estrito quanto nos Embargos Infringentes. Por isso, na análise das “teses”, a fundamentação deles será sempre exposta primeiro e contrastada com mais clareza.

d. Classe argumentativa 1: Argumentos de competência

Na análise dessa “classe argumentativa”, serão comparadas as TD1 e TP1, isto é, a tese de que “é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar”, utilizada pelos desembargadores Jayme Weingartner, Rosaura Marques, Sylvio Baptista e José Antônio Pitrez, com a tese de que “não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”, utilizada por Manuel Martinez, Victor Lima, Honório Gonçalves e Luiz Mello.

Nesta “classe”, os desembargadores discorreram sobre a competência constitucional reservada ao Tribunal do Júri e ao Juízo de Acusação, procurando delimitar que matérias poderiam ser analisadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na fase de pronúncia. A questão que apareceu nesta discussão foi se este juízo deveria ou não proferir decisão a respeito do elemento subjetivo do tipo penal em análise. Em outras palavras, o questionamento era: este Tribunal deve analisar e decidir se os acusados agiram com dolo eventual ou culpa no caso da “Boate Kiss”?

Para além disso, é importante compreender, a partir das respostas a essa pergunta, quais são os impactos na formação dos entendimentos proferidos pelos magistrados a favor ou contra a pronúncia.

i. Tese da desclassificação 1: “É necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”

Para defender esta “tese” de que “é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar”, alguns sub-argumentos foram apresentados pelos desembargadores. A tabela a seguir os esquematiza na primeira coluna horizontal e os desembargadores na primeira coluna vertical. O “X” aponta quem os utilizou na fundamentação de seus votos:

TD 1: É necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los			
	SA 1: Não cabe aos jurados definirem o que é ou não dolo eventual e culpa	SA2: É competência do Tribunal do Júri julgar apenas os crimes dolosos contra a vida	SA3: <i>In dubio pro societate</i> não pode ser usado para pronunciar em caso de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo
Manuel José Martinez Lucas - RESE	x		
Victor Luiz Barcellos Lima	x	x	x

Manuel José Martinez Lucas - Embargos	x	x	x
Honório Gonçalves da Silva Neto	x	x	
Luiz Mello Guimarães		x	

Legenda:

TD = tese da defesa

SA = sub-argumento

De início, todos os desembargadores a utilizam o SA1 (é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque não cabe aos jurados definirem o que é ou não dolo eventual e culpa) , menos Luiz Mello.

O Des. Manuel Martinez, o primeiro a votar no Recurso em Sentido Estrito, disse que a razão disso se dá pelo fato de que o Tribunal do Júri se limita a analisar questões de fato e não de direito, como as teorias de dogmática penal, já que essas discussões fogem do conhecimento dos jurados leigos. Assim, a análise e classificação do dolo eventual e culpa consciente deve ser feita no momento da pronúncia⁹⁴. Em seu voto nos Embargos Infringentes, reiterou o mesmo posicionamento.

Em complemento, o Des. Honório Gonçalves, no julgamento do 1º Grupo Criminal, pontuou ainda que a competência do Júri não é a de classificar o delito (definir se é doloso ou culposos), mas de desclassificá-lo. Na fase de pronúncia, o juiz entendendo que foi crime doloso contra a vida, deve pronunciar o acusado e encaminhar o processo para o Júri para ser julgado. A partir daí, se os jurados entenderem que a competência não é deles, podem afastá-la por meio da desclassificação própria ou imprópria.

Por fim, o relator dos Embargos, Des. Victor Lima, também proferiu argumentação neste sentido ao afirmar que o Tribunal do Júri tem somente “o poder de afastar o dolo reconhecido pelo Juiz Togado”⁹⁵, porque há uma desconfiança nos jurados por parte do legislador ao impedir “acesso a toda e real verdade dos fatos que são submetidos à sua apreciação [...] quando proíbe que os debatedores façam alusão à sentença de pronúncia, sob pena de nulidade processual”⁹⁶.

No que tange o SA2 (é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque é competência do Tribunal do Júri julgar apenas os crimes dolosos contra a vida), todos os desembargadores o utilizam.

⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 45.

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 32.

⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 32.

O relator Victor Lima discorreu que:

a lei impõe a pronúncia somente e restritivamente nas hipóteses em que estiver comprovada a materialidade do fato e em que haja indícios suficientes de autoria. A prova da existência de um fato, não diz respeito a um fato qualquer, mas um fato que configure crime doloso contra a vida, e isso tem necessariamente de ser examinado pelo Juiz⁹⁷

Diante disso, é obrigatório que o juiz da pronúncia analise a vontade dos agentes, que integra a tipicidade (subjativa) e diz respeito a essência do crime, além de avaliar os elementos que possam identificar que as condutas sejam dolosas. Em suma, para pronunciar, o Juiz deve: i) examinar todos os elementos probatórios relacionados ao possível entendimento de que houve cometimento de crime doloso contra a vida; posteriormente, ii) **declarar que ele é comprovadamente crime doloso contra a vida**, no que tange a existência (materialidade) do delito e iii) no que diz respeito autoria, poderá, se for o caso, pontuar que somente há indícios suficientes que a revelem a autoria.

O Des. Manuel Martinez nos Embargos Infringentes acompanhou o relator. Nota-se que ele não utilizou este sub-argumento do Recurso em Sentido Estrito.

O Des. Honório Gonçalves também o acompanhou e afirma que ausente o dolo nas condutas, o Tribunal do Júri já não é mais competente para julgar a causa, razão pela qual a análise da tipicidade deve ser feita previamente pelo Juízo da Pronúncia.

Por último, o Des. Luiz Mello apenas disse que o Tribunal do Júri é competente somente para julgar crimes dolosos contra a vida e que no caso concreto está cabalmente demonstrada a ausência de dolo (segundo raciocínio proferido em seu voto, que é analisado nos próximos sub-capítulos). Por isso, concluiu que não se deve pronunciar, sendo que isso viola a competência do Júri.

Sobre o SA3 (é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque o *in dubio pro societate* não pode ser usado em caso de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo), ele foi proferido apenas pelos desembargadores Victor Lima e Manuel Martinez, nos Embargos Infringentes. O primeiro defendeu que em caso de dúvida sobre o elemento do tipo, o juiz não pode pronunciar, pois a lei não autoriza o *in dubio pro societate* neste caso. Pelo contrário, ela determina o encaminhamento do processo ao Tribunal do Júri somente e restritivamente nos casos em que estiver comprovada a materialidade do fato e demonstrados os indícios de autoria. O segundo desembargador, por sua vez, acompanha integralmente a fundamentação.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 33.

ii. Tese da pronúncia 1: “Não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los”

Para defender a “tese” de que “não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar”, alguns sub-argumentos foram apresentados pelos desembargadores. Na tabela a seguir, estes estão esquematizados na primeira coluna horizontal, os desembargadores na primeira coluna vertical e o “X” assinala quem utilizou cada fundamentação em seus votos:

TP 1: Não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los				
	SA 1: Basta a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria	SA 2: A competência de decidir sobre o elemento volitivo é do Tribunal do Júri	SA 3: No caso de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo, deve-se pronunciar	SA 4: Apenas se afasta a pronúncia por ausência de dolo quando o crime for incontestavelmente culposos
Des. Jayme Weingartner - RESE	x	x		
Des. Sylvio Baptista - RESE	x	x	x	x
Des. Rosaura Marques	x	x	x	x
Des. Jayme Weingartner - EI	x	x	x	x
Des. Sylvio Baptista - EI	x	x	x	x
Des. José Antônio Pitrez	x	x	x	x

Legenda:

TP = tese da pronúncia

SA = sub-argumento

Todos os desembargadores proferem o SA1 (não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los, basta a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria para isso).

O Des. Jayme Weingartner no Recurso em Sentido Estrito inaugurou essa fundamentação partindo do pressuposto de que o Tribunal do Júri é uma garantia constitucional que se encontra dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo a função de proteger os direitos subjetivos dos indivíduos do Estado e dar diretrizes para os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário a respeito de suas atuações. Assim, ela prevê espaços de atuação e restrição das instituições.

No que diz respeito à atuação do Juiz Togado na fase de pronúncia, a garantia da soberania do Júri prevê limitações a ele. O papel do Juízo de Acusação é apenas verificar a viabilidade acusatória no plano da adequação típica e na prova de materialidade e indícios de autoria⁹⁸. Caso esses indícios sejam suficientes, deve-se pronunciar os réus. No julgamento dos Embargos, o magistrado reafirmou essa posição.

Em complemento a isso, o Des. Sylvio Baptista, também no RESE, explicou que a razão pela qual não é exigida a certeza sobre a materialidade e a autoria do crime para pronunciar ocorre porque a pronúncia é mero juízo de admissibilidade. Assim, a probabilidade desses elementos basta. O magistrado mantém esse entendimento no julgamento dos Embargos, adicionando apenas jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹⁹ para dar suporte à fundamentação.

A Des. Rosaura Marques, por sua vez, fundamentou esse argumento apontando que esse limite de atuação do Juízo de Acusação está previsto no art. 413 do Código de Processo Penal¹⁰⁰.

Por fim, o Des. José Antônio Pitrez acompanhou integralmente os votos do Des. Jayme Weingartner no Recurso em Sentido Estrito e da Des. Rosaura Marques nos Embargos, adicionando uma série de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹ para sustentar o argumento. Pontuou, por fim, que não cabe na fase de pronúncia analisar e valorar profundamente as provas para não influenciar de maneira indevida os jurados.

⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 108.

⁹⁹ Julgados do STJ: AgRg no AREsp 815.615, rel. Néli Cordeiro, 28/03/2016 e AgRg no REsp 1317844, rel. Jorge Mussi, 04/03/2016.

¹⁰⁰ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

¹⁰¹ AgRg no AREsp 1073734/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017; AgRg no AREsp 719.904/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017; HC 97252, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-167 DIVULG 03-09-2009 PUBLIC 04-09-2009 EMENT VOL-02372-03 PP-00520; RHC 116950, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014; RHC 120417, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 25-03-2014 PUBLIC 26-03-2014)

No que concerne ao SA2 (não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque a competência de decidir sobre o elemento volitivo é do Tribunal do Júri), percebe-se que este argumento está intimamente relacionado ao anterior. Enquanto no SA1 os desembargadores discorreram sobre os limites do Juízo de Pronúncia na análise e decisão sobre o elemento subjetivo do tipo, no SA2 eles definiram que o agente competente para isso é o Tribunal do Júri.

Assim, o Des. Jayme Weingartner, o primeiro a se manifestar no Recurso em Sentido Estrito, asseverou que a garantia da soberania do Júri prevê a liberdade de apreciação e fundamentação de matérias fáticas e jurídicas pelos jurados e que é um espaço democrático reservado à sociedade pelo legislador. O Júri, nada mais é que a sociedade em si, sendo que passada a fase de pronúncia, deve decidir “qual vertente probatória há de prevalecer e qual pauta normativa passará a vincular os cidadãos para casos futuros e situações semelhantes”¹⁰². O magistrado discordou em partes do relator Manuel Martinez quando ele disse que o Júri se limita a examinar matérias de fato e não de direito. Para Jayme Weingartner, os jurados não têm conhecimento para determinar se uma teoria do dolo deve ser aceita e ou não. Porém, eles têm a competência jurisdicional para analisar e decidir de forma livre conforme suas próprias valorações com base nas condutas dos acusados se eles assumiram o risco das mortes, sendo essa a pergunta a ser feita no caso específico da Boate Kiss. Weingartner reiterou esse posicionamento no julgamento dos Embargos Infringentes. O Des. Sylvio Baptista nos dois recursos acompanhou o relator integralmente, utilizando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como fundamentação¹⁰³.

A Des. Rosaura Marques, por sua vez, sustentou que o 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não tem competência para decidir se houve dolo ou culpa no caso concreto, pois o juízo de pronúncia não é uma pré-condenação. Nesta fase, o magistrado deve se ater somente a “aferir a existência da prova de materialidade dos indícios de autoria”¹⁰⁴, conforme já defendido por ela no SA1. Quem tem competência para proferir decisão acerca do elemento volitivo é o Tribunal do Júri.

O Des. Honório Gonçalves, por fim, acompanhou integralmente Rosaura Marques e Jayme Weingartner.

¹⁰² RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 108.

¹⁰³ AgRg no REsp 1240226, Quinta Turma, Relator Reynaldo Soares da Fonseca, j. 20.10.2015) (EDcl no REsp 192.049-DF, DJ 29/3/1999; AgRg no REsp 1.008.903-RS, DJe 24/11/2008; HC 118.071-MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005, e AgRg no REsp 1.192.061-MG, DJe 1º/8/2011. REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/9/2012.

¹⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 46.

Com relação ao SA3 (não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque o *in dubio pro societate* impera nesta fase do processo), todos os desembargadores o expressam, com exceção de Jayme Weingartner no julgamento do Recurso em Sentido Estrito. Entretanto, no Embargos, ele incorporou os argumentos de Rosaura Marques e Sylvio Baptista em sua própria fundamentação, passando, assim, a concordar com este sub-argumento.

O Des. Sylvio Baptista, no primeiro recurso, traz como justificativa o fato de que na fase de pronúncia o *in dubio pro societate* deve ser usado nos casos de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo, resultando, assim, na pronúncia dos agentes, diferentemente do que ocorre com o *in dubio pro reo*, em que a dúvida beneficia os acusados.

Rosaura Marques concordou com o colega e salientou que o juiz deve descrever na decisão que existe mais de uma versão dos fatos e deixar o Conselho de Sentença decidir. Referente a isso, o Des. Sylvio Baptista no julgamento dos Embargos, fundamentou essa orientação com jurisprudência pacificada do Superior Tribunal do Júri¹⁰⁵.

Ademais, a desembargadora acredita que este é o caso do processo da “Boate Kiss”, em que se deve manter a pronúncia dos agentes porque não é possível afirmar com certeza se agiram com dolo eventual ou culpa. Entretanto, tal tese será melhor desenvolvida na análise da segunda “classe argumentativa”.

O Des. José Antônio Pitrez, por sua vez, acompanhou integralmente o voto do Des. Jayme Weingartner no Recurso em Sentido Estrito e o da Rosaura Marques nos Embargos.

O SA4 (não é necessária certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los porque a pronúncia apenas é afastada por ausência de dolo quando o crime for incontestavelmente culposos), foi expressado por todos os desembargadores, menos por Jayme Weingartner no Recurso em Sentido Estrito. Contudo, nos Embargos, também acompanhou integralmente Rosaura Marques e Sylvio Baptista, que proferiram tal argumentação, passando, assim, a concordar com ela.

Sylvio Baptista, o primeiro a se manifestar nesse sentido, afirmou que no caso concreto da “Boate Kiss”, a desclassificação dos fatos só pode ocorrer se a intenção de matar estiver completamente afastada das provas apuradas. Para embasar isso, usou precedentes do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶.

¹⁰⁵ AgRg no REsp 1588984, Sexta Turma, Relator Antônio Saldanha Palheiro, DJe 18.11.2016) ; (AgRg no AREsp 222011, Quinta Turma, Relatora Laurita Vaz, DJe 1º.7.2014) ; (HC 238440, Quinta Turma, Relatora Laurita Vaz, DJe 25.9.2013.

¹⁰⁶ Julgados: EDcl no REsp 192.049-DF, DJ 29/3/1999; AgRg no REsp 1.008.903-RS, DJe 24/11/2008; HC 118.071-MT, DJe 1º/2/2011; REsp 912.060-DF, DJe 10/3/2008; HC 44.499-RJ, DJ 26/9/2005, e AgRg no REsp 1.192.061-MG, DJe 1º/8/2011. REsp 1.279.458-MG, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/9/2012.”

A revisora Rosaura Marques entendeu o mesmo, ressaltando que deve estar escancarado que o fato é de ordem culposa, senão deve-se encaminhar o processo para o Tribunal do Júri decidir, sob pena de violar sua competência. Finalmente, o Des. José Antônio Pitrez acompanhou a revisora e Sylvio Baptista.

e. Classe argumentativa 2: Argumentos de dogmática penal aplicada ao caso concreto

Na análise dessa “classe argumentativa”, serão contrastadas as TD2 e TD3 com TP1, isto é, as teses de que “os réus agiram com culpa (lato sensu)” e de que “os réus agiram com culpa inconsciente”, utilizadas pelos desembargadores que entenderam pela desclassificação dos fatos, com a tese de que “há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual”, utilizada pelos magistrados que votaram pela pronúncia.

Nesta “classe”, se encontram as definições dos conceitos de dolo eventual e culpa, a partir de interpretações teóricas-doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, com as quais os desembargadores concordaram e proferiram. Baseado nisso, eles discutiram se as condutas imputadas aos réus no caso Boate Kiss conteriam evidências de dolo eventual ou culpa, e se, assim, o processo deveria ser encaminhado a julgamento perante o Tribunal do Júri ou não.

É essencial compreender como os argumentos proferidos na “Classe argumentativa 1” sobre as competências do Juízo de Acusação e do Júri dão base para os argumentos proferidos nesta “classe”, tendo em vista que cada desembargador definiu até que ponto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul poderia decidir sobre elemento volitivo das condutas em análise.

i. Tese da desclassificação 2 : “Os réus agiram com culpa (lato sensu)”

Para sustentar a “tese” de que “os réus agiram com culpa (lato sensu)”, três sub-argumentos foram desenvolvidos pelos desembargadores. Na tabela a seguir, os sub-argumentos estão esquematizados na primeira coluna horizontal, os desembargadores na primeira coluna vertical e o “X” assinala quem utilizou cada fundamentação em seus votos. Observa-se que o Des. Honório Gonçalves não defende essa “tese”, por isso não consta no quadro abaixo:

TD 2: Os réus agiram com culpa (lato sensu)

	SA1: Não se vislumbra consentimento/ aprovação/ indiferença em relação resultado por parte dos agentes	SA2: Ausência de vislumbre do resultado ou crença de que ele não iria acontecer	SA3: Não há desígnios criminosos por parte dos réus
Manuel José Martinez Lucas - RESE	x	x	
Victor Luiz Barcellos Lima	x	x	x
Manuel José Martinez Lucas - EI	x	x	x
Luiz Mello Guimarães	x		

Legenda:

TD = Tese da desclassificação

SA = Sub-argumento

Em relação ao SA 1 (os réus agiram com culpa porque não se vislumbra consentimento/ aprovação/ indiferença em relação ao resultado por parte dos agentes), todos os três desembargadores o proferiram.

Martinez no Recurso em Sentido Estrito, primeiramente traçou os pressupostos doutrinários que orientam o seu entendimento. Com base na teoria do consentimento, adotada pelo Código Penal de 1940, ele definiu que a culpa consciente ocorre quando não há consentimento do agente e existe a crença de que o resultado não irá acontecer. Já o dolo eventual pressupõe o consentimento do agente com o resultado previsto, tendo como elementos i) a consciência e vontade e ii) o consentimento¹⁰⁷. Asseverou que o dolo eventual não se vislumbra na probabilidade concreta do resultado ocorrer, com base no doutrinador Alberto Silva Franco em “Código Penal e Interpretação Jurisprudencial”¹⁰⁸, mas sim com a manifestação de vontade do agente em relação ao resultado no sentido de tolerá-lo, assumir o risco. Assumir o risco significa consentir previamente com o resultado caso este ocorra, sendo mais do que a mera consciência de correr esse risco¹⁰⁹. Pontua ainda que arriscar-se conscientemente é querer o resultado, mesmo que sem interesse nesse¹¹⁰.

A partir disso, o magistrado afirmou que não se extrai consentimento das condutas dos réus “Boate Kiss” imputadas pelo Ministério Público¹¹¹. Pelo contrário, elas indicam culpa (consciente ou inconsciente) por negligência ou imprudência.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 40.

¹⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 40.

¹⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 41.

¹¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 41.

¹¹¹ As condutas descritas no Capítulo 4 do presente trabalho de conclusão de curso.

O Des. Victor Lima, por sua vez, também apresentou a sua definição de dolo eventual. Para ele, deve-se procurar entender o que significa vontade dos agentes, e assim, dolo, “dentro de uma perspectiva limitadíssima e que sirva apenas e tão-somente à finalidade jurídica ou à vontade da lei, expressa no art. 18, I, CP”¹¹². Procurar entender o dolo dessa maneira leva a um raciocínio pautado na intuição.

Com base nisso, o magistrado entende dolo direto e eventual da seguinte forma: primeiramente, o dolo é um elemento integrante da vontade, no qual o agente atua com “consciência do ilícito e determinação direta ou indireta de atingi-lo”¹¹³. A lei prevê no art. 18, I, CP que crime doloso é aquele em que o indivíduo quer o resultado (dolo direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), sendo que assumir o risco significa que ele estava ciente de que poderia produzir o resultado, sendo indiferente a este.

O Des. Victor Lima sustenta que a legislação equipara o dolo eventual ao direito, citando a parte do voto do Des. Manuel Martinez em que usa os ensinamentos do teórico Nelson Hungria para defender que assumir o risco é mais do que ter consciência, é consentir previamente ao resultado, sendo por isso que o dolo eventual e o dolo direto são equiparados. Partindo desse pressuposto, assumir o risco é igual a querer o resultado, sendo este querer é aquele “que resulta da aprovação do resultado, vez que o agente não abre mão do seu interesse primeiro, ainda que tenha de produzir o resultado previsto em lei”¹¹⁴.

Após a exposição dos pressupostos que orientam o seu entendimento sobre o dolo, o desembargador afirma que com base em um raciocínio intuitivo, não há possibilidade de os réus denunciados no caso da “Boate Kiss” aprovassem as 242 mortes de jovens e as 636 lesões corporais.

No julgamento dos Embargos Infringentes, Martinez manteve a decisão que proferiu no Recurso em Sentido Estrito e acompanhou integralmente o relator Victor Lima.

Finalmente, o Des. Luiz Mello sustentou que não há provas de que os réus eram indiferentes ao resultado. Primeiramente, não concorda com a abrangência dada por alguns colegas ao conceito de dolo no sentido de ser admitido indiscriminadamente quando o agente tem conhecimento do resultado, sem considerar a sua indiferença com o resultado. Isto está equivocado porque a previsão do resultado pelo autor é característica tanto do dolo como da culpa. A diferenciação entre essas duas figuras está no campo do assentimento, isto é, do

¹¹² RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 31.

¹¹³ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 28.

¹¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 31.

querer/aceitar o resultado, de acordo com o art. 18, I, do Código Penal e da teoria do consentimento, também utilizada pelo Des. Manuel Martinez como pressuposto teórico.

Em continuação, explicou que “assumir” significa “aceitar”, “admitir” e “concordar”, fazendo referência ao dispositivo legal supracitado. “Assumir o risco” de produzir o resultado quer dizer que o agente é indiferente a sua ocorrência.

No caso concreto, segundo magistrado, para admitir que os réus da “Boate Kiss” praticaram homicídios dolosos, deve existir algum indício que prove que, com as condutas adotadas pelos agentes, que eles eram indiferentes à hipótese de assassinar ou tentar assassinar cada um que estava na Boate. Pontua que não se pode tentar demonstrar que foram indiferentes à incendiar o estabelecimento, porque eles não estão sendo denunciados pelo crime de incêndio doloso, mas sim, pelo de homicídio qualificado.

Com o que consta na denúncia:

não há como admitir que os réus Mauro e Elissandro, ao usarem espuma inflamável, contratarem o espetáculo, superlotaram a boate etc., tudo visando maior lucro, eram indiferentes a, além de matar centenas de jovens, incendiar todo o seu patrimônio, perdê-lo e ter de indenizar diversas famílias¹¹⁵

Mesmo que fosse adotada a tese de que eles eram extremamente gananciosos e indiferentes a todas aquelas mortes, como a denúncia descreve, essa tese não se sustenta. Isso porque não há como admitir que eles assumiram o risco do prejuízo econômico sofrido se a peça acusatória narra que teoricamente todas as condutas praticadas pelos réus eram no sentido de tentar aumentar o patrimônio deles.

Ainda, a acusação não apresentou indícios de que os réus eram indiferentes a suas próprias mortes, isto é, que tinham tendências suicidas, levando em consideração que estavam dentro do estabelecimento no dia dos fatos. E, por fim, o fato de que os acusados poderiam figurar no processo como vítimas um dos outros ao mesmo tempo indica ainda mais a inviabilidade da tese acusatória.

No que tange o SA2 (os réus agiram com culpa (*lato sensu*) por que não vislumbraram o resultado ou tinham a crença de que ele não iria acontecer) todos os desembargadores menos Luiz Mello o usaram.

Primeiramente, o Des. Manuel Martinez no Recurso em Sentido Estrito, com base na teoria do consentimento, garantiu que existia uma crença por parte dos agentes de que o resultado não iria acontecer ou uma ausência de vislumbre do resultado por dois motivos. O primeiro é que i) apesar da Boate só conter uma saída; ii) dos exaustores estarem obstruídos e

¹¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 68.

do interior do estabelecimento ser revestido de madeira e cortinas de pano em seu interior e;

iii) do treinamento de segurança para os funcionários não ter sido feito, o estabelecimento funcionava regularmente sem qualquer tipo de obstáculo dos órgãos públicos fiscalizados, já que nunca os embargaram ou exigiram cuidados especiais com suas disposições e revestimento. Ademais, o show pirotécnico já tinha sido feito antes com sucesso. Esses dois acontecimentos evidenciam que houve culpa por negligência ou imprudência, segundo o magistrado.

Nos Embargos, Manuel Martinez reiterou a sua decisão e o Des. Victor Lima também o acompanhou no argumento, copiando o raciocínio supramencionado em seu voto.

Finalmente, acerca do SA 3 (os réus agiram com culpa porque não há desígnios criminosos por parte deles), Luiz Mello também não o utilizou.

O Des. Victor Lima, afirma que tanto no dolo direto, quanto no eventual “deve haver vontade maliciosa, imoral, voltada a infringir o ordenamento”¹¹⁶ ou serem atos frutos de desígnios criminosos.

Com base em Rogério Grego e Eugênio Zaffaroni, o magistrado definiu que a ação criminosa é composta por duas fases: i) a interna, em que há o desígnio criminoso, isto é, a vontade de matar no interior da pessoa, e ii) a externa, em que o agente externaliza esse desígnio. No caso concreto da Boate Kiss, não se vislumbra a última, pois na denúncia não há nenhum indício probatório que demonstre a existência desta vontade. Os atos voluntários dos denunciados são escancaradamente atos de imprudência¹¹⁷.

Adicionou que o ato criminoso doloso é composto por cogitação, preparação, início dos atos de execução (*iter criminis*). Assim, não se pode considerar que atos voluntários de natureza culposa sejam atos de execução do crime doloso, o qual exige a demonstração do desígnio, que no caso concreto não está presente¹¹⁸.

Por fim, Martinez no Recurso em Sentido Estrito não proferiu esse argumento, mas no Embargos Infringentes acompanhou o Des. Victor Lima.

ii. Tese de desclassificação 2: “Os réus agiram com culpa inconsciente”

Para sustentar a “tese” de que “os réus agiram com culpa inconsciente, um sub-argumento foi desenvolvido pelo único desembargador que a proferiu. Na tabela a seguir, o sub-argumento se encontra na primeira coluna horizontal, e o nome do desembargador na

¹¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 28.

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 27.

¹¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 28.

primeira coluna vertical, com um “X” assinalando a sua utilização por ele, apenas para registrar a informação de maneira esquematizada para o leitor:

TD 2': Os réus agiram com culpa inconsciente	
	SA 1: Ausência de vislumbre do resultado por parte dos agentes
Honório Gonçalves da Silva Neto	x

Legenda:

TD = Tese da desclassificação

SA = Sub-argumento

A primeira consideração sobre esta “tese”, diz respeito ao fato de que é visível que o Des. Honório Gonçalves é mais específico que seus colegas de entendimento, tendo em vista que decide sobre a espécie do elemento subjetivo do tipo, enquanto os outros apenas mencionam que os agentes agiram com culpa em sentido amplo.

A respeito do SA1, o sub-argumento de que os acusados agiram com culpa inconsciente porque não eles não vislumbraram o resultado, o Des. Honório Gonçalves discorreu que o legislador determinou que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Tanto no dolo eventual, quanto na culpa, o autor prevê o resultado, mas no primeiro ele se desimporta com o resultado e no segundo, acredita que não irá acontecer.

Parte-se do pressuposto que para assumir o risco, o agente tem que ter previsto resultado como possível de ocorrer. No caso concreto da “Boate Kiss”, só poderia-se dizer que os réus cometeram crimes eventualmente dolosos se as condutas deles revelassem que eles representaram o trágico ocorrido¹¹⁹.

Sobre as condutas específicas dos sócios-proprietários Elissandro e Mauro relacionadas a conformação do local, isto é, a colocação da espuma, dos guarda-corpos que em tese teriam dificultado a saída, assim como a existência de somente uma porta, não determinam que os réus representaram o resultado, nem quando somadas com a falta de manutenção dos extintores e a superlotação, que são comum nas casas noturnas mais frequentadas. Todas essas condutas juntas deixa claro que elas produziram o resultado e não que os réus o previram como possível, na verdade, deixa claro que eles não o previram e o deveriam ter previsto, deixando de observar o dever de cuidado, situado na esfera da culpa¹²⁰.

¹¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 65.

¹²⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 65.

Contribui para a tese de que não previram o resultado o fato da Boate ser o sustento de Elissandro e que a sua mulher grávida estava no local na noite dos fatos.

Sobre as condutas de Marcelo e Luciano, isto é, o uso de fogos de artifício em ambiente fechado, também não demonstra que eles tinham representado o resultado trágico como possível. Contribui para a tese de que não previram o resultado o fato dos integrantes da banda terem se colocado em risco com a própria conduta.

Ademais, descreveu a responsabilidade da administração municipal no caso. A “Boate Kiss” possuía licença para operar, “sendo que a regularidade (ou não) de sua concessão situa-se na esfera de responsabilização da administração municipal, a quem foi encaminhado o projeto de reforma que, ao que se depreende, lá tramitava”¹²¹. Também, o Ministério Público deixou de verificar se as alterações realizadas por meio de reforma na boate estavam adequadas, permitindo o funcionamento do estabelecimento de maneira irregular. Deveria ter sido feita a vistoria da adaptação destinada a poluição sonora provocada pelo Ministério Público e o exame do projeto de reforma.

iii. Tese da pronúncia 2: “Há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual”

Para sustentar a tese de que “há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual”, um sub-argumento foi desenvolvido pelos quatro desembargadores que a utilizaram. Na tabela a seguir, o sub-argumento se encontra na primeira coluna horizontal, os nomes dos magistrados na primeira coluna vertical e o “X” assinala a sua utilização por cada um deles:

TP 2: Há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual	
	SA1: Os réus assumiram o risco da possível lesão à vida dos jovens que se encontravam na boate
Des. Jayme Weingartner - RESE	x
Des. Sylvio Baptista - RESE	x
Des. Rosaura Marques	x
Des. Jayme Weingartner - EI	x
Des. Sylvio Baptista - EI	x

¹²¹ RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 65.

Des. José Antônio Pitrez	x
--------------------------	---

TP = Tese da pronúncia

SA = Sub-argumento

Os desembargadores que defenderam que os réus da “Boate Kiss” deveriam ser pronunciados sustentaram que existem indícios suficientes de que eles agiram com dolo eventual, pois os agentes assumiram o risco da possível lesão à vida dos jovens que se encontravam na Boate. Eles utilizaram apenas esse sub-argumento como fundamentação, apesar de existirem algumas diferenças no seu desenvolvimento de magistrado para magistrado.

O Des. Jayme Weingartner foi o primeiro a proferir essa argumentação no julgamento do Recurso em Sentido Estrito, sendo interessante observar que essa parte de seu voto dialoga diretamente com o voto do Des. Manuel Martinez, o qual entendeu que houve culpa no caso concreto.

Diferentemente deste, o redator utiliza como premissa teórica não a teoria do consentimento, mas o entendimento de Claus Roxin. Para este, a diferença material entre dolo eventual e culpa consciente está na decisão pela possível lesão ao bem jurídico¹²². Age com dolo eventual “quem inclui nos seus cálculos a realização de um tipo, reconhecido pelo agente como possível, sem que este fato seja suficiente para dissuadi-lo de seus planos, decidindo-se, assim, conscientemente [...] contra o bem jurídico protegido pelo respectivo tipo”¹²³.

Diante disso os elementos do dolo eventual são: i) a possibilidade de saber ou conhecer que a prática vai lesar o bem jurídico e, mesmo assim, continuar a conduta ou omissão (elemento cognitivo) e ii) a conformidade com a decisão pela possível lesão ao bem jurídico, assumindo assim, o risco. Segundo Roxin, a “confiança vaga” do agente na não produção do resultado não é forte o suficiente para afastar o dolo eventual. Já na culpa consciente o agente decide “praticar ou prosseguir no ato perigoso, diante da razoável expectativa (confiança censurável, entretanto) de que não atuará contra o bem jurídico”¹²⁴.

O Des. Jayme Weingartner não concorda com a teoria do consentimento. Em seu voto defendeu que a interpretação estrita de que para ser dolo eventual o resultado deve alegar ou agradar o agente deve ser afastada, pois: i) quando o autor aprova o resultado, isso já concorre na maioria das vezes com a sua intenção e ii) o emocional do autor (isto é, a

¹²² RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 55.

¹²³ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 59.

¹²⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 59.

aprovação, indiferença ou lamentação do resultado) deve ser importante na fase de medição da pena, mas não influencia no caráter doloso da conduta, levando em consideração que a tipificação dolosa existe para “evitar evitar lesões ‘calculadas’ de bens jurídicos”¹²⁵.

Para Weingartner, Roxin lapida os conceitos de “levar a sério o resultado” e “confiança na não produção de lesão a bem jurídico” por parte do agente como delimitações e não como definições de dolo eventual como muitos autores de outras teorias fazem. Na verdade, esses conceitos são indícios probatórios de sua ocorrência, ou seja, da ocorrência de uma possível lesão ao bem jurídico. Além disso, eles devem ser analisados no caso concreto, por meio de indícios objetivos, para não cair em delimitações rígidas. Por isso, o papel da jurisprudência é mais importante que o da doutrina nestes casos. O magistrado utiliza como exemplo a jurisprudência da Alemanha na década de 1950, que entendia o “levar a sério o resultado” do dolo eventual como sinônimo de “o sujeito deve ter assumido voluntariamente - ainda que por necessidade - o resultado representado como possível”¹²⁶, não sendo sinônimo de desejo.

Após as considerações teóricas, Weingartner analisou as premissas empíricas contidas na denúncia. A partir delas, ele afirmou que seria possível concluir que os agentes agiram com dolo eventual, pois é provável que tenham se conformado com a possível lesão ao bem jurídico (no caso a vida dos jovens que frequentavam a Boate), ou seja, assumido o risco do resultado (assumindo o risco de matá-los). Pontuou que o risco era perceptível e isso não impediu o prosseguimento das condutas perigosas de explorar o estabelecimento e realizar apresentações artísticas arriscadas. Completou que o risco foi reafirmado somando-se às condições prévias, pelo acúmulo de pessoas e pelo manejo de artefato pirotécnico¹²⁷. Por fim, mencionou que não foi encontrada circunstância externalizada que apontasse que os réus tinham confiança plena de que se acontecesse um incêndio ninguém morreria. Com essas afirmações e exigências, parece que o magistrado que faz uma inversão dos princípios do ônus da prova e do *in dubio pro reo*.

Antes de analisar a responsabilidade dos réus no evento, o Des. Jayme Weingartner contextualiza o histórico das irregularidades da “Boate Kiss” e as reformas realizadas por ele na eventual tentativa de saná-las. Em 10/08/2009, um indivíduo acionou as autoridades públicas para tomarem providências sobre suposta poluição sonora produzida pelo estabelecimento. Em 17/08/2009, foi instaurado um inquérito civil pelo Ministério Público

¹²⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 59.

¹²⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 61.

¹²⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 65.

para apurar os fatos. Diante disso, em 20/08/2009, foi solicitada pelo Ministério Público à Companhia Ambiental da Brigada Militar a mediação sonora. O pedido foi complementado e reiterado duas vezes devido à ausência de resposta pela autoridade. Finalmente, em 22/02/2010 o relatório foi feito e remetido ao Ministério Público constatando que o barulho ultrapassava os limites aceitos.

Em 04.05.2010, Alexandre Costa, o então sócio-proprietário da “Boate Kiss” foi ao Ministério Público, se comprometeu a investigar o que poderia ser feito para solucionar o problema e, posteriormente, sugeriu uma série de reformas na acústica que não eram estruturais a ponto de necessitar a aprovação do CREA, da Prefeitura e nem do corpo de bombeiros. As sugestões foram: fechar as janelas com isolamento acústico de lã de rocha; revestir as portas de madeira e metal e espuma isolante construir uma parede interna a 10 cm da parede que fazia divisória com o edifício ao lado¹²⁸.

A partir de 04.08.2011, Elissandro passou a responder em nome da “Boate Kiss” no mesmo inquérito. No dia 06.09.2011, o Ministério Público encaminhou ofícios à Prefeitura de Santa Maria para averiguar as licenças e alvarás da casa noturna. Também, encaminhou ofícios ao corpo de bombeiros com a finalidade de obter informações sobre o alvará de prevenção contra incêndios, o qual foi expedido em 11.08.2011 e era válido até 10.08.2012.

Acerca deste alvará, Alex Camilo, capitão do Corpo de Bombeiros, narrou que houve inspeção na data de sua expedição, a qual constatou que não havia mais nenhuma irregularidade (havia sido solucionadas). Sobre isso, em 08/11/2010, o estabelecimento havia sido notificado para se enquadrar na exigência legal de ter funcionários treinados para usarem equipamentos de combate à incêndios. Esta exigência não foi cumprida pelos proprietários e nem fiscalizada pelo bombeiro posteriormente, porém o alvará foi concedido. Diante dessa situação, Alex prestou declarações falsas às autoridades e foi condenado ao crime de “inserção de declaração falsa” pela Justiça Militar.

Em 11/09/2011 foi constatado pela Prefeitura que a Licença de Operação estava vencida desde 04/03/2011. No dia 09.11.2011, outro relatório do Comando Ambiental constatou novamente que o ruído não atendia às exigências legais. Nesta mesma data, Kiko foi até a Promotoria para receber a minuta do TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) e o assinou em 22/11/2011. Nele constava a exigência de que o local não poderia funcionar até que a execução do projeto de acústica fosse feita.

¹²⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 73-74.

O projeto de obra, apresentado em 19/12/2011, previa a demolição e reinstalação do palco em estrutura de madeira; o revestimento em madeira compensada e placas de lã de vidro do piso e da parede de fundo do palco e do piso do salão de danças; a construção de duas paredes de alvenaria e a abertura de uma porta e; o rebaixamento do forro¹²⁹.

A “Boate Kiss” informou o Ministério Público que a obra já estava concluída em 28/02/2012, porém houve nova informação recebida pela Promotoria de que a poluição sonora continuava. Por conta disso, a autoridade solicitou outra inspeção à Cia. Ambiental em 07/05/2012, reiterando o pedido em 31/07/2012 e 18/01/2013. A Cia. afirmou que já havia sido feita a vistoria e que o resultado viria o mais rápido possível. No dia 27 daquele mês, ocorreu o incêndio.

Após narrar esses fatos, o magistrado pontuou que os erros dos órgãos públicos não retiram a responsabilidade dos réus no caso. Segundo ele, as mortes não foram resultado do desdobramento das lacunas deixadas pelas omissões das autoridades, porque, mesmo se tivessem atuado conforme o direito, a relação entre fogo/espuma que desencadeou o incêndio se manteria, sendo que a sua evitação ultrapassa a proteção das normas violadas pelas autoridades¹³⁰.

Incluiu na argumentação que a situação da Licença de Operação do estabelecimento não é “carta de alforria”¹³¹ e que se alguma das condições previstas nela são desobedecidas, a sua validade é perdida. Por exemplo, ela previa a proibição de “emissões atmosféricas, a queima de resíduos sólidos e líquidos ou qualquer outro material inflamável”¹³², sendo que isso abarca o uso de artefatos pirotécnicos. Além disso, ela pode perder a validade se o local alterar a sua área física sem licença prévia da Secretaria de Proteção Ambiental. Tudo isso, porque tais condições ou restrições são obrigações continuadas que devem ser realizadas pelos responsáveis pelo estabelecimento.

Posto isso, o desembargador passou para a análise das responsabilidades dos réus. Começando como Kiko, o acusado teria, em resumo, responsabilidade pelas reformas irregulares na “Boate Kiss” e por não ter tomado as preocupações exigíveis. Jayme Weingartner comentou que nenhum documento apresentado pela defesa aponta que o réu estava autorizado, sem respaldo técnico, a recobrir o teto de espuma e diante dessa alteração contratar um show que usa dispositivos pirotécnicos. E também não há nenhum que diga permitir uma lotação superior à máxima, tornando o deslocamento dentro do estabelecimento

¹²⁹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 74-75.

¹³⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 75.

¹³¹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 76.

¹³² RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 76.

mais difícil¹³³. Tudo isso, soma-se a instalação dos guarda-corpos e a falta de treinamento dos funcionários.

Além do mais, disse que apesar de não ser exigível que Kiko adivinhasse que a banda Gurizada Fandangueira fazia uso de artefatos pirotécnicos, inadequados ao uso interno, era razoável exigir que ele se certificasse “de todos os componentes do vetor de risco introduzido”¹³⁴ e levasse em consideração a estrutura do palco da Boate, revestido de espuma, antes de contratá-la. Ademais, Kiko tinha consciência de que a capacidade da boate era de 700 pessoas, conforme Estudo de Impacto de Vizinhança apresentado por ele ao Ministério Público, sendo se aumentava o risco se o limite fosse ultrapassado.

Também, Kiko tinha conhecimento da falta de condições de segurança contra o incêndio. Em seu depoimento, ele confirma saber que os suportes dos extintores estavam quebrados, e, portanto, sem os equipamentos. Por sua vez, o funcionário da Previne Extintores, Gianderson, narrou que em todas as manutenções dos extintores que fazia, os aparelhos sempre estavam fora do local destinado como correto. Mencionou que uma vez eles estavam no chão, outra vez teve que procurá-los e achou alguns num canto da boate e outros no chão da cozinha. Soma-se a isso o fato de que o extintor que Marcelo tentou acionar não funcionou (a perícia na época do julgamento do presente Recurso em Sentido Estrito foi inconclusa, assim não se sabe se foi um defeito do aparelho ou se foi imperícia do vocalista).

Kiko poderia estar ciente da soma de fatores de riscos nos quais ele atuou, sendo que a cada evento o risco ia se renovando. Há indícios da consciência do risco de incêndio, porque ele fazia manutenção dos extintores, considerando, assim, que algo poderia acontecer. O desembargador especulou também que a decisão de colocar a espuma no teto poderia ter sido uma tentativa desesperada de melhorar a poluição sonora que era um problema que se arrastava e estava difícil de solucionar.

Finalmente, Jayme Weingartner rebateu o argumento da “tendência suicida” utilizado pelas defesas e desembargadores, como Luiz Mello, que entenderam que os réus estavam na Boate e não teria assumido o risco de matar a si mesmo. Ele disse que quando uma aposta (que pressupõe assumir um risco) é muito tentadora pela raridade do resultado desastroso ocorrer, o autor pode tomar escolhas que o comprometam, pelo fato de acreditar, de maneira infundada, que nada passará. É o caso, por exemplo, da roleta russa. No processo específico da “Boate Kiss”, a aposta seria a utilização da espuma para isolar acusticamente o local.

¹³³ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 76-77.

¹³⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 76.

A respeito do réu Mauro, o Des. Jayme Weingartner afirmou que diferentemente do que a defesa técnica alega, Mauro não era mero sócio investidor, pelo contrário, tinha poder de mando sobre as questões relacionadas à boate. Os indícios probatórios demonstram que ele sabia o que acontecia na Kiss e, por ter domínio dos fatos, assumiu o risco, participando das reformas e assentindo com o modo de operar do estabelecimento em conjunto com Kiko¹³⁵.

Alguns depoimentos sobre o funcionamento da casa noturna e a atuação de Mauro apontam nesta direção. Primeiramente, Vanessa, funcionária da boate, cuja irmã morreu no incêndio, narrou que assim que Mauro entrou na Kiss, designou um funcionário de confiança para acompanhar o cotidiano do estabelecimento. Complementou afirmando que “as coisas começaram a se endireitar quando ele (Mauro) entrou no negócio”¹³⁶ e que Mauro frequentava a Boate constantemente às quintas a noite. Além disso, relatou que recebia ordens dele e que foi o próprio quem escolheu a cor da fachada no estabelecimento¹³⁷.

Angela Callegaro, outra funcionária da Kiss, asseverou que os assuntos e decisões importantes eram discutidos periodicamente entre Kiko e Mauro, já que este também tinha poder de decisão na sociedade, não apenas recebia os lucros¹³⁸. Também, ocorriam conversas periódicas entre eles sobre a Boate, por email ou telefone. Jairo, segurança da Boate, por sua vez, relatou que já viu Mauro e Elissandro juntos reunidos com funcionários do negócio. Nívia, a arquiteta, disse que uma vez, quando apresentou uma proposta de reforma para a “Boate Kiss”, Kiko a respondeu dizendo que precisava apresentá-la a seu sócio primeiro. Apesar disso, a defesa de Elissandro rebateu explicando que isso teria sido apenas uma desculpa, pois não estava interessado no projeto. Miguel Pedroso, engenheiro, já viu Mauro carregando sacos de areia para dentro da casa noturna para auxiliar na obra de adequação acústica¹³⁹. Assim, com base nos depoimentos, Weingartner não acatou a tese defensiva de que foi a aceitação a imputação objetiva de Mauro pelo juízo de primeiro grau, por somente ser sócio investidor, já que ele tinha poder de mando na “Boate Kiss”.

Des. Jayme Weingartner, então, defendeu que Mauro conhecia o risco porque estava preocupado com as reformas do estabelecimento e sabia que a banda usava materiais pirotécnicos. A respeito disso, os depoimentos dos funcionários demonstram que ele tinha preocupações sobre a infraestrutura da Boate. O gerente do estabelecimento, Ricardo, se recordou que Mauro questionou Kiko sobre o aval dos bombeiros em relação às barras de

¹³⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 81.

¹³⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 81.

¹³⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 81.

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 81.

¹³⁹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 82.

proteção dos guarda-corpos, porém como eles não haviam feito vistoria posteriormente, “ninguém reprovou as barras”¹⁴⁰. Matheus, em juízo, disse que os corrimões eram alvo de conversa entre os funcionários, que comentavam que a fiscalização os mandariam retirá-los se os vissem, sendo tudo isso de ciência de ambos os sócios¹⁴¹. Também afirmou que Mauro acreditava que as portas eram muito pequenas. A respeito da pirotecnia, a Banda Gurizada Fandanguera a utilizava recorrentemente, sendo que o integrante Giovanni confirmou que eles já tinham acendido o mesmo fogo na “Boate Kiss” e na Absinto, outra casa noturna que era administrada por Mauro.

Apesar do desembargador entender que há indícios que os sócios agiram com dolo eventual, ele não vislumbrou a ocorrência do item “i” da denúncia¹⁴², imputado Kiko e Mauro. Para ele não parece uma acusação verossímil, primeiramente porque, pelo bom senso, a ordem de que as pessoas devem pagar suas comandas antes de sair do estabelecimento não parece exigir uma ressalva expressa de que isso deve-se ser escusado caso ocorra um incêndio. Segundo, porque os depoimentos prestados não levam a entender isso. O que parece que ocorreu foi que nos momentos iniciais da confusão, ninguém havia entendido que a Boate estava pegando fogo.

A respeito da responsabilidade de Luciano e Marcelo, o magistrado defendeu que somente que os itens “a” e “d”¹⁴³ da denúncia podem ser imputados a eles, sendo que a intuição do senso comum deve ser referência para analisar a conduta desses acusados a fim de entender se eles “assumiram o risco”. Os itens “e” a “j” não, pois, ainda que os réus conhecessem a Boate Kiss em razão de já terem se apresentado nela anteriormente, a inexistência de saídas alternativas e sinalização de emergência inadequada; a presença de uma única saída insuficiente para dar vazão às pessoas; a falta de treinamento dos

¹⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 82.

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 82.

¹⁴² SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação Penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. *Op. cit.* p. 8. “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”.

¹⁴³ SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação Penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. *Op. cit.* p. 8. “a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o local, pois se destinava a uso externo (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5836 a 5840); b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, além de conter madeira e cortinas de tecido (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5819), a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama (laudo pericial nº 15209/2013, fls. 5685 a 5692 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 nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5910 e 5916);

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 nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5914)”.

funcionários e a obstrução dos exaustores¹⁴⁴ não eram evidentes e claras, sendo esses fatores relacionados à gestão interna da boate. Para ele, a única exceção talvez fosse a item “g”, já que os guarda-corpos eram bastante visíveis a partir da entrada.

O desembargador também discordou da acusação do Ministério Público de que Luciano e Marcelo teriam saído da Boate sem alertar o público sobre o incêndio, quando poderiam tê-lo feito já que tinham acesso ao sistema de som do local, o que demonstraria uma indiferença pela vida as vítimas, assumindo, então, o risco de matá-las. Segundo ele, as provas orais e testemunhais apontam para o sentido contrário, inclusive, em um vídeo feito na hora do incidente, o vocalista da banda é gravado tentando apagar o fogo utilizando o extintor. Quando isso não funcionou, pegou o microfone, o levantou como se fosse falar para a casa noturna, mas não o fez, largando o instrumento e saindo¹⁴⁵. Posteriormente, o operador de som Venâncio da Silva Anschau, esclareceu que havia desligado o sistema de som do estabelecimento.

Segundo o Des. Jayme Weingartner, o risco foi assumido com intensidade nos itens "a" e “c”. Provavelmente, o artefato usado foi o “Chuva de Prata 6”, o qual contém em sua descrição explicitamente que somente deve ser acionado em local aberto, a 10 metro de distância de outras coisas: “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”¹⁴⁶

Especificamente sobre a conduta de Luciano nesses eventos, o desembargador alertou que se deveria ponderar se ele era mero *roadie* ou produtor musical, participando das decisões coletivas da banda, como a denúncia aponta. Marcelo afirmou que ele era responsável pela apresentação pirotécnica e que assegurava a segurança dos objetos utilizados. Além disso, Daniel, dono da loja em que Luciano comprou o artefato, disse que este sabia da inadequação do produto para locais fechados, porém os artefatos “*indoor*” eram mais caros. Entretanto, o desembargador pontuou que o depoimento deve ser tomado com cautela por ele ser proprietário da loja e possivelmente fazer vendas irregulares desses produtos.

Sobre os itens “b” e “d” (ambiente visivelmente inapropriado para atividades pirotécnicas e superlotação do estabelecimento), os riscos desses fatores podem ser percebidos pelo senso comum. Qualquer pessoa dentro da Boate poderia ver como o local

¹⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* p. 83.

¹⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 85.

estava lotado (como foi constatado por vídeo e apontado em diversos depoimentos colhidos) e que tal aglomeração dificulta o deslocamento dos indivíduos, tornando-o difícil e perigoso quando praticados determinados comportamentos. Para ilustrar isso, o Desembargador destacou que no dia dos fatos havia 880 pessoas em uma área de 369,98 m².

Também, qualquer adulto com base na experiência de vida poderia ver que materiais sujeitos a combustão se encontravam perto do palco. O Laudo Pericial nº 12.268/2013, do Instituto Geral de Perícias, contém imagens do palco, do revestimento do forro, das cortinas, luminárias, paredes e tubulação de ar condicionado, nas quais se visualiza:

segmentos de espuma de poliuretano de tonalidade cinza escuro, fixadas ao duto de ar condicionado e ao teto (...) No revestimento de espuma do forro e do duto, percebe-se que os segmentos possuíam formatos retangulares, cujas bordas irregulares não permitiam uma perfeita justaposição, deixando espaçamentos (frestas) entre as peças¹⁴⁷.

Ademais, é perceptível pelo senso comum que a Boate parecia um labirinto, sendo perigosa.

Assim, é plausível para Weingartner que, diante de tudo isso, Luciano e Marcelo assumiram o risco por seguirem nos respectivos planos de condutas mesmo num cenário adverso e animado e não por causa de cálculos probabilísticos¹⁴⁸.

Na vez da Des. Rosaura Marques no julgamento do Embargos, ela concordou com o voto de Jayme Weingartner, porém teceu suas próprias considerações, se diferenciando um pouco da argumentação utilizada pelo colega. O principal diferencial é que o pressuposto teórico explicitamente mencionado por ela não é o entendimento de Roxin sobre dolo eventual, mas sim a teoria do consentimento, como o Des. Manuel Martinez e os outros que votaram contra a pronúncia dos réus.

Ela, com base no autor Zaffaroni¹⁴⁹¹⁵⁰, afirmou que no dolo eventual o agente tem consciência do potencial lesivo de seus atos, mas mesmo assim insiste em continuá-los, não desiste, nem toma medida acautelatória para frear o dano visualizado como possível. Assim, não é que o acusado se desimporde com resultado, pelo contrário, ele o aceita ao permanecer executando as ações que podem gerá-lo, sem desistir ou tomar medida para frear-las.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁹ Entendimento baseado em Zaffaroni. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal: parte general, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 87.

¹⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. 1ª Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Op. cit.* 40.

Mesmo adotando outra teoria do dolo, a Des. Rosaura Marques replicou a análise das condutas dos réus proferidas pelo Des. Jayme Weingartner em seu voto, concordando inteiramente com a sua argumentação.

Por sua vez, nos Embargos, o mesmo reiterou seu posicionamento e inclui as considerações de Rousara. O Des. Sylvio Baptista, no Recurso em Sentido Estrito e nos Embargos, acompanhou integralmente Jayme Weingartner no voto. O Des. José Antônio Pitrez também, além de ter acompanhado Rosaura Marques.

5. CONCLUSÕES

A partir da análise dos votos do Recurso em Sentido Estrito nº “0384117-79.2016.8.21.7000” e dos Embargos Infringentes nº “0276157-30.2017.8.21.7000”, ambos pertencentes ao caso “Boate Kiss”, conclui-se que existem dois grupos de argumentos principais (“Classes Argumentativas”) que foram utilizados pelos desembargadores a favor e contra a pronúncia. São estes: 1. Argumentos de competência e 2. Argumentos de dogmática penal aplicada no caso concreto.

Na primeira “classe”, os magistrados que desclassificaram os fatos tinham como tese principal o fato de ser “necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar” (TD1), pois “não cabe aos jurados definirem o que é ou não dolo eventual e culpa” (SA1); “é competência do Tribunal do Júri julgar apenas os crimes dolosos contra a vida” (SA2) e o “*in dubio pro societate* não pode ser usado para pronunciar em caso de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo” (SA3).

Já os desembargadores que optaram pelo encaminhamento do processo ao Tribunal do Júri, utilizaram como tese principal o entendimento de que “não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciá-los” (TP1). Isto porque “basta a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria” (SA1); “a competência de decidir sobre o elemento volitivo é do Tribunal do Júri” (SA2); “no caso de dúvida sobre o elemento subjetivo do tipo, deve-se pronunciar” (SA3) e “apenas se afasta a pronúncia por ausência de dolo quando o crime for incontestavelmente culposos” (SA4).

Algumas considerações sobre essa classe merecem destaque. Os desembargadores que entenderam pela pronúncia no julgamento do caso “Boate Kiss”, se orientam pela máxima do *in dubio pro societate* na fase do Juízo de Acusação do procedimento especial do Tribunal do Júri. Consequentemente, para eles, decidir com certeza que os agentes agiram com dolo não é

essencial para pronunciá-los, pois na dúvida, isto deve ser feito de qualquer modo. Portanto, a dúvida não recai em benefício dos réus.

Em oposição, estão os desembargadores que entenderam pela desclassificação dos fatos, os quais se orientam pela máxima do *in dubio pro reo*¹⁵¹, mesmo no procedimento especial do Júri. Assim, para eles, é *mister* que o Juízo de Acusação analise o elemento subjetivo do tipo e profira decisão afirmando se houve dolo ou culpa.

Além disso, os magistrados a favor da pronúncia alegaram que não somente não é necessária a decisão sobre o elemento subjetivo do tipo pelo Juízo de Acusação, como também ela seria em tese vedada, tratando-se de competência do Tribunal do Júri. Assim, os magistrados transferem a competência da análise da tipicidade subjetiva do delito aos jurados leigos, mesmo que eles não tenham conhecimento jurídico para tanto. Inclusive, o Des. Manuel Martinez, contra a pronúncia, pontuou que os jurados somente se limitam a analisar matérias de fato e não de direito.

No entanto, os magistrados a favor do encaminhamento do feito ao Júri asseguram que é possível deixar de pronunciar por ausência de dolo quando o crime for incontestavelmente culposos. Esta afirmação soa contraditória, já que para decidir que o crime é culposos, é necessário que o Juízo de Acusação averigue o seu elemento volitivo e decida que não estão presentes os requisitos do dolo. E, a matéria essencial para o Juízo de Acusação chegar a essa conclusão é justamente a que os desembargadores clamam que não é de sua competência.

Em contrapartida, os desembargadores a favor da desclassificação dos fatos afirmaram que a competência desta análise e decisão é do juízo prévio ao Júri, pelo fato deste Tribunal somente julgar crimes dolosos contra a vida. Assim, para saber se um crime é doloso, é necessária a comprovação de sua materialidade, sendo o exame da tipicidade subjetiva parte essencial para isso. Ao que parece, os magistrados a favor da pronúncia, não consideraram o elemento subjetivo do tipo como etapa da aferição da materialidade do delito, a qual eles também defenderam que deve ser realizada pelo Juízo de Acusação para poder pronunciar (com base no art. 413 do Código de Processo Penal).

No que diz respeito a segunda “classe argumentativa”, os desembargadores que votaram pela desclassificação asseguraram que os “réus agiram com culpa (*lato sensu*)” (TD1), pois “não se vislumbra consentimento/ aprovação/ indiferença em relação resultado por parte dos agentes” (SA 1), há “ausência de vislumbre do resultado ou crença de que ele

¹⁵¹ Art. 5º, LVII, Constituição Federal e Art. 155 do Código de Processo Penal.

não iria acontecer” (SA2) e “não há desígnios criminosos por parte dos réus” (SA3). Apenas um dos magistrados entendeu que eles “agiram com culpa inconsciente” (TD2) porque há a “ausência de vislumbre do resultado por partes dos agentes” (SA1) com certeza.

Os magistrados que votaram pela pronúncia, nesta mesma classe, utilizaram como tese que “há indícios suficientes de que os réus agiram com dolo eventual” (TP2) porque eles “assumiram o risco da possível lesão à vida dos jovens que se encontravam na boate” (SA1).

O Des. Manuel Martinez adota a teoria do consentimento explicitamente como pressuposto teórico. Para ele, é dolo eventual quando o agente vislumbra o resultado e consente previamente com a sua possível ocorrência. Por outro lado, na culpa consciente, o autor também prevê o resultado, porém não acredita que ele ocorrerá.

Ele rejeita a teoria da probabilidade quando defende que o dolo eventual não se vislumbra na probabilidade concreta do resultado ocorrer, mas na vontade do agente de assumir o risco. Observa-se que o elemento volitivo é de extrema importância para a definição do dolo para o desembargador.

Em linha contrária, o Des. Jayme Weingartner usa explicitamente a teoria da lesão do bem jurídico de Roxin como pressuposto teórico. Define que no dolo eventual o agente tem a possibilidade de saber ou conhecer o risco e, mesmo assim, se decide pela possível lesão ao bem jurídico através de sua conduta. Já a culpa é quando ele vislumbra o resultado, no entanto, decide continuar a conduta porque acredita que nada acontecerá com o bem jurídico. Não concorda com a teoria do consentimento, porque para ele o dolo independe do fato do autor se alegrar com a ocorrência do resultado, sendo que o seu estado emocional (aprovação, indiferença ou lamentação com o resultado) deve ser aferido na fase de dosimetria da pena. Percebe-se claramente com isso o carácter normativo do elemento volitivo e não psicológico, diferentemente das teorias da representação, como a do consentimento. Ademais, assim como Manuel Martinez, rejeita a teoria da probabilidade ao negar os “cálculos probabilísticos” como elemento da definição da expressão “assumir o risco”.

A partir disso, os desembargadores chegam a conclusões diferentes. Com base nas condutas narradas na denúncia, o desembargador não vislumbra os elementos do dolo eventual. Não acredita que os réus não quiseram o resultado e, inclusive, nem que eles haviam representado as mortes ou confiado que elas ocorreriam. Isto porque apesar dos problemas da Boate, ela funcionava regularmente, e o show pirotécnico já havia sido realizado no estabelecimento sem nenhum problema. Por outro lado, o Des. Jayme Weingartner entendeu que os réus sabiam do risco de suas ações. Os sócios estavam cientes da quantidade máxima de pessoas que poderia estar na Boate e da falta de condições de

segurança contra incêndio, mas mesmo assim prosseguiram com o ato de superlotar o estabelecimento e permitir um show com fogo de artifícios. Os integrantes da banda, por sua vez, também representaram o resultado já que supostamente sabiam que o uso do objeto “Sputnik” em locais fechados era proibido, segundo instruções da embalagem. Apesar disso, decidiram por possivelmente lesionar o bem jurídico ao acendê-lo e empunha-lo.

Salta ao olhos que na argumentação de Jayme Weingartner, frequentemente, o “resultado” que foi supostamente previsto pelos réus é a ocorrência de um incêndio dentro da “Boate Kiss” e não o assassinato de 242 pessoas e a lesão de mais de 600. Entretanto, os acusados foram denunciados pela prática de homicídios dolosos consumados e tentados e não pelo crime de incêndio com resultado morte e lesão corporal grave¹⁵², sendo que isso foi alvo de crítica pelo Des. Luiz Mello em seu voto. Assim, a fundamentação de Jayme Weingartner tende a ser imprecisa, pois afirmar que os sócios e integrantes da banda teriam previsto que o estabelecimento poderia pegar fogo é diferente de afirmar que eles teriam previsto as mortes e lesões de todos que se encontravam lá no dia dos fatos. Contrariamente está o Des. Manuel Martinez, que teceu sua fundamentação inteiramente baseada neste último “resultado”.

Ademais, merece atenção o voto da Des. Rosaura Marques. Ela explicitamente menciona no julgamento que adota a teoria do consentimento como pressuposto teórico da sua definição de dolo eventual, no entanto, tem entendimento oposto ao de Manuel Martinez. Ainda, ela acompanha Weingartner em seu raciocínio argumentativo, que utiliza a teoria da decisão pela lesão ao bem jurídico, diferente da escolhida por ela.

Para a magistrada, o dolo eventual ocorre quando o autor tem consciência do potencial lesivo de seus atos, mas decide continuá-los, não tomando nenhuma medida para impedi-los. Ao que parece, então, a definição dela mescla elementos da teoria da vontade de evitação não atuada, por mencionar a ausência de conduta impeditiva do agente como característica do dolo eventual. Também, da teoria da decisão pela lesão ao bem jurídico ao prever como elementos a consciência do autor sobre o perigo de seu comportamento e a sua decisão de continuar sua conduta. Por fim, também usa a teoria do consentimento porque afirma que no dolo eventual o agente aceita/concorda com o resultado por permanecer executando as ações.

Destacam-se também os entendimentos dos desembargadores Victor Lima e Luiz Mello. O primeiro, apesar de dizer que não importa ficar discutindo teorias, porque elas são meros caprichos dos autores, adota aparentemente um conceito parecido com a teoria do

¹⁵² Vide arts. 250 cc. 258, ambos do Código de Processo Penal.

consentimento, ao entender que “assumir” o risco é consentir previamente com o resultado. Ademais, utiliza elementos da teoria da indiferença, ao definir que a mesma expressão significa ser indiferente ao resultado. No entanto, conforme apresentado no capítulo X, as teorias da vontade se confundem entre si, criando diferentes expressões que ao final significam o mesmo. O Des. Luiz Mello, ao que tudo indica, também mescla essas duas teorias para fundamentar sua decisão, ao fazer uso de terminologias como “indiferentes”, “concordar”, “aceitar”.

Honório Gonçalves, diferentemente dos outros magistrados que entenderam pela desclassificação dos fatos, especificou que os réus agiram com culpa inconsciente (e não somente culpa, de maneira genérica). Para isso, ele aparentemente utiliza a teoria da indiferença como pressuposto teórico do dolo eventual, ao afirmar que o autor prevê o resultado, mas não se importa com ele. Entretanto, desenvolve pouco o raciocínio sobre esse componente do dolo, pois acredita, em primeiro lugar, que os réus não vislumbraram o resultado ocorrido, elemento comum de todas as teorias volitivas.

O Des. Sylvio Baptista não proferiu argumentação própria em seu voto, pois acompanhou integralmente Jayme Weingartner e Rosaura Marques. Assim, infere-se que os conceitos de dolo eventual adotados por ele foram os mesmos.

Assim, é possível concluir que os desembargadores em geral não adotaram parâmetros teóricos muito claros, com definições de conceitos precisos, para analisar o caso concreto, tornando, por vezes, o raciocínio raso e baseado em opiniões sem fundamentação.

Soma-se a isso, o fato de que por mais que os magistrados a favor da pronúncia tenham dito que não poderiam decidir com certeza sobre o elemento subjetivo do tipo, tendo em vista os parâmetros de competência adotadas por eles, é evidente que o contrário ocorre. Eles se utilizam de expressões como “indícios”, porém durante toda a fundamentação de seus votos, só proferem argumentos favoráveis ao entendimento de que os réus seguramente agiram com dolo eventual. Não fica claro o motivo da manobra linguística, no entanto, é possível que ela seja uma tentativa deles se esquivarem da responsabilidade pessoal e consequências de proferir uma decisão que determine com certeza se os crimes foram dolosos ou culposos, diante da dificuldade teórica e empírica, da pressão social e relevância midiática que permeiam o caso “Boate Kiss”.

A partir de tudo isso, infere-se que a estrutura argumentativa dos votos dos desembargadores que entenderam pela pronúncia segue, genericamente, o seguinte esquema:

CA1: Não é necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar, basta a presença de indícios suficientes de materialidade e autoria do crime.

CA 2: Há indícios suficientes de que os réus, no caso concreto, agiram com dolo eventual, nos homicídios consumados e tentados.

Conclusão: Portanto, deve-se pronunciá-los.

E, a estrutura argumentativa dos votos dos desembargadores que entenderam pela desclassificação:

CA 1: É necessária a certeza de que os réus agiram com dolo para pronunciar.

CA 2: Os réus não agiram com dolo (eventual) no caso concreto, mas sim com culpa.

Conclusão: Portanto, deve-se desclassificar os fatos.

A primeira premissa define quando o Juízo de Acusação deve ou não encaminhar o caso ao Tribunal do Júri, sendo, então, uma tese de competência (CA 1). Nota-se que a tese central vem logo em seguida, sustentada por aquela. Partindo da premissa definida anteriormente, cada magistrado argumenta se estão presentes os requisitos de encaminhamento do feito, ou seja, se há indícios ou não de dolo eventual na conduta dos agentes. Trata-se, portanto, de uma tese de dogmática penal aplicada no caso concreto (CA 2). Aqueles que acreditam que estão cumpridos os requisitos, pronunciam; os que não, se classificam os fatos.

Observa-se, então, que a discussão sobre dolo eventual e culpa consciente aparece nos julgamentos como argumento principal dos desembargadores para fundamentar se os réus devem ou não ser pronunciados no caso da “Boate Kiss”. Eles aplicam os elementos das teorias do dolo adotadas por eles no exame das condutas e circunstâncias, para decidirem se elas indicam dolo ou culpa por parte dos agentes e, conseqüentemente, se devem ser ou não pronunciados.

Todos os desembargadores proferem entendimento sobre o elemento subjetivo do tipo. Os que votaram pela desclassificação dos fatos, entenderam que os réus da Boate Kiss agiram com culpa (lato sensu) ou culpa inconsciente. Já os que votaram pela pronúncia, afirmaram que há indícios de dolo eventual.

Por fim, Manuel Martinez, Jayme Weingartner e Sylvio Baptista, que haviam participado do julgamento do Recurso em Sentido Estrito e também do julgamento dos Embargos, não mudaram seus posicionamentos e nem as argumentações adotadas anteriormente. O que muitas vezes ocorreu foi a incorporação dos argumentos de colegas de mesmo entendimento em seus votos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Metodologia de Pesquisa e Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 344.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 13/10/2023.

MATGE, Pâmera Rubin. Caso Kiss: novo julgamento é marcado para 26 de fevereiro em Porto Alegre. G1, 21/09/2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2023/09/21/caso-kiss-novo-julgamento-e-marcado-para-26-de-fevereiro-em-porto-alegre.ghtml>>. Acesso em: 22/20/2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Ministério público do Rio Grande do Sul. Boate Kiss. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em: 29/05/2022.

NELSON, Hungria. Comentários ao Código Penal. V1, T2. 5ª edição. p. 115. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 0384117-79.2016.8.21.7000. Recorrente: Ministério Público. Recorrentes: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre. Data de julgamento: 22 de março de 2017, Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=03841177920168217000&numero_processo_desktop=03841177920168217000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

RIO GRANDE DO SUL. 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 0276157-30.2017.8.21.7000. Embargantes: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Embargado: Ministério Público. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre. Data de julgamento: 01 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=0276157-30.2017.8.21.7000&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Juiz: Ulysses Louzada. Data: 02 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 21/10/2023.

SANTA MARIA. 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria. Ação penal nº 0002353-19.2013.8.21.0027. Autor: Ministério Público. Réus: Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus do Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão. Juiz: Ulysses Louzada. Santa Maria. Data de julgamento: 27 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arquivos/boate_kiss/sentencapronunciajuri.o>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

SILVA, Walquíria de Paula Fernandes da. Suspeição do ex-juiz Sérgio Moro no “Caso Triplex do Guarujá”: um estudo sobre o HC 164.493 sob o olhar da “Vaza-Jato”. . Acesso em: 19/10/2023. Disponível em:

<<https://sbdp.org.br/publication/suspeicao-do-ex-juiz-sergio-moro-no-caso-triplex-do-guaruja-um-estudo-sobre-o-hc-164-493-sob-o-olhar-da-vaza-jato/>>.

STJ mantém anulação do Júri da Boate Kiss. Migalhas, 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/393076/stj-mantem-anulacao-do-juri-da-boate-kiss>> . Acesso em 22/10/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Caso Boate Kiss, c2023. Linha do tempo. Disponível em:

<<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/linha-do-tempo/#:~:text=05%2F04%3A%20Definida%20a%20data,plateia%20e%20sorteio%20de%20jurados>> . Acesso em: 22/10/2023.

VEIGA, Vinícius Alvarenga e. Princípio da Presunção de Inocência e Execução Antecipada da Pena: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal na delimitação do art. 5º, LVII, CF/88. Disponível em:

<<https://sbdp.org.br/publication/principio-da-presuncao-de-inocencia-e-execucao-antecipada-da-pena-analise-argumentativa-do-supremo-tribunal-federal-na-delimitacao-do-art-5o-lvii-cf-88/>> . Acesso em: 19/10/2023.

VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso cognitivo. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

WIKIPÉDIA .Incêndio Boate Kiss, 2013. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Inc%C3%AAndio_na_boate_Kiss>. Acesso em: 29/05/2022.