

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

PAOLA CRISTINA DE MOURA SALES

**A AFERIÇÃO DO *ANIMUS NECANDI* NA IMPUTAÇÃO DO DELITO DE  
HOMICÍDIO DOLOSO: estudo do caso da Boate *Kiss***

Brasília

2023

PAOLA CRISTINA DE MOURA SALES

**A AFERIÇÃO DO *ANIMUS NECANDI* NA IMPUTAÇÃO DO DELITO DE  
HOMICÍDIO DOLOSO: estudo do caso da Boate *Kiss***

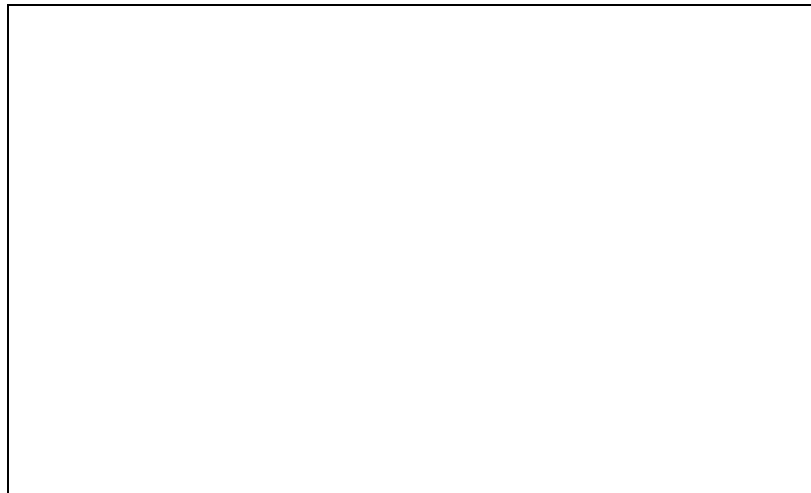
Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito para obtenção do Título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Brasília

2023

Ficha de identificação da obra

A large, empty rectangular box with a thin black border, positioned centrally below the title. It is intended for the user to enter the identification details of the work.

PAOLA CRISTINA DE MOURA SALES

**A AFERIÇÃO DO *ANIMUS NECANDI* NA IMPUTAÇÃO DO DELITO DE  
HOMICÍDIO DOLOSO: estudo do caso da Boate *Kiss***

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. João Costa-Neto  
Orientador  
Universidade de Brasília

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Talita Tatiana Dias Rampin  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Malthus Fonseca Galvão  
Universidade de Brasília

---

Prof. Me. Mateus Rocha Tomaz  
Universidade de Brasília

*É justo que muito custe aquilo que muito vale*  
*Santa Teresa D'Ávila*

*Este trabalho é dedicado aos meus queridos pais,  
Rosângela e Venildo, que me acompanharam no percurso  
da vida, desde sempre, e me ajudaram a caminhar,  
suportando todos desafios, a fim de conquistar tudo  
aquilo que verdadeiramente vale a pena.*

## AGRADECIMENTOS

Graças, Pai, pela conclusão desse curso, por me apresentar o Direito como uma das vias para ser sal e luz neste mundo. Agradeço, ainda, porque nesse percurso não me faltou o sustento, o amparo, a força, a esperança, o consolo, o cuidado e o amor, que nos faz resolver todas as coisas, expressado, de maneira singular, através daqueles que caminharam comigo, por graça Tua. A eles dedicarei também a minha mais sincera gratidão.

Aos meus queridos pais, Venildo Sales do Carmo e Rosângela da Silva Moura Sales, ofereço o mais carinhoso agradecimento, por terem se dedicado integralmente, desde muito antes do início dessa graduação, em prol do meu desenvolvimento, a fim de que eu me tornasse uma mulher segundo o coração de Deus, que carregasse os seus valores, que fosse uma boa aluna e uma boa profissional. Obrigada por sonharem comigo, por me apoiarem, por me incentivarem a ocupar os espaços, como uma universidade de excelência, por levantarem a minha cabeça e me fazerem almejar projetos ainda maiores.

Agradeço também a todos os meus familiares, avó, tios e tias e, especialmente, ao meu tio Raimundo Filho que sempre me ajudou na aquisição dos livros necessários para a graduação.

Às minhas amigas que trilharam a graduação em direito junto comigo, Beatriz Mendes, Mariana Botelho, Rebeca Lima, Juliana Nolasco, a minha gratidão. Obrigada por terem sido, além de parceiras nos trabalhos acadêmicos, grandes incentivadoras. Obrigada por tornarem o tempo da graduação mais leve, pelas risadas e pelas conversas sobre a vida, sobre tudo o que nos faz rir, sobre tudo o que vale a pena.

Aos meus amigos da vida, da Comunidade Católica Shalom e às amigas e Irmãs do pensionato “Casa Menino Deus”, os meus agradecimentos. Obrigada por terem rezado por mim, especialmente durante a escrita deste trabalho, por terem vibrado pelo meu ingresso na Universidade de Brasília e torcido por mim a cada passo desse curso e na conclusão dele.

A todos os professores que marcaram a minha jornada durante os últimos cinco anos, em especial, a Prof.<sup>a</sup> Loussia Félix, Prof.<sup>a</sup> Gabriela Delgado, Prof.<sup>a</sup> Daniela Marques, prof. Antônio Escrivão Filho, Prof. Ítalo Fioravanti e Prof. Luiz Gurgel. Agradeço pela dedicação deles e pelo zelo em relação à docência que inspiram.

Além deles, agradeço ao Prof. João Costa Neto por gentilmente ter aceitado o convite para me orientar neste trabalho, partilhando generosamente os seus conhecimentos, bem como à Prof.<sup>a</sup> Talita Rampin e ao Prof. Malthus Galvão que, com disposição, aceitaram o convite para participarem da banca como avaliadores.

O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmesurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. (ROXIN, 1986, p. 76).

## RESUMO

O objetivo principal deste trabalho consiste em identificar os elementos utilizados para a aferição do *animus necandi* na conduta dos acusados pelo delito de homicídio doloso no caso da Boate *Kiss*, através do método do estudo de caso. O primeiro passo consistiu na narração dos fatos, seguida da análise das decisões e de seus fundamentos. Na análise dos fundamentos, buscou-se relacionar os argumentos às teorias a respeito da conduta e do dolo. Em seguida, as decisões foram comparadas e, nesse ponto, identificadas as divergências e semelhanças. Os elementos utilizados para a aferição do dolo foram objetivamente e indicados, principalmente na pronúncia, no julgamento do recurso especial, nos embargos infringentes e na sentença condenatória. Ademais, esses elementos foram identificados das circunstâncias concretas e objetivas do caso, embora se referissem a um elemento subjetivo. As decisões ou votos que procuraram realizar incursão sobre aspectos exclusivamente psicológicos, sem apontarem para circunstâncias concretas e objetivas não foram persuasivas e, por isso, não prevaleceram. Além disso, as principais teorias apontadas, a respeito da conduta, foram a teoria finalista e a teoria significativa. Em relação ao dolo, a utilização de perspectivas volitivas foi predominante. Entretanto, a diferença concentrou-se no modo de interpretar a vontade. Nesse sentido, enxergar a vontade em sentido atributivo-normativo mostrou-se mais eficiente para a resolução de casos difíceis, como o da boate. A principal divergência entre as decisões consistiu no modo de interpretação da lei, dos princípios e das teorias, entretanto, na maioria das vezes, as divergências metodológicas não resultaram em divergências na conclusão dos casos.

**Palavras-chave:** Boate Kiss. Animus necandi. Dolo. Dolo eventual. Culpa. Argumentação.



## **ABSTRACT**

The main objective of this paper is to identify the elements utilized by the court of Rio Grande do Sul and the higher court to assess *animus necandi* or, at least, evidences of deceit in the conduct of each one accused in the case of the Kiss Nightclub. First of all, the facts were narrated, as well as the timeline of the judicial process. The second step was to analyze the decisions and their reasons. In the analysis of the reasons, the arguments were related to the theories regarding conduct and deceit. Then, the decisions were compared and, at this point, the differences and the similarities were identified. The elements used to assess the deceit were objectively indicated, mainly in the decision to arraign, in the judgment of the appeal before the Superior Court, in the judgment of the “*embargos infringentes*” (motion for reconsideration) and in the guilty verdict. These elements were deduced from the concrete and objective circumstances of the case, although related to a subjective element. Decisions or votes that exclusively related psychological elements, without indicating concrete and objective circumstances, were not persuasive and therefore, didn't prevail. In addition, the main theories introduced, regarding conduct, were the Finalism and the Theory of significant action. Regarding deceit, the use of volitional perspectives was predominant. However, the difference was concentrated in the way of interpreting the will. In this sense, seeing will in an attributive-normative sense proved to be more efficient for resolving difficult cases, such as the nightclub. The main divergence between the decisions consisted in the way of interpreting the law, principles and theories, however, in most cases, methodological divergences did not result in divergences in the conclusion of the cases.

Key-words: Nightclub Kiss. *Animus necandi*. Intention. Eventual Intention. Guilt. Argument.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**AVTSM** - Associação das Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria

**CP** – Código Penal

**MPRS** – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**PPCI** - Plano de Prevenção Contra Incêndio

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**TJRS** – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>DESENVOLVIMENTO</b>	
1. O CASO DA BOATE KISS	
1.1. Fatos.....	14
1.2. Linha do tempo do processo principal.....	14
1.3. Os fundamentos da decisão de pronúncia.....	22
1.4. Os fundamentos do acórdão dos embargos infringentes que afastaram a competência do Tribunal do Júri.....	31
1.5. Os fundamentos do Recurso Especial que determinaram a competência do Tribunal do Júri.....	36
1.6. O julgamento do Tribunal do Júri.....	40
2. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NAS DECISÕES QUE VERSARAM SOBRE A EXISTÊNCIA DE DOLO.....	44
3. AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DA EXISTÊNCIA DO DOLO.....	64
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

Busca-se, no presente Trabalho de Conclusão de Curso, identificar **os parâmetros utilizados para a aferição do *animus necandi* na conduta daqueles acusados de homicídio doloso**. Para isso, será utilizado sobretudo o método do estudo de caso, pelo qual se analisará o caso da Boate *Kiss*. O caso foi escolhido em razão da grande repercussão e comoção nacional, porquanto envolveu aproximadamente 842 (oitocentas e quarenta e duas) vítimas, do tratamento dado pelo sistema de justiça, bem como da complexidade das discussões que envolveram o processo.

Uma das questões principais que acompanharam as diversas fases desse processo foi a identificação do dolo. O elemento subjetivo do crime de homicídio, para boa parte dos doutrinadores, se relaciona a aspectos íntimos dos agentes, como a vontade, razão pela qual segure-se que são utilizados parâmetros também subjetivos para a sua identificação. Entretanto, seria possível identificá-los pela verificação de elementos objetivos, que revelem aspectos subjetivos? Quais são os parâmetros que desencadeiam a conclusão de que houve dolo, ainda que eventual? Por oportuno, quais foram os parâmetros utilizados no caso da Boate *Kiss*?

No relatório do diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e publicado no ano de 2019, asseverou-se que “os processos de competência do Tribunal do Júri merecem atenção especial no contexto geral da jurisdição criminal por terem por objeto a tutela do bem jurídico penal mais valioso do ordenamento jurídico brasileiro: a vida”<sup>1</sup>.

Por conseguinte, nesta oportunidade, busca-se estudar uma das fases essenciais no procedimento do Tribunal do Júri, que consiste na aferição do *animus necandi*. Identificar os parâmetros utilizados para a aferição do *animus necandi* é relevante, porquanto através deles é possível identificar se as decisões dos tribunais brasileiros têm sido pautadas em elementos concretos dos casos em exame ou em outros elementos externos e “não concretos”. O estudo e a identificação desses parâmetros conduzem, ainda, à reflexão e à discussão acerca do tema, que pode corroborar para a minimização de erros judiciais e injustiças nos processos que envolvem os crimes dolosos contra a vida.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri*. Brasília: CNJ, 2019. 41.

O trabalho foi dividido em três capítulos. Na primeira parte do primeiro capítulo são apresentados os fatos relativos ao caso *Kiss*. Na parte seguinte, apresenta-se a linha do tempo do processo. Logo após, foram selecionadas e expostas as decisões nas quais a existência do dolo foi a principal questão discutida, qual seja, a decisão de pronúncia, o acórdão dos embargos infringentes o qual afastou a competência do Tribunal do Júri, o recurso especial n. 1.790.039 e a sentença condenatória.

No segundo capítulo, buscou-se analisar os fundamentos utilizados nessas decisões e relacioná-los às principais teorias da ação e do dolo.

Por fim, no último capítulo, identificou-se as divergências entre os fundamentos utilizados pelo Tribunal Estadual e pelo Superior Tribunal de Justiça para a identificação do dolo.

Analisar os fundamentos de uma decisão resulta na análise da argumentação. Nesse sentido, para analisar a argumentação de uma sentença, devem ser observados alguns de seus elementos. São eles a narração dos fatos, os problemas jurídicos a partir dos quais surge a argumentação, as questões das quais depende o problema, a resposta a essas questões, as razões que fundamentam as respostas, a solução do problema e a decisão<sup>2</sup>

A partir dessa perspectiva, foram analisadas as decisões pertinentes ao objetivo desta pesquisa. Em todas as decisões os fatos foram narrados de maneira semelhante. As primeiras diferenças surgem em relação aos problemas jurídicos em relação aos quais cada magistrado precisou argumentar.

Por exemplo, na decisão da prisão temporária e preventiva, houve um problema em comum, qual seja a necessidade de medida cautelar diante dos fatos que tinham acabado de ocorrer. Entretanto, em relação à prisão temporária, devia ser observado o disposto na Lei n. 7.960/1989, enquanto para a prisão preventiva devia ser observado, principalmente, o disposto no art. 312 do CPP.

Por outro lado, em todas as decisões selecionadas houve uma questão em comum, qual seja, a identificação do dolo, que é o objeto principal deste trabalho, que será apresentado nos capítulos 1 e 2. A resposta a essa questão foi diferente em algumas decisões, ensejando modos de soluções e decisões também diferentes, o que será discutido principalmente no capítulo 3.

---

<sup>2</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1ed, Curitiba: Alteridade, 2017, p. 108-109.

A metodologia utilizada no trabalho, em relação aos procedimentos, foi tanto a pesquisa bibliográfica, na coleta de livros e artigos científicos sobre o tema, quanto a pesquisa dos documentos do processo estudado e o estudo do caso propriamente dito.

Para a pesquisa bibliográfica, foi utilizado o acervo físico da biblioteca Central da Universidade de Brasília, o portal de periódicos da CAPES, a base de dados Thomson Reuters ProView e a base de dados de livros digitais Minha Biblioteca.

Para pesquisa dos documentos e estudo do caso, foram utilizados os sites do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS). No site do TJRS, é dedicada uma página para os casos de repercussão no estado, como a tragédia da Boate *Kiss*, onde foi possível acessar alguns dados do processo, notícias, vídeos do julgamento e o resultado das decisões. Da mesma forma, existe uma página no site do MPRS dedicada ao caso, onde foi possível acessar o conteúdo das decisões.

Através da busca na jurisprudência do TJRS também foi possível coletar o inteiro teor de alguns acórdãos sobre o caso. Entretanto, não foi possível acessar o inteiro teor do recurso de apelação, que anulou o julgamento do Tribunal do Júri, porquanto foi classificado como segredo de justiça, cujo acesso só poderia ser autorizado através de chave de acesso específica. De igual modo, não foi possível acessar o inteiro teor dos autos do processo, em razão da ausência de chave de acesso para a consulta processual, geralmente disponível apenas para as partes, seus advogados, e para os Tribunais.

A pesquisa jurisprudencial na página virtual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também foi utilizada na pesquisa, a fim de coletar o inteiro teor das decisões proferidas pelo órgão acerca do caso.

Quanto à abordagem, os dados coletados foram analisados sob uma perspectiva qualitativa, tendo sido utilizada uma técnica de análise de conteúdo.

Por meio da leitura das decisões, verificou-se os elementos utilizados para a identificação do dolo. Para analisar os elementos, à luz das teorias do dolo e da ação, foi necessário realizar leitura minuciosa do inteiro teor das decisões, porquanto a busca por palavras-chave tanto na ementa quanto no inteiro teor não seria capaz de atender ao fim desejado. Isso porque, em alguns momentos, uma teoria foi citada, mas não efetivamente aplicada, outras vezes, mais de uma teoria foi citada, e não aplicada.

## **1. O CASO DA BOATE KISS**

### **1.1 Fatos**

No dia 27 de janeiro de 2013, no interior da Boate *Kiss*, situada em Santa Maria, Rio Grande do Sul, ocorria a festa universitária “Agromerados”, que tinha como atração a banda “Gurizada Fandanguera”, composta por seis músicos, Rodrigo Martins, Eliel Lima, Márcio de Jesus, Marcelo de Jesus, Danilo Jaques e Giovani Kegler. Naquela noite, trabalhavam, ainda, Venancio Anschau, que controlava a mesa de som e o “roadie”, Luciano Leão. Durante a apresentação musical, o show da Gurizada Fandanguera costumava contar com a utilização de artefatos pirotécnicos<sup>3</sup>.

Por volta de 3h15min, Luciano acendeu um fogo de artifício, dedicado a uso externo, denominado “Chuva de Prata 6”, entregando-o para o vocalista da banda, Marcelo, o qual, apontando o artifício para o alto, atingiu parte do teto do estabelecimento, que era revestido de material altamente inflamável, qual seja, poliuretano, ocasionando o início do incêndio<sup>4</sup>.

Não obstante a tentativa de utilização de um extintor disponível na boate, o objeto não funcionou. Diante disso, fogo e a fumaça tóxica se alastraram rapidamente, ferindo 636 (seiscentas e trinta e seis) pessoas e resultando a morte de outras 242 (duzentas e quarenta e duas)<sup>5</sup>, entre elas, um dos integrantes da banda, Danilo Jaques<sup>6</sup>.

### **1.2. Linha do tempo do processo principal**

No dia seguinte a tragédia, aberto o inquérito policial, foi requerida, pela autoridade policial, a decretação da prisão temporária de dois sócios da boate, Elissandro Calegaro Spohr

---

<sup>3</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia. Juiz Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Caso Boate Kiss*. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/>>. Acesso em 8 de julho de 2023.

<sup>6</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia. Juiz Ulysses Fonseca Louzada.

e Mauro Londero Hoffmann, e dois integrantes da banda, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão<sup>7</sup>.

Segundo o relatório da decisão que decretou a prisão temporária, o requerimento foi fundamentado na informação de que o incêndio teria resultado de “faisca originada de um artefato pirotécnico utilizado pelo vocalista da banda”, que recebeu o artefato do produtor musical<sup>8</sup>. Além disso, considerou-se que os sócios da boate:

estariam mantendo aberta a casa noturna com o alvará vencido e com apenas uma porta para entrada e saída das pessoas, sem qualquer outra saída de emergência, embora o estabelecimento possuísse capacidade para mil pessoas. Além disso, autorizaram o uso de objetos inflamáveis na apresentação da banda já referida, o que teria contribuído para o resultado verificado<sup>9</sup>.

Por conseguinte, a autoridade policial postulou a prisão concluindo haver indícios da prática de homicídio por dolo eventual, “uma vez que os representados teriam assumido o risco da morte de mais de duas centenas de pessoas, tanto por meio cruel quanto por motivo fútil, baseado na obtenção de lucro”<sup>10</sup>.

Entretanto, embora o juiz Régis Adil Bertolini, plantonista, tenha deferido o pedido de decretação da prisão temporária, o fez para favorecer as investigações, não acolhendo, nesse momento, a justificativa da prática de homicídio por dolo eventual<sup>11</sup>.

No ponto, o juiz afirmou que:

embora não se descarte a possibilidade de sua ocorrência, tenho por temerária qualquer conclusão nesse sentido no início das investigações, quando os indícios e as provas estão começando a ser reunidas, uma vez que é tênue a distinção entre a chamada culpa consciente e a assunção dos resultados, o que configuraria o dolo eventual, não se olvidando a gravidade dos fatos e a dimensão da tragédia, circunstâncias que poderiam ser sopesadas em caso de outra espécie de prisão provisória<sup>12</sup>.

A prisão, inicialmente decretada pelo período de cinco dias, foi prorrogada por mais trinta, no dia 1 de fevereiro, em razão da “hediondez do crime”<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Comarca de Santa Maria. Ocorrência n. 3019/2013. Decreto de Prisão Temporária. Juiz Régis Adil Bertolini.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>13</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decreto de prisão preventiva. Juiz Ulysses Fonseca Louzada.



No dia 1 de março de 2013, foi revogada a prisão temporária e decretada a prisão preventiva dos acusados, requerida pela autoridade policial e apoiada pela manifestação do Ministério Público, sob o fundamento de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal<sup>14</sup>.

Isso porque, o crime tinha alcançado repercussão mundial, “gerando forte comoção popular”, bem como as diligências investigativas necessárias poderiam ser “frustradas pelo comportamento dos investigados, enquanto em liberdade”<sup>15</sup>

Ao deferir o pedido de decretação da prisão, o juiz de primeiro grau, Ulysses Fonseca Louzada, ratificou a necessidade em razão da garantia da ordem pública diante da grande repercussão do caso. Nesse sentido, afirmou que “o fato foi extremamente grave. Comoveu o planeta. Os olhos do mundo focaram em Santa Maria. O Planeta chorou”<sup>16</sup>.

Ademais, utilizou como alicerce a lição de Fernando Capez a respeito da ordem pública, quando afirma que esta “visa também acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em fatos que provoquem grande clamor popular”<sup>17</sup>.

Além disso, em relação à instrução criminal, a prisão foi justificada tendo em vista as circunstâncias em que os acusados foram presos, salientando que “três deles sequer estavam em Santa Maria quando da segregação” (decreto de prisão preventiva, p. 19). Outrossim, o juízo entendeu que “se soltos os representados [...] poderão ocorrer prejuízos para a coleta do material probatório”<sup>18</sup>.

Importante destacar que, no decreto de prisão preventiva, embora os representados ainda não tivessem sido denunciados, já havia menção ao caráter eventual do dolo na conduta deles. Nesse ponto, o juízo de primeiro grau consignou que o dolo eventual:

parece se sustentar por vários elementos contidos no caderno investigativo [...] Através deste comportamento, analisa-se que o sujeito **assume o risco de produzir um resultado, mesmo não o desejando diretamente**. Assim, **deixa de tomar os cuidados necessários para que o resultado não ocorra, não se importando com este eventual resultado**<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup>Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decreto de prisão preventiva. Juiz Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>15</sup> Ibidem, p.1.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 24.

No dia 2 de abril de 2013, a denúncia foi formalizada contra os sócios da boate, Elissandro e Mauro, e os integrantes da banda, Marcelo e Luciano. Todos os acusados foram denunciados como incurso nos delitos de homicídio consumado e tentado<sup>20</sup>.

Para a individualização das condutas, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS) apontou que Mauro e Elissandro concorreram para o crime, porquanto:

implantaram em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável e sem indicação técnica de uso, contratando o show descrito, que sabiam incluir exibições com fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, bem como equipe de funcionários sem treinamento obrigatório, além de prévia e genericamente ordenarem aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem pagamento das despesas de consumo na boate, revelando total indiferença e desprezo pela vida e pela segurança dos frequentadores do local, **assumindo assim o risco de matar**<sup>21</sup>.

Em relação a Luciano e Marcelo, o MPRS apontou que:

concorreram para os crimes, pois, mesmo conhecendo bem o local do fato, onde já haviam se apresentado, adquiriram e acionaram fogos de artifício identificados como “Sputnik” e “Chuva de Prata 6”, que sabiam se destinar a uso em ambientes externos, e direcionaram este último, aceso, para o teto da boate, que distava poucos centímetros do artefato, dando início à queima do revestimento inflamável e saindo do local sem alertar o público sobre o fogo e a necessidade de evacuação, mesmo podendo fazê-lo, já que tinham acesso fácil ao sistema de som da boate; assim é que **revelaram total indiferença com a segurança e a vida das pessoas, assumindo o risco de matá-las**<sup>22</sup>.

Ademais, o MPRS entendeu que os denunciados agiram com dolo eventual tendo em vista que:

**assumiram o risco de produzir mortes** das pessoas que estavam na boate, revelando total **indiferença** e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, **mesmo prevendo a possibilidade de matar** pessoas em razão da falta de segurança, **não tinham qualquer controle sobre o risco** criado pelas diversas condições letais da cadeia causal<sup>23</sup>

Nesse sentido, apontou todas as circunstâncias que identificaram como pertencentes a essa cadeia causal, entendendo que, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

---

<sup>20</sup>Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Denúncia.

<sup>21</sup> Ibidem, p.5.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 6.

(STF), “o dolo eventual se extrai das circunstâncias do evento, e não da mente do autor”<sup>24</sup>, não se exigindo, portanto, declaração expressa do agente.

Diante disso, o MPRS, reconhecendo que a previsão do resultado é um dos elementos essenciais para aferição do dolo, destacou que a previsibilidade no caso concreto era altíssima, haja vista as condições extremas de insegurança da boate, bem como o emprego de fogo de artifício inadequado para o local<sup>25</sup>.

Por conseguinte, sustenta o afastamento da caracterização de culpa, por vislumbrar que houve previsão do resultado e que, somente haverá culpa, se ausente “previsão do que é previsível”<sup>26</sup>.

Além disso, afasta a hipótese de culpa consciente por entender que “a adoção de cautelas que permitam confiar, ainda que levemente, no controle do risco criado” é pressuposto dessa modalidade de culpa<sup>27</sup>.

No caso, não verificou a adoção de cautelas nesse sentido, ao contrário, afirmou que inexistiam condições que permitissem a confiança de que o resultado fatal não ocorresse. A propósito, afirmou-se que “as péssimas condições de segurança da boate não permitiam aos agentes confiar e outra coisa senão na sorte, pois os protagonistas não tinham nenhum controle concreto sobre o risco que criaram”<sup>28</sup>.

O MPRS ressaltou, ainda, que embora não afirme que “os autores quisessem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso”<sup>29</sup>.

O MPRS também apontou que os crimes foram qualificados porquanto praticados mediante meio cruel, tendo em vista o emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas, bem como pelo motivo torpe, em razão da ganância<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97.252. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma. Brasília-DF, julgado em 23/06/2009, DJe- 167, divulgado em 03/09/2009, publicado em 04/09/2009.

<sup>25</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Denúncia.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 8.

Ademais, do crime principal desdobraram-se outros dois, que, a partir do dia 3 de junho de 2013, passaram a ser processados separadamente do processo principal<sup>31</sup>.

Segundo consta na denúncia, Gérson da Rosa Pereira e Renan Severo Berleze, bombeiros, teriam autenticado um croqui e o cálculo populacional da boate, adicionando-os ao Plano de Prevenção Contra Incêndio (PPCI) da Boate, que não estavam assinados e não constavam originalmente no Plano, a fim de se eximir de responsabilidades<sup>32</sup>.

Por isso, foram denunciados como incurso no delito de fraude processual, originando o processo n. 213.0006197-9. Por oportuno, Gérson foi condenado a seis meses de detenção, tendo sido a pena convertida em prestação de serviços à comunidade<sup>33</sup>.

Ademais, foram denunciados Éilton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer, por terem, na condição de testemunhas durante o inquérito policial, feito afirmações falsas com o intuito de obter “prova destinada inclusive a produzir efeito em futuro processo penal que viesse a ser instaurado”<sup>34</sup>. Tal fato ensejou a denúncia pelo delito de falso testemunho, originando o processo n. 213.0006199-2<sup>35</sup>.

A denúncia foi recebida, em todos os seus termos, pelo juízo de primeiro grau, no dia 3 de abril de 2013<sup>36</sup>.

No dia 29 de maio de 2013, a prisão preventiva dos quatro acusados foi revogada, por unanimidade, pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)<sup>37</sup>.

Ao revogar a prisão, o juízo reconheceu a controvérsia existente em torno da utilização da garantia da ordem pública como fundamento para a segregação cautelar, tendo em vista a sabida vagueza do termo. Observando o caso concreto, o juiz singular verificou que o clamor

---

<sup>31</sup> Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss: linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em 9 de julho de 2023.

<sup>32</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. *Denúncia*, p.10.

<sup>33</sup> Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss: linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em 9 de julho de 2023.

<sup>34</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. *Denúncia*, p.11.

<sup>35</sup> Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss: linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em 9 de julho de 2023.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

público, que outrora justificou a decretação da prisão, não subsistia com tamanha intensidade após quatro meses do ocorrido<sup>38</sup>.

Contudo, não foi só esse o fundamento aventado pelo juízo para conceder a liberdade aos acusados. Ele ressaltou, ainda, a necessidade da distinção entre a conduta e o resultado. No ponto, afirma que, embora o resultado tivesse “ultrapassado qualquer limite possível à compreensão humana [...] não se vislumbra na conduta dos réus elementos de crueldade, de hediondez, de absoluto desprezo pela vida humana”<sup>39</sup>

Além disso, destacou que a ameaça à instrução criminal, para justificar a segregação cautelar, deve ser demonstrada concretamente, o que não aconteceu na hipótese.

Inconformado, o MPRS recorreu dessa decisão interpondo recursos extraordinário e especial, bem como postulando medida cautelar a fim de suspender a liberdade dos acusados enquanto os recursos não fossem julgados. Todos os recursos e a medida cautelar foram negados.

No dia 27 de julho de 2016, os quatro acusados foram pronunciados, nos termos da denúncia, conforme decisão proferida pelo juiz Ulysses Fonseca Louzada. Irresignadas, as defesas interpuseram recursos em sentido estrito, perante o TJRS. No dia 22 de março de 2017, a 1ª Câmara Criminal do TJRS manteve a decisão de pronúncia, mas afastou todas as qualificadoras, por dois votos a um, dando margem para a oposição de embargos<sup>40</sup>.

Com efeito, opuseram embargos de declaração o MPRS e o acusado Mauro, ambos não foram acolhidos. O acusado Elissandro também opôs embargos, os quais foram parcialmente acolhidos, mas sem alteração do julgamento<sup>41</sup>.

Em face do Recurso em Sentido Estrito, o *Parquet* e a Associação das Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) interpuseram Recurso Especial. Por outro lado, as defesas opuseram embargos infringentes.

---

<sup>38</sup> Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* n. 7005441984. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.9.

<sup>40</sup> Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss, linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acessado em 9 de julho de 2023

<sup>41</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma.

Diante disso, no dia 1 de dezembro de 2017, após empate na votação, o TJRS conheceu dos embargos infringentes para afastar o dolo eventual, desclassificando as condutas imputadas e afastando a competência do Tribunal do Júri. Prevaleceu, portanto, nesse momento, o voto vencido do Desembargador Relator do Recurso em Sentido Estrito.

Dessa decisão, foram opostos embargos de declaração pelo MPRS, que não foram acolhidos pelo TJRS. Todavia, no dia 13 de julho de 2018, a 2ª Vice-Presidência do TJRS admite os recursos especiais do MPRS e da assistente de acusação, a AVTSM, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Os acusados Elissandro e Mauro também interpuseram recurso especial, aos quais o TJRS negou seguimento. Foram interpostos os respectivos agravos, mas sem entendimento favorável às defesas<sup>42</sup>.

No dia 18 de junho de 2019, o STJ decidiu, através do julgamento do Recurso Especial n. 1.790.039 – RS, por autorizar a submissão a julgamento pelo Tribunal do Júri, entendendo haver indicação de evidências suficientes sobre o dolo eventual nas condutas dos réus<sup>43</sup>.

Como visto, a longa discussão acerca da competência do Tribunal do Júri tem como cerne a (in)existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo. Posicionamentos divergentes dentro de um mesmo Tribunal demonstram que a aferição do *animus necandi* não é tarefa simples, sobretudo quando se tratam de múltiplas vítimas e múltiplos acusados. Outrossim, ao caso da Boate *Kiss* acrescenta-se mais um desafio, o resultado absurdamente trágico, bem como o grande envolvimento social e midiático.

No dia 1 de dezembro de 2021, inicia-se o julgamento dos réus, que foi concluído no dia 10 de dezembro do mesmo ano, tendo sido fixada, em relação à Elissandro Spohr, a pena de 22 anos e 6 meses de reclusão, a Mauro Hoffmann, 19 anos e 6 meses de reclusão, e a Luciano Leão e a Marcelo dos Santos, 18 anos. Para todos também foi fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039, p. 33. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss: linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>> Acessado em 8 de julho de 2023.

No mesmo dia, foi concedido liminarmente, pelo Desembargador Manuel José Martinez Lucas, da Primeira Câmara Criminal do TJRS, a ordem do Habeas Corpus (Número Themis: 70085490795) para impedir o cumprimento imediato das penas<sup>45</sup>.

Contudo, a liminar foi suspensa em razão de decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, na época, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual determinou o cumprimento imediato das penas<sup>46</sup>, no dia 14 de dezembro de 2021.

Da decisão do Júri, foram interpostos recursos de apelação (Apelação Criminal n. 5123185-30.2020.8.21.0001/RS) pelos réus, com o intuito de declarar a nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri. A apelação foi provida, contudo, em face dela foram opostos embargos de declaração pelo MPRS, que foi acolhido apenas para corrigir erro material apontado na ementa, e pelo réu Luciano, que foi rejeitado. Em síntese, com o julgamento desses embargos de declaração, julgado no dia 27 de outubro de 2022, foi mantida a anulação do Júri, estabelecida pelo julgamento da Apelação, pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no dia 3 de agosto de 2022<sup>47</sup>.

O MPRS, a fim de reverter a anulação do Júri, interpôs recursos extraordinário e especial, os quais seguiram para análise pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente<sup>48</sup>.

### **1.3. Os fundamentos da decisão de pronúncia**

Segundo o relatório da decisão de pronúncia, a defesa de Luciano arguiu o afastamento do dolo eventual, porquanto o acusado não possuía “qualquer autonomia para atuar, apenas obedecendo ordens”, bem como que não poderia se admitir que o acusado tivesse “consciência da possibilidade de produzir o resultado, não havendo prova nos autos de que agiu prevendo a possibilidade de ofensa a bem jurídico penalmente tutelado”<sup>49</sup>, postulando, portanto, pela impronúncia.

---

<sup>45</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Caso Kiss: linha do tempo*. Disponível em <<https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/linha-do-tempo/>> Acessado em 8 de julho de 2023.

<sup>46</sup> Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Boate Kiss: linha do tempo*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em 8 de julho de 2023.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 23. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

A defesa de Marcelo, por sua vez, postulando pela absolvição do acusado, subsidiariamente a desclassificação do crime, a impronúncia do acusado ou o afastamento das qualificadoras, afirmou que:

o acusado era apenas o vocalista da banda e que **acreditava** na palavra de Luciano de **que o artefato** pirotécnico utilizado **era seguro, bem como que a boate também fosse segura e livre de riscos**. Alegou, ainda, que o réu não sabia das propriedades dos fogos de artifício adquiridos, não sabendo sequer da diferença entre ‘fogo quente e fogo frio’, bem como também **não sabia sobre o revestimento espumoso da boate**. Postulou, também, pelo reconhecimento da **ausência de *animus necandi***, eis que **o acusado não queria e nem assumiu a possibilidade de matar ou ferir as pessoas**, tendo inclusive tentado apagar as chamas. Arguiu, ainda, que o acusado não sabia da existência da lei que proibia a utilização dos aludidos fogos, que jamais sofreu advertências por parte de nenhum órgão ou pessoa<sup>50</sup>.

A defesa de Mauro requereu a absolvição sumária do acusado ou a impronúncia, bem como postulou pela desclassificação para delito não doloso contra a vida ante a ausência de *animus necandi*, alegando:

**que este era apenas sócio investidor da boate, sem nenhum poder de mando**, não devendo ser responsabilizado por eventuais irregularidades constantes da boate que eram anteriores à data de sua entrada na sociedade ... **que o acusado não participou das reformas da boate, nem da colocação da aludida espuma tóxica, dos guarda-corpos, tampouco participava da escolha das bandas que se apresentariam na Kiss, não havendo provas de que ele sabia ou assentia com a utilização de artefatos pirotécnicos nos shows**. Arguiu, ainda, não haver prova da alegada superlotação da boate, impugnando elementos da cadeia causal atribuídos ao acusado [...]. Alegou **não ter havido dolo eventual, referindo também sua incompatibilidade com o instituto da tentativa**<sup>51</sup>.

A defesa de Elissandro, em relação ao mérito, argumentou a ausência de dolo eventual, bem como a incompatibilidade entre dolo eventual e a tentativa. Dessa forma, requereu a absolvição, a impronúncia ou a desclassificação da conduta imputada <sup>52</sup>.

De fato, o juízo realizou um minucioso relatório, esclarecendo todas as medidas processuais tomadas antes da prolação da decisão de pronúncia, os termos da inicial exordial acusatória, como também as principais teses da acusação e da defesa, suscitadas, sobretudo, nas alegações finais sob a forma de memoriais<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 23. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>53</sup> Ibidem.



Após o relatório, o juiz Ulysses Fonseca Louzada realizou uma exposição doutrinária, em um primeiro momento, acerca do instituto e procedimento do Tribunal do Júri, evidenciando o caráter democrático dele e realizando um verdadeiro elogio ao instituto. Nesse contexto, o magistrado expressou que:

os jurados simbolizam a realização da justiça dos indivíduos para os indivíduos de uma sociedade, os iguais sendo julgados por seus iguais, conforme suas íntimas convicções, sendo tão somente desejável, que o julgamento seja conforme o Ordenamento Jurídico. Trata-se de aplicar o Direito em conformidade com a compreensão popular e não de acordo com a pura técnica da justiça togada<sup>54</sup>.

Ainda sobre o procedimento do Tribunal do Júri, o magistrado apresenta os caminhos que podem ser seguidos a partir do Juízo de Acusação. Em outras palavras, explica que poderá absolver sumariamente, pronunciar ou impronunciar, por exemplo<sup>55</sup>.

No ponto, destaca que somente decidirá pela desclassificação do delito se não identificar a presença de *animus necandi* na conduta dos acusados. Para isso, sustenta que deve ser apresentada prova incontroversa acerca da inexistência *do animus necandi*. Ademais, consigna que, nessa etapa, a desclassificação “só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano”<sup>56</sup>.

Em seguida, o magistrado inicia a explicação acerca dos conceitos de dolo e culpa. A respeito do dolo, o juiz aponta a impossibilidade de se identificar o dolo a partir de perspectivas que o definem pelos “processos mentais do agente causador de um delito”<sup>57</sup>.

Isso porque, os processos mentais não podem ser identificados pelo julgador, que, em regra, não possui formação em ciências que poderiam ajudar nesse quesito, como a psicologia e a psiquiatria. Ainda que assim não fosse, o juiz ressalta que existem diversas propostas acerca do dolo, inclusive nessas ciências, o que não torna simples a tarefa de sua identificação.

Em um primeiro momento, ela cita os doutrinadores Wolfgang Frisch, Günther Jakobs e Ingeborg Puppe, embora não tenha apresentado as referências, para dizer que suas teorias privilegiam, para a caracterização do dolo, o conhecimento do autor, não dependendo de elemento intencional<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p.59. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ibidem, p.65.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 68.

Não obstante, reconhece o risco de decisões arbitrárias a partir dessa teoria, porquanto, nos casos concretos, “podem haver incongruências entre a realidade psicológica do agente e a atribuição feita”<sup>59</sup>.

Conclui que apesar de existirem muitas teorias a respeito do dolo, verifica que nenhuma foi eficaz na distinção entre dolo e imprudência, “sem cair no psicologismo inverificável ou na arbitrariedade do purismo normativo”<sup>60</sup>.

Diante disso, entende que as teorias mais adequadas para a identificação do dolo são aquelas de perspectiva normativa e não ontológica. Por isso, dentre as concepções mais relevantes no âmbito da ciência do direito – causalista, neokantista, finalista e funcionalista - o magistrado afirma adotar a concepção significativa do dolo, proposto por Vives Antón, por entender que essa é a mais eficaz para se entender o dolo e diferenciá-lo da culpa<sup>61</sup>.

De fato, o magistrado admite que a perspectiva finalista “inspirou a redação de alguns dos dispositivos da Reforma da Parte Geral do Código Penal” (Decisão de pronúncia, p. 71). Todavia, reitera que ela não é capaz de solucionar questões importantes como a do caso em exame, sobretudo, porque se utiliza de conceitos ontológicos e não atende às demandas do “Direito Penal, como produto cultural, variável de uma sociedade para outra, utilize-se em sua totalidade de premissas ônticas”<sup>62</sup>.

Nesse sentido, o juiz sustenta que “ainda que no Brasil se encontre muitos adeptos ao finalismo, pelo seu desprezo aos novos condicionamentos políticos criminais a que está sujeito o Direito Penal, perde a razão de ser aplicado”<sup>63</sup>.

Em sequência, o magistrado também tece suas críticas em relação às teorias funcionalistas sistêmica e teleológica, porque, apesar de afastarem o conceito de conduta do caráter ontológico, a vinculam às decisões político criminais, podendo ocasionar injustiças e insegurança jurídica<sup>64</sup>.

Diante disso, acaba admitindo que a teoria mais moderna, “o sistema significativo de imputação”<sup>65</sup> demonstra ser a mais adequada. Nesse sentido, alinha-se às ideias de Vives, e declara que:

---

<sup>59</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p.69. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 73-74.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 75.

a conduta representa um processo simbólico regido por normas que traduzem seu significado social [...] a conduta comissiva ou omissiva será aquela conduta humana capaz de ser dotada de sentido (ou significado), a partir de uma interpretação das regras sociais com uso estabelecido (diferente dos fatos que admitem apenas descrições). Assim, para reconhecer a conduta, precisa-se conhecer a expressão de sentido que ela manifesta, por intermédio do código social segundo o qual se lhe interpreta, não guardando, desta forma, relação com o fim eventualmente colimado com ela (conduta), visto que as intenções não determinam as ações ou omissões. Reconhece-se, entretanto, que nas próprias condutas estarão, em regra, expressas as intenções<sup>66</sup>

Ademais, a respeito da ação, a compreende como “o significado da conduta em um certo contexto”, sendo, portanto, carregada de sentido e não simplesmente “uma conduta realizada por determinado sujeito”<sup>67</sup>. Outrossim, depreendendo esses conceitos, o magistrado sintetiza que, “a expressão de sentido da conduta extrai-se do significado que socialmente se atribui ao que o agente faz”<sup>68</sup>.

Ulysses, ao explicar a teoria significativa da ação, cita ainda uma das principais diferenças entre ela e a teoria finalista, qual seja, o lugar onde se analisa o dolo. Na teoria adotada pelo magistrado, o dolo não se encontra no tipo, mas na pretensão subjetiva de ilicitude, “não necessitando que se averigüe a esfera subjetiva do agente” para a definição do tipo<sup>69</sup>.

Por conseguinte, sustenta também que dolo e imprudência diferem porquanto possuem diferentes sentidos, indicando “quantidades diferentes de falta de motivação para o cumprimento da norma”<sup>70</sup>. Nesse sentido, na conduta dolosa, o agente nega, ao limite, “a validade da norma penal, enquanto a conduta imprudente porta apenas o significado de um erro”<sup>71</sup>. Na conduta dolosa, além disso, é essencial que o agente possua o compromisso de atuar para a vulneração do bem jurídico<sup>72</sup>.

Dessa forma, o magistrado ratificou que o dolo, embora seja um elemento subjetivo, “não está na cabeça do agente”<sup>73</sup>, mas é demonstrado e identificado através da existência de elementos de conhecimento, também denominado representação do resultado, e o compromisso com a lesão do bem jurídico.

---

<sup>66</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 76. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 79.

O juiz de primeiro grau afirma que, não obstante a doutrina indique que o Código Penal vigente tenha adotado a teoria volitiva para a aferição do dolo, a legislação não é conclusiva no que concerne aos critérios que devem ser buscados para afirmar que o sujeito agiu com dolo<sup>74</sup>.

Outrossim, defende que admitir a teoria da vontade poderia ensejar um cenário de insegurança jurídica, uma vez que existem inúmeras teorias da vontade. Assente nisso, Ulysses demonstra que adotará uma teoria cognitiva<sup>75</sup>.

O juiz afirma adotar a “teoria significativa do dolo” não somente porque, em relação às suas próprias convicções, acredita ser a teoria mais adequada, mas sim, porque identifica que ela se coaduna ao que dispõe o art. 18 do Código Penal<sup>76</sup>.

Através dessa teoria, tomando como elemento essencial do dolo, além do conhecimento, o “compromisso de lesar o bem jurídico”, ocorre a unificação do gênero dolo, dolo eventual e direto, o que se identifica também na redação do mencionado artigo<sup>77</sup>

Após a exposição sobre as teorias do delito, do dolo e da ação, o magistrado passa para o conceito de prova. Isso porque, é através da prova, sob a égide do processo penal, que se demonstrará objetivamente a intenção subjetiva do agente, chegando a “verdade possível” mais próxima da verdade real<sup>78</sup>.

Em seguida, buscou explicar a hipótese do crime culposos. No ponto, entende que imprudência caracteriza a conduta daquele que, embora produzindo o resultado idêntico ao da conduta dolosa, o fez sem o compromisso de causar lesão ao bem jurídico<sup>79</sup>.

Nesse sentido, os elementos essenciais que caracterizam uma conduta culposa consistem na infração de um dever de cuidado, a ausência do compromisso com o resultado, bem como a análise da capacidade individual e de atuação do agente<sup>80</sup>.

A propósito, a respeito do dever de cuidado, o juiz aponta que “se verifica se o agente atuou diligentemente de acordo com a experiência comum ou não, não servindo de padrão o ‘homem médio’, mas sim a previsibilidade máxima exigível das condutas dos indivíduos”<sup>81</sup>.

Ademais, procura diferenciar a culpa consciente e a inconsciente, que se diferem pela previsibilidade. Na inconsciente, embora o resultado seja previsível, ele não é previsto pelo

---

<sup>74</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 81. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 82-83.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 84-85.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 86.

agente<sup>82</sup>. O magistrado expôs, além disso, a distinção que admite entre o dolo eventual e a culpa consciente:

No ponto, o que as distingue é que na culpa consciente, o agente não quer o resultado, confia na sua não ocorrência e, se ocorrer, conseguirá evitá-lo. Enquanto no dolo eventual, segundo Muñoz Conde, “o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção<sup>83</sup>.”

Enfim, ao resumir o tipo culposo, Ulysses entende que, para caracterizá-lo, sempre deve haver “o desconhecimento da periculosidade da conduta em relação ao tipo de ação ou em erro vencível sobre algum elemento”<sup>84</sup>.

Depois dessas ponderações, o magistrado passa a análise do caso concreto. Em um primeiro momento, consigna que não há dúvidas quanto à materialidade do fato, tendo em vista os autos de necropsias, os exames de corpo de delito, os boletins de ocorrência, os prontuários médicos, as informações dos estabelecimentos de saúde onde foram atendidas as vítimas, bem como as fotografias e os depoimentos colhidos<sup>85</sup>.

Nesse sentido, infere dos autos de necropsia que a causa das mortes foi a inalação de gases tóxicos resultantes do incêndio, conclusão esta que foi corroborada pelas contribuições de diversos peritos, entre eles Claudio Cityá, Áureo Felipe Duarte, Marcos Soares e o médico Arlindo de Vargas<sup>86</sup>.

No que concerne aos indícios de autoria, em relação ao acusado Elissandro Spohr, o juiz destacou o poder de mando dele em relação à boate, os indícios da aplicação da espuma e indícios de que ela não era adequada, da utilização de fogos de artifício dentro da boate, da apresentação da banda Gurizada Fandangueira, em outros momentos, na *Kiss*, com a anuência de Elissandro, da inexistência de extintores em quantidade suficiente, e os que existam não funcionavam, de superlotação da boate, de que havia uma única saída de emergência, que não possuía dimensões suficientes para dar vazão às pessoas, de que havia possibilidade de controle das pessoas no interior da boate, mas que não foi feito de maneira adequada, de que os funcionários foram instruídos genericamente para que resistissem à saída das pessoas, de que

---

<sup>82</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 86. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 94-95.

os exaustores estavam obstruídos, de ausência de elementos de segurança que poderiam ter amenizado o resultado trágico<sup>87</sup>.

Esses indícios, deduzidos dos laudos periciais, dos depoimentos das vítimas e testemunhas, peritos, médicos e funcionários, configuraram as circunstâncias concretas que levaram o juízo a concluir a presença de indícios suficientes de autoria mediante dolo.

Não obstante o acusado ter expressado, em diversos momentos do depoimento, que não quis e tampouco previu o resultado<sup>88</sup>, isso não foi suficiente para afastar a conclusão pela configuração do dolo.

Em relação a Mauro, embora o acusado tenha dito que “nunca sequer imaginou a possibilidade de alguém erguer um fogo quente dentro da boate, com teto de três metros de altura. É tão óbvio que ninguém faria isso que isso sequer foi cogitado”<sup>89</sup>, bem como que “em nenhum momento assumiu o risco, e de nenhuma forma consentiu com a tragédia”<sup>90</sup>, também foram identificados indícios de que tinha influência sobre as decisões da boate, de que era experiente no ramo, que tinha conhecimento do que se passava na boate, que já tinha presenciado o estabelecimento superlotado e a utilização de pirotecnia no interior, que era de conhecimento dele a existência dos guarda-corpos e que eles teriam dificultado a saída das pessoas do local, que todo o entorno do palco havia materiais sujeitos à combustão, e somadas às outras circunstâncias já elencadas, em relação à boate. Dessa forma, o juiz entendeu presentes indícios suficientes de autoria e dolo<sup>91</sup>.

Na conclusão de cada individualização da conduta, o magistrado prezou por esclarecer que, a despeito de reconhecer os indícios de autoria, não declara que as teses defensivas sejam falsas, mas que, tendo elas não se apresentado de modo a não gerar nenhuma dúvida, a pronúncia impõe-se como necessária<sup>92</sup>.

Em outras palavras, não sendo reconhecida como evidente e absoluta a versão da defesa e existindo tese em sentido contrário, com elementos de prova razoáveis, cumpria reconhecer a competência do Tribunal do Júri para dirimir as dúvidas.

---

<sup>87</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 98-117. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 117-124.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 124.

A propósito, pondera que os elementos da cadeia causal atribuídos aos acusados “não podem ser analisados de maneira percuciente nesta fase de *judicium accusationes*, mas sim como um conjunto de fatores que, somados, trazem indícios de autoria”<sup>93</sup>.

Em relação à Luciano, não obstante tenha referido que “nunca se preocupou que pudesse acontecer alguma coisa com o uso desses artefatos, porque para ele era seguro”<sup>94</sup>, sua defesa tenha esclarecido que o acusado “sequer tinha consciência da possibilidade de produzir resultado, não havendo prova nos autos de que agiu prevendo a possibilidade de ofensa a bem jurídico penalmente tutelado”<sup>95</sup>, bem como tenha afirmado, e não só ele, como outras pessoas no processo, que atuava apenas como um “roadie” da banda e não como um produtor musical com poder de decisão, foi também pronunciado, porquanto o magistrado entendeu estarem presentes indícios de autoria e dolo, em razão de haver indícios de que ele:

teria acoplado o artefato nas mãos do acusado Marcelo, e que teria sido o responsável pela compra do material mais barato – para uso externo -, bem como pelo acionamento do aludido dispositivo, que, posteriormente, acabou encostando no teto da boate e incendiando, o que teria dado início à tragédia [...] **era esclarecido da inadequação dos artefatos e mesmo assim optou por comprá-los**<sup>96</sup>

Marcelo, assim como Luciano, proferiu que “nunca pensou que fosse perigoso, jamais pensou nessa possibilidade” e que “nunca passou pela sua cabeça que algo pudesse acontecer na *Kiss* porque para eles o local era seguro”<sup>97</sup>, bem como afirmou que “não imaginou que fosse acontecer, que não queria que acontecesse”<sup>98</sup>. De forma técnica, sua defesa arguiu, além disso, que Marcelo acreditava que o artefato pirotécnico era seguro, assim como a boate<sup>99</sup>.

Contudo, o magistrado entendeu estarem presentes indícios de autoria e dolo, porquanto reconheceu a existência de indícios de que:

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

---

<sup>93</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 123. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>94</sup> Ibidem, p.124.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 126-127.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 23.

exalação dos gases tóxicos [...] Houve indícios de que o acusado poderia ter alertado o público sobre o fogo e não o fez de modo suficiente<sup>100</sup>

Enfim, todos os denunciados foram pronunciados, levando em consideração a existência de indícios de autoria e a inexistência de absoluta irrefutabilidade das teses das defesas, sendo a divergência solucionada com o cumprimento do brocardo latino *in dubio pro societate*<sup>101</sup>.

De igual modo, o magistrado entendeu que as qualificadoras só poderiam ser afastadas se comprovadamente improcedentes e que, no caso de dúvida, esta deveria também ser submetida à discussão pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri<sup>102</sup>.

No caso, afirma estarem presentes indícios de que os acusados, a fim de lucrarem e economizarem, optaram pela utilização de espuma inadequada, não investiram em segurança, não restringiram a superlotação, escolheram fogo de artifício inadequado para uso interno, justificando a incidência de qualificadora por motivo torpe<sup>103</sup>

Além disso, a qualificadora referente ao meio cruel estaria configurada em razão dos indícios de morte por asfixia, tendo em vista os depoimentos dos sobreviventes e dos peritos<sup>104</sup>

Não obstante a longa introdução doutrinária a respeito das teorias do dolo, da ação e da conduta, observa-se que o juiz não relacionou a teoria adotada, significativa da ação, ao caso concreto, na medida em que não há nenhuma referência a indícios que demonstrem que os acusados tiveram “compromisso de causar lesão ao bem jurídico”.

Ao contrário, o que caracterizou elemento determinante para a pronúncia dos acusados foram os quesitos da previsibilidade e do descuido, assertiva que é inferida da conclusão de que “os acusados poderiam ter evitado o resultado, e não evitaram, assumindo o risco de produzi-lo”<sup>105</sup>.

#### **1.4. Os fundamentos do acórdão dos embargos infringentes que afastaram a competência do Tribunal do Júri**

O relator do acórdão, o Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, proferiu voto no sentido de que não houve crime doloso contra a vida. No voto, comparou o caso da boate com

---

<sup>100</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 130-131. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 141.



o ocorrido em 2006, quando 156 morreram a bordo do Boeing 737.800 da Companhia Gol, questionando: “Quiseram os pilotos do Legacy matar os passageiros do avião da Gol? Assumiram o risco de produzir suas mortes a configurar homicídio doloso? Pretendiam suicidar-se junto? Não”<sup>106</sup>

No caso mencionado, os acusados foram condenados com pena inferior a quatro anos, não sendo atribuído dolo à conduta deles. Por analogia, o relator entendeu que, no caso da boate, sendo as respostas àquelas perguntas igualmente negativa, também deveria se entender pela ausência de dolo na conduta desses acusados<sup>107</sup>.

Diferente do entendimento exarado na decisão de pronúncia, o desembargador, nessa oportunidade, confirma que a vontade dos agentes “integra a tipicidade da ação e que, por conseguinte, diz respeito à essência do crime e que, em razão disso, deve necessariamente ser submetido ao crivo do Juiz”<sup>108</sup>.

Ademais, compreende que o crime de homicídio se inicia com “a cogitação, passando pela preparação, depois pela execução, e culminando com a consumação”<sup>109</sup>, bem como que esses passos não foram perpassados pelos acusados.

Reconhece, também, que não haveria nos autos indícios, por parte dos acusados, da vontade de matar<sup>110</sup>. Afirma, além disso, que o MPRS não transcreveu suficientemente, “com absoluta precisão”, as circunstâncias pelas quais seria possível identificar o dolo na conduta dos réus<sup>111</sup>.

A propósito, sustenta que as circunstâncias mencionadas, como a “utilização de fogo de artifício inadequado para o local, ambiente impróprio, superlotação, inexistência de saídas alternativas, falta de sinalização de emergência, funcionários sem treinamento adequado, seguranças que dificultaram a saída das vítimas e exaustores obstruídos” constituem elementos que indicam culpa *stricto sensu*<sup>112</sup>.

Nesse sentido, corroborando com esses argumentos, aponta para o fato de que a boate funcionava regularmente, “sem obstáculo das autoridades encarregadas da fiscalização”, como também “o show pirotécnico já havia sido realizado anteriormente, sem qualquer

---

<sup>106</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 23. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 33.

incidente”<sup>113</sup>, circunstâncias que poderiam justificar que o resultado não era previsível ou sequer fora anuído pelos acusados, afastando o dolo.

Por conseguinte, ausente dolo, entendeu pela desclassificação das condutas dos acusados para crime que não era da competência do Tribunal do Júri.

A Desembargadora Rosaura Marques Borba, revisora, proferiu voto no sentido de que o processo deveria ser encaminhado para o julgamento pelo Tribunal de Júri<sup>114</sup>

Por oportuno, entende que o dolo não deve ser aferido simplesmente se verificada indiferença do agente ao resultado, mas sim, se ele insiste em dar continuidade à ação, mesmo “consciente do potencial lesivo que sabe envolver os seus atos”<sup>115</sup>.

A desembargadora aponta que os embargantes foram pronunciados em razão da existência de inúmeras ações supostamente negligentes, e também omissões dos réus, “que permitem concluir que eles podem ter assumido o risco de causar danos a terceiros e, conseqüentemente, a morte das vítimas”<sup>116</sup>. Ao ensejo, reconhece que o *animus* foi devidamente indicado e individualizado pelas circunstâncias elencadas na denúncia<sup>117</sup>.

A propósito, em relação à Elissandro, reitera que:

além de sócio proprietário da boate, era quem efetivamente gerenciava o estabelecimento, sendo responsável direto, em tese, por aqueles fatores indicados na denúncia que teriam dado causa ao incêndio que determinou as mortes e as tentativas, com exceção, como já dito, da dificuldade criada pelos seguranças da festa à saída das pessoas que lá se encontravam na noite fatídica<sup>118</sup>.

No que diz respeito à conduta de Mauro, afirma que:

embora alegasse ser mero sócio investidor da boate, tinha poderes de mando e de decisão, sendo que participava ativamente das reformas realizadas na casa noturna e “*assentia com o modo concreto de operação da Kiss*”, inclusive freqüentando o local semanalmente, ocasiões em que percebia como de fato funcionava o estabelecimento. Além disso, tinha ciência da utilização dos artefatos pirotécnicos pela banda “Gurizada Fandagueira”, das especificações da espuma que revestia o teto, do modo de instalação das barreiras de proteção (guarda-corpos) na entrada da festa, da forma de colocação e funcionamento dos extintores, do número de pessoas que comportava o espaço, etc<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 33. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima

<sup>114</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>118</sup> Ibidem.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 43.

No que se refere a Luciano e Marcelo, tem que:

não era a primeira vez que eles efetuavam o show pirotécnico naquele local, mas na noite específica de 27 de janeiro de 2013, o primeiro, responsável pela compra do produto cuja destinação específica era para uso externo, acoplou o artefato explosivo a uma luva, que foi colocado na mão do segundo, que o acionou, vindo a atingir a espuma que revestia o teto da casa noturna<sup>120</sup>

Dessa forma, conclui que tais circunstâncias configuram indícios suficientes de que, a partir dessas escolhas tomadas e responsabilidades assumidas, havia probabilidade de previsão do resultado danoso<sup>121</sup>. Portanto, havendo indícios da existência de dolo e ausente requisitos para a verificação da modalidade culposa, de plano, não deverá ser admitido o afastamento da competência do Tribunal do Júri<sup>122</sup>.

Além disso, também retifica o próprio posicionamento em relação à compatibilidade do dolo eventual com a tentativa, entendendo, nesse momento, ser possível, em harmonia com a jurisprudência das Cortes Superiores<sup>123</sup>.

O desembargador Jayme Weingartner Neto, manteve o entendimento de seu voto proferido no recurso em sentido estrito que manteve a pronúncia, afastando apenas as qualificadoras, acompanhando o voto da revisora<sup>124</sup>.

De seu voto, destaca-se a objetividade, especialmente quanto às circunstâncias que evidenciaram a presença de indícios de autoria e dolo:

se Kiko e Mauro implantaram, por sua conta, espuma altamente inflamável e tóxica, contrataram show pirotécnico, mantiveram a casa noturna superlotada e sem condições de evacuação e segurança, com funcionários sem treinamento obrigatório, isso tudo, somado, pode significar, no conjunto da obra, que assumiram o risco das mortes? Por tudo que compulsei dos autos, não há como descartar, de plano e fora de qualquer dúvida, que, nestas condições concretas, suas escolhas e condutas podem significar que assumiram o risco das mortes. Para Luciano e Marcelo, se adquiriram e acionaram, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos, tendo direcionado o artefato aceso para o teto da boate, cientes do ambiente inapropriado e da superlotação, visível naquela noite, e do percurso labiríntico para evacuação, no conjunto da obra, podem ter assumido o risco das mortes? Outra vez, a resposta é positiva [...]. E quanto à confiança de Kiko? Ele, em tese, sabia que o segundo alvará (pelo qual o capitão bombeiro foi condenado por inserir declaração falsa), ocorreu sem prévia fiscalização no local (também sabia que não treinara a equipe). A licença de operação vedava expressamente a queima de qualquer

---

<sup>120</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 43. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima.

<sup>121</sup> Ibidem.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 49.

material inflamável. Nada obstante, colocou a espuma por sua conta e risco, contratou show pirotécnico, permitiu a superlotação num local que obstaculizara com guarda-corpos, carente de sinalização e treinamento de pessoal. A tese defensiva, de que confiava que estava tudo em ordem, neste contexto, não ultrapassa o umbral da dúvida<sup>125</sup>.

Destaca-se nesse voto, ademais, que, na opinião do desembargador, diante das condições relatadas, não é crível afirmar que o incêndio era inimaginável<sup>126</sup>.

Por todo o exposto, votou pela competência do Tribunal do Júri para julgar o caso, reconhecendo a presença de indícios de prática da conduta delitiva, mediante dolo, ainda que eventual.

O Desembargador Manuel José Martinez Lucas acompanhou o voto do relator<sup>127</sup>.

O Desembargador Sylvio Baptista Neto, acompanhou a revisora e o Desembargador Jayme, reiterando que “a desclassificação do delito só pode ocorrer, como também a absolvição ou a despronúncia, quando o *animus necandi* estiver plenamente desgarrado da prova apurada no processo”<sup>128</sup>.

O Desembargador José Antônio Cidade Pitrez também acompanhou o voto da revisora, rejeitando os embargos<sup>129</sup>. Acrescentando somente que dirimir a dúvida entre dolo eventual e culpa consciente é competência do Tribunal do Júri, não podendo o TJRS suprimir a apreciação de quem é o juiz natural da causa<sup>130</sup>.

O Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, por sua vez, embora utilize o mesmo marco teórico adotado no voto do Desembargador Jayme, qual seja, Roxin, acompanhou o entendimento do relator no sentido de não identificar a presença de dolo eventual nas condutas imputadas aos acusados. Isso porque, entende que somente poderá assumir o risco do resultado o agente que o tenha previsto como possível<sup>131</sup>.

Além disso, o magistrado ressalta uma particularidade que ainda não tinha sido apontada nos outros votos, qual seja, “o absoluto descaso da administração municipal que, em caráter precário, ou não, permitiu o funcionamento do estabelecimento [...]”<sup>132</sup> que foi encontrado com

---

<sup>125</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 52. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 65.

espuma imprópria, guarda-corpos e uma única porta de saída. Essa circunstância levou o magistrado a entender que o resultado não poderia ter sido previsto pelos sócios da boate, configurando uma conduta que apenas deixou de observar um dever objetivo de cuidado, sendo, portanto, culposa<sup>133</sup>.

De igual modo, compreendeu que o fato de Marcelo e Luciano terem utilizado os fogos de artifício inadequados para o ambiente não indica que tenham, necessariamente, “representado, como possível, o terrível resultado”<sup>134</sup>.

O Desembargador Luiz Mello Guimarães também acompanhou o voto do relator, afirmando ser imprescindível, tanto para a caracterização da culpa quanto do dolo, a previsibilidade do resultado. Já para a diferenciação, é necessário adentrar no âmbito do assentimento. Nesse sentido, quando verificada a indiferença quanto ao resultado previsto, verificado também o dolo eventual<sup>135</sup>.

No caso concreto, para verificar a hipótese de competência do Tribunal do Júri, o magistrado entendeu que seria necessário que fosse demonstrado que os acusados previamente aceitaram o resultado, com indiferença à hipótese de matar todas as vítimas<sup>136</sup>.

Além disso, destaca que:

para afirmar que Luciano, Marcelo e Elissandro poderiam ser indiferentes às mortes de todas aquelas pessoas (e à dor de todas as famílias das mesmas), necessariamente tem de se admitir que poderiam ser indiferentes, também, às próprias mortes (e à dor das próprias famílias), e inclua-se aí a morte da mulher de Elissandro, que estava grávida, pois estavam todos presentes na cena dos fatos e poderiam ter morrido também, já que o meio empregado para a consecução do crime não era por eles controlável. Porém, como dito, não há nos autos indício algum de que seriam indiferentes às próprias vidas<sup>137</sup>

Diante disso, pela ausência de previsão, vontade e indiferença, o magistrado concluiu que não haveria dolo na conduta dos acusados, razão pela qual também não seria da competência do Tribunal do Júri julgá-los.

Diante do empate, a Turma Julgadora acolheu os embargos infringentes apenas para desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 65. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 70.

### **1.5. Os fundamentos do Recurso Especial que determinaram a competência do Tribunal do Júri**

Ao relatar o Recurso Especial n. 1.790.039<sup>139</sup>, o Ministro Rogério Schietti esclarece que serão examinadas três questões essenciais.

A primeira delas diz respeito ao elemento subjetivo do tipo imputado. No ponto, caberia ao órgão decidir se as condutas perpetradas pelos réus indicavam que haviam atuado com dolo eventual, assumindo o risco de produzir os resultados denunciados, ou se, na verdade, deveriam ser as condutas desclassificadas para homicídios e lesões corporais, todas na modalidade culposa<sup>140</sup>.

Outra questão seria a compatibilidade entre o dolo eventual e a forma tentada do delito de homicídio, bem como se as qualificadoras – motivo torpe e emprego de meio cruel – deveriam permanecer afastadas<sup>141</sup>.

Por fim, também seria analisada, caso reconhecido o dolo eventual na conduta dos réus, se o empate apurado no julgamento dos embargos infringentes deveria favorecer os acusados ou se, em razão do *judicium accusationis*, não incidiria a regra do *in dubio pro reo* nesse momento processual<sup>142</sup>.

No que concerne à primeira questão, a respeito da atuação com dolo eventual, o ministro destacou que, na pronúncia, no qual se faz mero juízo de admissibilidade da acusação, basta a existência de indícios suficientes da autoria do delito. Portanto, cabe ao Conselho de Sentença, decidir, se está comprovada ou não a autoria<sup>143</sup>.

O magistrado reconhece que há duas teses bem definidas, tanto pela acusação quanto pela defesa, não fosse assim, não haveria empate na decisão dos embargos divergentes. Entretanto, a discussão essencial que contextualiza as duas teses consiste na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente.

O magistrado inicia à reflexão acerca da fronteira entre as duas modalidades, já reconhecendo que o fato gerador da dificuldade de diferenciação consiste no impasse em relação ao “elemento anímico que move a conduta do agente, haja vista que nem sempre o que pensa ou delibera o acusado em sua psique se materializa em atos externos”<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 85.

Daí, resta observar os elementos objetivos revelados pela conduta. Em geral, quando há descumprimento de regras de conduta, logo se refere à ausência de observância do dever objetivo de cuidado e, por conseguinte, à culpa. Contudo, há “situações em que, claramente, o comportamento contrário ao Direito traduz, em verdade, uma tácita anuência a um resultado não desejado, mas supostamente previsto”<sup>145</sup>.

Ressalta, ainda, o ministro, que “parece haver concordância entre os doutrinadores pátrios de que o nosso Código Penal se filiou, de maneira geral, à teoria finalista da ação, na qual o dolo e a culpa traduzem o elemento subjetivo do tipo”<sup>146</sup>.

Assim sendo, reconhece que, para a configuração do dolo eventual, ainda sob uma perspectiva finalista, não é imprescindível a identificação de “vontade inquestionável do agente”, mas sim a “anuência e a ratificação subjetivas, situadas na esfera volitiva”<sup>147</sup>.

Por oportuno, esses elementos somente poderão ser identificados, no processo penal, pela análise “dos dados da realidade de maneira global e dos indicadores objetivos apurados no inquérito e no curso do processo”<sup>148</sup>.

Partindo dessa premissa, o ministro transcreve parte do voto vencedor no recurso em sentido escrito, de autoria do Desembargador Jayme Neto, o qual, mantendo a decisão de pronúncia, apontou os elementos concretos que ensejaram a conclusão pela existência de indícios de dolo eventual<sup>149</sup>.

São eles, em relação a Elissandro e Mauro, a implantação da espuma altamente inflamável e tóxica, a contratação de show que sabiam incluir fogos de artifício, a manutenção da casa noturna superlota e sem condições de evacuação e segurança, bem como a ausência de treinamento adequado para os funcionários<sup>150</sup>.

Já em relação a Luciano e Marcelo, o fato de terem adquirido e acionado, em ambiente que conheciam, fogos de artifício para ambientes externos, terem direcionado o artefato aceso bem próximo ao teto da boate, iniciando a queima, bem como terem saído do local dos fatos sem alertar o público sobre o fogo, ainda que o pudessem fazer<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS, p. 86. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 88.

Por tudo isso, concluiu estarem presentes elementos suficientes capazes de demonstrar indícios de condutas que ultrapassaram a violação do dever de cuidado objetivo e adentraram a fronteira do dolo. Não obstante, esclarece que:

a afirmação segundo a qual os recorridos teriam agido com **dolo eventual não implica afirmar que tenham previsto a morte de todas as 242 pessoas fatalmente vitimadas e lesões em outras 636, mas sim, que estavam cientes de que, dadas as condições já amiúde mencionadas, produziriam um incremento considerável do risco de que uma, duas, duzentas ou sabe-se lá quantos frequentadores da casa noturna de algum modo poderiam tombar, e bastaria uma morte para que, nessa linha de raciocínio, se atribuísse a responsabilidade a título de dolo eventual visto que a quantidade de vítimas terá relevância tão somente para eventual quantificação da resposta penal. Se a amplitude e as consequências dos malsinados comportamentos não poderiam ser, a priori, mensurados, eram elas, a meu sentir, plenamente previsíveis e, mais do que isso, a decisão de pronúncia indicou **fatores objetivos que permitem inferir que os recorridos estavam cientes desses riscos e das possíveis consequências que poderia causar o menor incidente decorrente do uso de fogo de artifício sabidamente impróprio para ambiente interno, acionado e direcionado a material altamente inflamável, a poucos centímetros de distância da chama.** O fato de terem feito uso, sem incidentes, desse recurso pirotécnico em outros shows anteriores da banda em nada auxilia – muito pelo contrário – a defesa dos recorridos, haja vista que, até mesmo por serem profissionais ‘do ramo’, sabiam plenamente dos riscos que normalmente já são inerentes a qualquer evento de maior magnitude realizados em ambientes fechados, escuros, sem mobilidade, e com difícil escoamento. E, cientes de que esses riscos são já presentes, pelo simples fato de se aglutinar uma multidão em um ambiente assim, incrementaram, deliberada e conscientemente, esse risco, a ponto de ser razoável concluir, como o fizeram o juiz da pronúncia e os desembargadores que confirmavam tal decisão, que tinham ciência de que esse risco existia e que poderia vir a se concretizar com danos humanos e materiais incalculáveis [...] <sup>152</sup>.**

Acerca da compatibilidade entre dolo eventual e homicídio tentado, o ministro concluiu pela compatibilidade, apontando tanto a doutrina majoritária quanto precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

A respeito da exclusão das qualificadoras, recorda os fundamentos utilizados na pronúncia, bem como, em sentido oposto, os fundamentos do recurso que as afastou.

As qualificadoras foram apontadas na denúncia, tendo em vista a presença de acervo probatório mínimo capaz de indicar a presença delas. Por outro lado, foram afastadas posteriormente, no julgamento do recurso em sentido estrito, no TJRS, em razão, em síntese,

---

<sup>152</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS, p. 91-92. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.



da ausência de circunstâncias que revelassem, no caso, “especial censurabilidade ou perversidade”<sup>153</sup>.

Diante disso, o ministro se alia ao entendimento exarado pela Corte Estadual no sentido de que a ganância - motivo torpe -, bem como o fogo e a asfixia - meio cruel - foram sopesados na configuração da tipicidade subjetiva “e, se for chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria configurado o *bis in idem*, que é vedado”<sup>154</sup>. Além disso, concluiu que:

não ficou comprovado que, nesse espectro, os acusados tenham, mediante incêndio, deliberado ou anuído em causar excessivo sofrimento à vítimas [...]. Também não há elementos a indicar que o dolo eventual imputado aos acusados abrangesse a asfixia das vítimas<sup>155</sup>.

Portanto, determina o afastamento das qualificadoras apontadas na denúncia e confirmadas na pronúncia.

No que concerne à aplicação do *in dubio pro reo* no caso de empate, como ocorrido no julgamento dos embargos infringentes, o magistrado considera que a decisão só poderia ser favorável aos réus se o acervo fático-probatório fosse inquestionável e levasse a identificação, de plano, da ausência de elemento subjetivo autorizador do julgamento popular<sup>156</sup>.

Em outras palavras, embora não admita um *in dubio pro societate*, entende que são suficientes, para a pronúncia, os indícios de autoria do crime doloso, lastreados nas provas e fatos do processo, como é o caso em exame.

Nesse sentido, decidiu, enfim, serem suficientes os indícios, no caso, de cometimento de crime doloso contra a vida, na modalidade do dolo eventual, retomando a competência do Tribunal do Júri, ainda que se tenha feito, segundo as palavras do próprio magistrado, um exame não aprofundado do contexto fático-probatório, único possível no recurso especial.

## 1.6. O julgamento do Tribunal do Júri

Nessa fase do processo, o juiz-presidente Orlando Faccini Neto, que em consonância à votação do Conselho de Sentença, declarou a condenação dos réus, também reconheceu que uma das questões mais relevantes do processo girou em torno da distinção entre dolo eventual e culpa consciente<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS, p. 96. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 104

<sup>157</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

Por conseguinte, entendeu ser necessário realizar ponderações sobre o assunto. Nesse vértice, declarou que a doutrina jurídica brasileira tem sido equivocada ao adotar uma perspectiva finalista, na qual a culpabilidade não é analisada juntamente com elementos subjetivos, fazendo com que seja, na fixação da pena, um aspecto meramente cosmético<sup>158</sup>.

Ademais, sustentou que os elementos subjetivos devem ser analisados na culpabilidade e não como se integrasse somente e simplesmente o tipo. Dessa forma, poderia avaliar melhor a intensidade do dolo, na culpabilidade, não sendo relevante, para o efeito, se se trata de dolo direto ou eventual<sup>159</sup>.

Reconheceu, ainda, que para diferenciar as hipóteses de dolo eventual e culpa consciente deve ser levado em conta o “estado de indiferença ou de desinteresse frente aos valores comportados pelo Direito”<sup>160</sup>. Nesse sentido, se presente a indiferença, se ausente oposição interna quando possível a lesão do bem jurídico, caracteriza-se o dolo<sup>161</sup>.

Diante disso, o juiz reitera que a discussão sobre o dolo, sobretudo no que concerne ao dolo eventual e a distinção entre culpa consciente, não deve estar calcada no elemento volitivo, mas sim nesses elementos supramencionados<sup>162</sup>, no que o dolo tem de cognitivo. A fim de corroborar sua conclusão, cita o autor José Carlos Porciúncula<sup>163</sup>, ao afirmar que

não há como perscrutar o fundo da alma de um sujeito, de sorte que é justamente através do externo, ou seja, através do comportamento do autor e de suas circunstâncias que se faz possível depreender o sentido exteriorizado de sua conduta<sup>164</sup>.

Dito isso, o magistrado afirma que, indubitavelmente, os réus, no caso em exame, agiram com intenso dolo eventual, que, a propósito, não é menos grave que o dolo direto, ainda mais por se estar diante da morte de centenas de pessoas<sup>165</sup>. O magistrado chega a afirmar que “dolo não é vontade, dolo é representação”<sup>166</sup>.

---

<sup>158</sup> Ibidem, p.5.

<sup>159</sup> Ibidem.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>163</sup> Embora cite o autor, o magistrado não apresenta a referência.

<sup>164</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.8. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 12.

A despeito dessas conclusões, chega, ainda, a afirmar que uma das assertivas a que se chegou no processo foi a de que “a culpabilidade dos acusados é elevada, porque intenso o elemento subjetivo com que agiram”<sup>167</sup>.

Após, o juiz expõe uma breve reflexão acerca da finalidade da pena, concluindo que, respeitando-se os limites fixados legalmente, não se pode descurar dos impactos do crime para as vítimas e familiares, de modo que a fixação da pena não fique alheia aos interesses delas<sup>168</sup>.

No que diz respeito à fixação da pena-base e a análise do disposto no art. 59 do Código Penal (CP), o juiz reitera ser elevada a culpabilidade dos réus. Em relação a Elissandro e Mauro, porquanto:

determinaram a instalação, em paredes e no teto da boate, de espuma altamente inflamável, olvidando indicações técnicas de uso que, em sua condição empresarial, deveriam obedecer. Mais do que isso, empreenderam a contratação de show musical no qual era cedida a utilização de artefatos similares a fogos de artifício, sem prestar a devida informação sobre os riscos associados à conjugação destes dois fatores [...]. Isto para não dizer do fato que aceitaram, sem peias, manter a casa noturna com lotação demasiada, sem que tivessem atuado no sentido de viabilizar adequadas condições de evacuação, em casos de necessidade. Tudo no processo, ademais, corrobora a ideia de que coadunaram com a atuação de funcionários sem os treinamentos obrigatórios, e, no ensejo dos fatos da denúncia, chegaram a, ainda que genericamente, e no início do desdobramento do evento, ordenar aos seguranças para que impedissem a saída de pessoas do recinto, acaso não demonstrado o pagamento das despesas de consumo na boate [...] do fato de que auferiam rendimentos dos lucros da boate, era-lhes imperativo comportamentos diversos, em ordem à garantia da segurança daqueles que frequentavam o local. Essa mesma condição, cumpre dizer, torna indiscutível a consciência da ilicitude do comportamento, viabilizando juízo desfavorável sobre essa circunstância<sup>169</sup>.

Em relação a Marcelo e Luciano, a culpabilidade foi negativamente valorada, tendo em vista:

Não obstante conhecendo o local do fato, onde já haviam atuado, acionaram os artefatos pirotécnicos que sabiam, ou no mínimo deveriam saber, serem destinados a uso em ambientes externos, sendo que um destes foi direcionado para o teto da boate, de modo leviano e insensível, o que deflagrou, *tout court*, a queima do revestimento inflamável. A importância causal desta conduta, para a produção de tamanho número de mortes, é inequívoca e o peso elevado das consequências deve ser suportado por aqueles cujo comportamento foi mesmo decisivo para a eclosão das mortes. Sem contar que teriam saído do local sem alertar o público acerca do fogo e da necessidade de evacuação, dando à vida

---

<sup>167</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.14. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 20.

dos frequentadores nenhuma importância e egoisticamente buscando preservar a sua. De modo que a reprovabilidade é intensa, sendo os acusados imputáveis e sendo-lhes, fortemente, exigido comportamento diferente daquele que adotaram por ocasião da efeméride<sup>170</sup>.

Também foram consideradas para a majoração da pena o fato dos acusados terem, em razão de lucro e economia, escolhido por materiais e instrumentos que colocaram em risco a vida dos que frequentaram a boate no dia do ocorrido, levando muitos deles à morte<sup>171</sup>. Ademais, foi considerado o intenso sofrimento pelo qual passaram as vítimas, em razão, principalmente, do modo como se deram as mortes, bem como a idade das vítimas<sup>172</sup>.

O comportamento das vítimas também foi utilizado como parâmetro para valoração negativa da culpabilidade dos agentes. Em um primeiro momento, porque houve quebra da legítima expectativa que as vítimas possuíam quando foram à boate, guiadas por um princípio de confiança, o mesmo que é observado no tráfego viário<sup>173</sup>.

Além disso, o fato de que algumas vítimas, mesmo feridas, teriam retornado ao local “com o objetivo nada menos que heroico de buscar salvar da morte seus semelhantes [...] que comparados com o modo de atuação dos acusados, torna a conduta destes réus, no ponto, individualista e, portanto, egoísta”<sup>174</sup>, o que também foi levado em consideração para a elevação da pena.

A personalidade dos acusados também foi valorada negativamente, porquanto:

em todas as páginas, em todas as suas manifestações, parecem colocar-se como destituídos de compaixão por aqueles que faleceram, por aqueles que se feriram, fazendo preponderar os seus próprios interesses contra qualquer sinal de arrependimento, altruísmo, remorso, empatia ou compaixão<sup>175</sup>.

Diante disso, a pena de Elissandro foi fixada em 15 de reclusão, pela maior expressividade da atuação dele na boate, a de Mauro, 13 anos e a de Marcelo e Luciano, 12 anos<sup>176</sup>.

---

<sup>170</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.21. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 29-30.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 33.

As penas foram diminuídas, na menor fração possível, em razão da tentativa, e pelo percurso avançado do *iter criminis* nesses casos<sup>177</sup>.

Em razão do concurso formal, as penas foram aumentadas no patamar máximo, perfazendo, para Elissandro, a pena de 22 anos e 6 meses de reclusão, para Mauro, a pena de 19 anos e 6 meses de reclusão e, em relação a Marcelo e Luciano, a pena de 18 anos de reclusão<sup>178</sup>.

Foi estabelecido, ademais, o regime fechado para o início do cumprimento das penas e a execução provisória delas, tendo em vista “lei expressa, viabilizando a execução da condenação superior a quinze anos, como na espécie, nos casos do procedimento de Júri; há precedente do Supremo Tribunal Federal neste sentido e, na discussão mais recente, em RE, dois votos favoráveis à tese já foram proferidos”<sup>179</sup>.

## **2. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NAS DECISÕES QUE VERSARAM SOBRE A EXISTÊNCIA DE DOLO**

Analisar a fundamentação das decisões é necessário, nesse momento, porque a argumentação é um aspecto importante para enxergar os fenômenos jurídicos nas sociedades democráticas, como afirma Atienza. Da análise, é possível também apresentar subsídios para que os próximos juristas deem sentido e guiem às suas atividades<sup>180</sup>.

Em um estado autoritário, não parece necessário se preocupar com a fundamentação das decisões, porque não há possibilidade, e não se espera que haja, de participação da sociedade que experimenta os efeitos das decisões. Ao contrário, a preocupação com a argumentação é uma demanda presente nos Estados democráticos<sup>181</sup>.

Isso porque, no paradigma democrático, busca-se um ideal de Direito, um Direito justo<sup>182</sup>, que propicie o exercício de direitos fundamentais já garantidos constitucionalmente, como a liberdade.

---

<sup>177</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.33. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>180</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1 ed., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 20.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 20.

Por conseguinte, as decisões que incidem sobre a liberdade demandam atenção especial, por incidirem, ao fim e ao cabo, no bem jurídico a que se busca melhor tutelar, que é a vida.

Atienza formulou alguns critérios para a análise para a avaliação das argumentações, tanto de decisões judiciais quanto dos argumentos dos advogados. Embora um exame aprofundado à luz desses critérios não seja o foco principal deste Trabalho, é possível identificar ligeiramente como alguns deles estão presentes nas decisões estudadas ao aferirem o dolo.

Os critérios são de universalidade, coerência, adequação das consequências, moral social e moral justificada<sup>183</sup>.

A universalidade não é sinônimo de generalidade, mas compreende um requisito lógico. Segue o critério de universalidade, por exemplo, a lógica dos precedentes, o que não significa dizer que todos os casos sobre uma mesma matéria terão a mesma conclusão, mas observadas as semelhanças e diferenças, aplica-se ou não, certos princípios<sup>184</sup>.

O critério da universalidade, segue uma premissa aristotélica, qual seja, o fato de que o equitativo é justo<sup>185</sup>. E é essa justiça que a universalidade propõe. No Caso *Kiss*, há um voto em que buscou-se utilizar da universalidade de um argumento, entretanto, o fundamento utilizado não foi persuasivo. Trata-se do voto do desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, ao citar o caso *Legacy* para justificar o afastamento do dolo<sup>186</sup>. Ocorre que, algumas vezes, existem particularidades que demandam soluções diferentes.

O critério da adequação das consequências se concentra no futuro e a verificação dele nas decisões depende da tradição jurídica do ordenamento<sup>187</sup>. A propósito, a preocupação com a adequação das consequências é muito mais importante em um país de tradição jurídica *common law* que *civil law*, como é a do Brasil. Entretanto, desde a reforma do Código de Processo Civil de 2015, com a disposição acerca dos precedentes, vem crescendo a importância desse critério.

A adequação das consequências, por oportuno, é algo que se verifica facilmente no acórdão do recurso especial, no qual o Ministro Relator refere que os fundamentos que utiliza

---

<sup>183</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1 ed., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 131.

<sup>184</sup> Ibidem.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>186</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 23. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima.

<sup>187</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1 ed., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 135.

para a verificação do dolo no caso *Kiss* poderiam ser utilizados inclusive na hipótese de que houvesse apenas uma morte<sup>188</sup>.

Do critério da moral social, depreende-se que não é interessante que o juiz decida de modo indiferente às convenções sociais<sup>189</sup>. A propósito, “os critérios socialmente majoritários parecem estar vinculados à ideia de democracia”<sup>190</sup>.

Entretanto, a fundamentação exclusivamente amparada nesse critério apresenta alguns riscos propiciados pelo fato de que a moral social pode não ser facilmente identificada. Além disso, a opinião social majoritária pode expressar preconceitos e, até mesmo, ir contra valores do ordenamento<sup>191</sup>.

O critério da moral justificada diz respeito à observância dos princípios que não são absolutos mas que são frutos de um consenso do conjunto de agentes que discutiram a matéria respeitando certas regras mais ou menos idealizadas<sup>192</sup>.

Em relação à coerência, Atienza propõe que ela se refere à compatibilidade dos fundamentos em relação a valores, princípios e teorias<sup>193</sup>. A compatibilidade em relação às teorias é o que será analisada detidamente adiante.

Nos capítulos anteriores, foram expostos os argumentos utilizados para a identificação do dolo na conduta dos acusados no caso *Kiss*, os quais ensejaram a decretação de penas privativas de liberdade. Neste capítulo, busca-se analisá-los a fim de compreender os fundamentos e as teorias utilizadas pelos juristas.

O primeiro momento em que apontado o dolo eventual na conduta dos acusados foi na decisão que decretou a prisão temporária deles. Nessa oportunidade, o juiz Régis Adil Bertolini, plantonista, relatou que a autoridade policial requereu a prisão por entender haver indícios da prática de homicídio, com dolo eventual, tendo em vista que os acusados teriam assumido o risco da morte. No ponto, a autoridade policial denota clara referência à teoria do

---

<sup>188</sup> “[...] e bastaria uma morte para que nessa linha de raciocínio, se atribuísse a responsabilidade a título de dolo eventual, visto que a quantidade de vítimas terá relevância tão somente para eventual quantificação da resposta penal” (REsp n. 1.790.039/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 2/8/2019).

<sup>189</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1 ed., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 137.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 133.

consentimento<sup>194</sup> (ou da vontade). Não obstante, a prisão foi decretada a fim de viabilizar as investigações e não pela confirmação da existência do dolo.

A propósito, a teoria da vontade é dominante no Direito brasileiro. Através dela se compreende que o dolo consiste na união de dois elementos, a conhecimento e a vontade<sup>195</sup>. Contudo, existem duas formas de enxergar esses elementos, um sob um ponto de vista psicológico-descritivo e outro em um sentido atributivo-normativo<sup>196</sup>.

Greco sustenta que, sob uma perspectiva psicológica-descritiva, a vontade consiste em um estado mental, que é aferido adentrando na psique do agente. Ao contrário, em um sentido atributivo-normativo, a vontade independe da análise da psique. Para diferenciá-las, o autor propõe um exemplo. No caso, de um estudante que não abre o livro senão na véspera da prova, no momento que iniciaria o estudo, recebe um convite, em seguida, sai de casa, bebe, não dorme, vai direto da discoteca para a escola a fim de fazer a prova. Poderia acontecer que quando recebesse sua nota, baixa, que ocasionou reprovação, ele diga que essa não era a sua intenção, ele não queria reprovar. Entretanto, um amigo honesto poderia ouvir e responder “não te queixes, você quis reprovar”<sup>197</sup>.

O estudante representa a perspectiva psicológica-descritiva, enquanto o amigo honesto a atributiva-normativa<sup>198</sup>. Isso porque, nessa última, se observa que o estudante realizou todas as ações que não poderiam ocasionar outra coisa senão uma nota baixa, tudo que poderia ter feito de errado, e sabendo que fazia. Por isso, o amigo não pode dizer que ele não quis o resultado, conquanto agiu com todas as condutas para experimentá-lo<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> Para distinguir o dolo, sobretudo, o dolo eventual, a teoria do consentimento exige a previsão do resultado, que o sujeito tenha o aprovado interiormente, reconhecendo-o como possível, e que tenha estado de acordo com ele, ou seja, consentido. A teoria do consentimento, por sua vez, resulta na teoria da indiferença, desenvolvida por Engisch, segundo a qual o sujeito age com dolo eventual quando aceita ou recebe com indiferença as consequências acessórias negativas meramente possíveis. Para Roxin, essa última não é acertada, entre outros motivos, porque a ausência de indiferença não poderá excluir sempre o dolo. Além disso, em ambos os casos, não seria adequado que se eximisse do dolo aquele que simplesmente tinha esperanças de que o resultado não ocorresse (ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edición. Madrid: Ed. Civitas. 1997).

<sup>195</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 15. Universida EAFIT, Medellin.

<sup>196</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1 ed., Curitiba: Alteridade, 2017, p. 133.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 15. Universida EAFIT, Medellin.

<sup>199</sup> *Ibidem*.



Diante disso, Greco defende ser adequada a identificação da vontade sob uma ótica atributiva-normativa, a fim de se evitar uma incursão impossível na cabeça do agente, bem como a assunção de decisões injustas. Nesse sentido, o pressuposto fundamental do dolo é o conhecimento, e somente esse poderia admitir uma perspectiva psicológica<sup>200</sup>.

Dessa forma, a única hipótese em que não haveria lugar para falar de dolo seria a cegueira dos fatos, porquanto sem conhecimento não há domínio e sem domínio não haverá dolo<sup>201</sup>.

Outro defensor de uma teoria normativa do dolo é Jakobs, que adota mais radicalmente o normativismo que Roxin e, posteriormente, Grego. Para ele, o elemento decisivo passa a ser o sentido social que o comportamento do agente expressa<sup>202</sup>.

O dolo, nesse sentido, seria expressão da indiferença diante da vigência da norma, na qual o autor não reconhece o padrão de comportamento ao qual está vinculado. A propósito, ainda que o autor não tenha conhecimento, mas se esse for resultado da indiferença à vigência da norma, ele continuará sendo penalizado em razão de dolo<sup>203</sup>.

Por outro lado, encontra-se uma teoria moderada, qual seja a da probabilidade<sup>204</sup>, defendida especialmente por Herzberg e Puppe. Nela, os autores complementam a conclusão explicada por Greco a fim de afirmarem que dolo é o conhecimento sobre a ocorrência do resultado provável<sup>205</sup>.

A propósito, Puppe sustenta que a afirmativa do juiz ao aferir o dolo não será uma asserção sobre um fato psicológico, mas consiste em uma atribuição, amparada em fundamentos de natureza fática amplamente aceitas<sup>206</sup>. Nesse sentido, a dicotomia entre as teorias volitiva e cognitiva consiste em quais fundamentos serão utilizados para a fundamentação, se poderão ser

---

GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 16. Universida EAFIT, Medellin.

<sup>201</sup> Ibidem, p.31.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> A teoria da probabilidade é também uma variante da teoria da representação. Conforme definiu Mayer, a probabilidade consiste em algo mais do que mera possibilidade e menos que uma probabilidade predominante (ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edicion. Madrid: Ed. Civitas. 1997, p. 435). Nessa perspectiva, haverá dolo eventual “sempre que o autor tiver considerado como provável a lesão do bem jurídico (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 14º edição rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 263).

<sup>205</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 31. Universida EAFIT, Medellin.

<sup>206</sup> PUPPE, Ingeborg. *O dolo eventual e a sua prova*. in: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Org. Beatriz Corrêa Camargo et al; tradução: Luis Greco. Imprensa: São Paulo, Marcial Pons, 2019.

identificados da atitude interna do agente ou na “intensidade e clareza do risco que o agente define conscientemente”<sup>207</sup>.

A partir de uma teoria volitiva é essencial analisar a constituição psíquica do agente, a posição geral em relação à vítima que, por sua vez, pode ser inferida do comportamento prévio do agente, do comportamento posterior, da satisfação com o resultado e da estrutura da personalidade dele, por exemplo<sup>208</sup>. Por isso, para os defensores das teorias cognitivas do dolo, a teoria volitiva apresenta maior imprevisibilidade e inconstância<sup>209</sup>.

Para uma perspectiva distanciada de elementos volitivos sob uma visão meramente psicológica, pouco importa a distinção entre os tipos do dolo, se eventual ou direto. Isso porque, não se evidenciará a vontade psicológica, mas a vontade em um sentido atributivo-normativo. Na verdade, será privilegiado, entre conhecimento e vontade, o primeiro.

Alguns juízes aprofundaram a discussão sobre a vontade e apontaram claramente o caminho seguido, outros tangenciaram o tema, ora porque a questão não configurava o foco do problema jurídico a que foram provocados a solucionar ora porque não se considerou necessário.

O segundo momento no qual os indícios de realização da conduta mediante dolo eventual são apontados é na decisão que decretou a prisão preventiva dos acusados. A propósito, o decreto preventivo foi proferido pelo mesmo juiz que proferiu a decisão de pronúncia.

Logo no decreto prisional, antes mesmo de iniciada a instrução criminal, o magistrado reconhece a existência de elementos que indicavam o dolo eventual. Em outras palavras, o juiz reconhecia estarem presentes elementos que evidenciavam que todos os acusados assumiram o risco de produzir o resultado, ainda que não tivessem desejado diretamente, não tendo tomado os cuidados necessários para evitá-lo, sendo, ademais, indiferentes ao resultado. Mais uma vez, ao se reportar ao termo “assumir o risco” e “indiferença”, o juiz se evidencia uma análise sob uma teoria volitiva.

---

<sup>207</sup> PUPPE, Ingeborg. *O dolo eventual e a sua prova*. in: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Org. Beatriz Corrêa Camargo et al; tradução: Luis Greco. Imprensa: São Paulo, Marcial Pons, 2019.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 72.

Isso porque, para as teorias volitivas, será manifestada a vontade, sob um sentido psicológico, quando o autor, por exemplo, for indiferente, aprovar ou consentir com o resultado e quando uma dessas hipóteses for empiricamente comprovada<sup>210</sup>.

Da denúncia, é possível extrair uma preocupação metodológica maior em adequar o caso concreto à hipótese de dolo eventual, porquanto o Ministério Público, diferentemente das autoridades que o antecederam nessa matéria, apontaram uma definição minuciosa e complexa de dolo, capaz de compreender o quesito do consentimento, ao afirmar que os acusados assumiram o risco de produzir o resultado, o quesito da indiferença e o quesito da previsão. Depreende-se, também, referência à teoria do consentimento, e, mais do que isso, a observância de postulados da teoria da representação<sup>211</sup>, ao evidenciar que os acusados eram capazes de prever o resultado como provável.

Nota-se, da denúncia, ademais, que o MPRS adotou uma perspectiva finalista para a análise do caso e, dessa forma, embora não tenha afirmado que os acusados desejaram destruir o próprio patrimônio e as próprias vidas, concordou que agiram de modo que fosse possível, observando as circunstâncias concretas, identificar uma finalidade orientada para o resultado morte.

Verifica-se também a adoção de teoria volitiva na decisão que decretou a prisão preventiva. Isso porque, o juiz considerou que os acusados agiram mediante dolo por terem assumido o risco de produzirem o resultado, mesmo não desejando diretamente, deixando de tomar os cuidados necessários a fim de evitá-lo<sup>212</sup>.

Não obstante, observa-se, ainda, que um fundamento relevante utilizado para justificar a prisão foi a grande repercussão do caso e o clamor social<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 15. Universida EAFIT, Medellin.

<sup>211</sup> Através da teoria da representação, pode-se sustentar a presença de dolo quando observada a representação da possibilidade de produção do resultado, ainda que não presente elemento volitivo. Pelos desenvolvimentos posteriores, promovidos por Schroder e Schmidauer, a fim de solucionar problemas relacionados à identificação da culpa inconsciente, passou-se a considerar que, para a configuração do dolo deve haver uma verdadeira representação relacionada a uma possibilidade concreta de produção do resultado (ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edicion. Madrid: Ed. Civitas. 1997, p. 432).

<sup>212</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decreto de Prisão Preventiva, p. 24. Juiz Ulysses Fonseca Louzada.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

Entretanto, foi a partir da decisão de pronúncia que se discutiu de modo aprofundado a questão acerca da existência do dolo. Nela o juiz busca adotar uma perspectiva normativa para a identificação do dolo, buscando se afastar de concepções finalistas a respeito da conduta e do dolo.

Para tanto, o juiz de direito Ulysses Fonseca Louzada iniciou a decisão explicando os conceitos de dolo e culpa, passando para as teorias da ação a fim de justificar a adoção da teoria significativa da ação para o seu juízo de valor, a despeito de reconhecer que a doutrina majoritária brasileira adota a perspectiva finalista.

Nesse caso, para verificar os parâmetros utilizados na identificação do elemento subjetivo na imputação do delito de homicídio doloso, bem como analisar criticamente o teor dessa decisão, faz-se necessário compreender a evolução do conceito de delito que comporta, por sua vez, a discussão sobre aspectos como o dolo e a culpa.

No que concerne ao conceito de delito, a linha do tempo, para os fins deste trabalho, terá início no final do século XIX, na Alemanha, com os autores Franz von Liszt e Ernst von Beling, precursores do conceito clássico de delito. Para eles, o delito era composto por uma ação que vinculava uma conduta a um resultado, por um nexo de causalidade<sup>214</sup>. De fato, existiam os elementos estruturais do delito, quais sejam, a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, mas eles não eram compreendidos como são hoje à luz de teorias mais modernas.

A propósito, a ação era vista como um comportamento, de fazer ou não fazer, voluntário do homem, ou seja, decorrente da vontade do homem<sup>215</sup>. Entretanto, o conteúdo da vontade não era valorizado no quesito da ação, na verdade, também era muito pouco valorizado inclusive no quesito da culpabilidade, o que evidenciava a limitação desse conceito para a solução de problemas que envolviam delitos tentados e culposos.

Ainda na Alemanha, nas primeiras décadas do século XX, desenvolveu-se o conceito neoclássico do delito, pela influência de juristas como Edmund Mezger, que abriu espaço, no que diz respeito à tipicidade, para o reconhecimento e valorização de elementos subjetivos do

---

<sup>214</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 273.

<sup>215</sup> GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. RB-3.3. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235812019/v2/page/RB-3.3>. Acesso em: 22 mai. 2023.

tipo, bem como para a interpretação valorativa de elementos normativos<sup>216</sup>. Ademais, em relação à culpabilidade, pela contribuição de Reinhard Frank, atribuiu-se o elemento da “reprovabilidade”, como “uma formação da vontade contrária ao dever” que não fora pensada no conceito clássico<sup>217</sup>.

Por volta da década de 1930, desenvolveu-se o conceito finalista do delito, conduzido pelo jurista alemão Hans Welzel, cuja principal contribuição, segundo Bitencourt, foi suprimir a separação entre os elementos objetivos e subjetivos da ação e do injusto. No que concerne à culpabilidade, restaram somente as circunstâncias condicionantes da reprovabilidade da conduta, porquanto o elemento subjetivo, dolo e culpa, a finalidade, foi deslocado para o injusto<sup>218</sup>.

Para os teóricos finalistas, conforme explica Garcete, “a finalidade dá-se quando o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, prevê as consequências de sua conduta e, conhecedor da teoria da causa e efeito, é dotado de condições de conduzir sua atividade na direção de produzir determinados efeitos”<sup>219</sup>.

A propósito, a respeito da conduta humana e da finalidade, o jurista brasileiro Damásio de Jesus preceitua que “a conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida à determinada finalidade”<sup>220</sup>. Dessa forma, destaca-se, para a existência de conduta, além do ato, a consciência e a direção para a determinada finalidade, no caso do homicídio, a de matar.

O Código Penal brasileiro ao definir o crime não demonstra explicitamente a adoção de uma teoria, na verdade, preocupa-se somente em distinguir a contravenção penal de crime, sem aprofundar o conceito.

O juízo de primeiro grau, portanto, buscou afastar a adoção de uma teoria finalista e sustentar, para a conclusão do caso da boate, outra que permitisse, por exemplo, a análise do dolo no quesito da culpabilidade.

---

<sup>216</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 275.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 277

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. RB-3.2. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/235812019/v2/page/RB-3.2>. Acesso em: 22 mai. 2023.

Partindo de uma teoria clássica, ainda que seja reconhecida a necessidade de mero vínculo psicológico entre o agente e a sua ação, o elemento subjetivo da conduta pouco importa diante dos elementos objetivos e o resultado natural da conduta.

De igual modo, a depender do quesito no qual se analisa o elemento subjetivo, se na culpabilidade ou na tipicidade, bem como se há ênfase na finalidade ou não, haverá menor ou maior diligência na distinção entre crimes culposos e dolosos.

Não obstante, as questões que envolvem os crimes culposos são temas controversos inclusive na perspectiva finalista, na qual a principal crítica partia da ideia de que o resultado do crime culposo não parte da vontade do agente, mas acontece de forma puramente causal. Diante das críticas, Welzel reformulou a concepção de culpa na sua teoria, para entender que existe uma “ação finalista real nos crimes culposos, cujos fins são, geralmente, irrelevantes para o Direito Penal”<sup>221</sup>, daí passa a ser relevante, nessa hipótese, os meios utilizados e a forma de utilização.

Dessa forma, pode-se concluir que “o conteúdo decisivo do injusto nos delitos culposos consiste, por isso, na divergência entre a ação realmente empreendida e a que devia ter sido realizada em virtude do cuidado necessário”<sup>222</sup>.

Nesse ponto, seria possível argumentar que, no caso da boate, ao escolherem espuma e artefatos inadequados, porque mais baratos, e ao permitirem a superlotação, os acusados dirigiram a conduta para a finalidade de economizar e lucrar, irrelevantes para o Direito Penal, e não para a finalidade de matar, configurando um tipo de culpa.

Entretanto, apenas essa assertiva, que se refere somente a duas ações elencadas na cadeia causal do caso *Kiss*, não é suficiente para afastar a possibilidade de existência de dolo, uma vez que ele pode ser identificado, mesmo em uma única teoria (finalista), a partir de diversos elementos que não se resumem a finalidade.

Além disso, a partir de teorias normativas e, ainda, da adoção de um sentido atributivo-normativo para a vontade, não seria possível, diante desse mesmo contexto fático, o afastamento do dolo, porquanto presente o conhecimento, que é suficiente, como visto.

---

<sup>221</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 290.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 291.

Aos conceitos de delito correspondem ideias próprias a respeito da conduta humana. Isso quer dizer que, por exemplo, em relação ao conceito clássico de delito, está a teoria causal naturalista da ação.

Por oportuno, de acordo com a perspectiva causalista, elaborada por Von Liszt e incrementado por Radbruch, “a ação consiste numa modificação causal do mundo exterior, perceptível pelos sentidos, e produzida por uma manifestação de vontade”<sup>223</sup>, seja ela uma ação ou omissão. Nesse caso, como visto, pouco importa a direção da vontade do agente, o conteúdo dela, a finalidade do agente, mas sim o resultado natural de sua ação voluntária.

Entretanto, ainda que se reconheça, nessa teoria, que a manifestação da vontade seja uma ação ou omissão, a ênfase no efeito natural não é capaz de solucionar eficazmente as hipóteses de omissão, conforme Radbruch alertou<sup>224</sup>.

Por esse e outros motivos, essa teoria foi procedida pela teoria final da ação, que teve bases na psicologia do pensamento e na obra de Richard Honigswald, elaborada por Welzel, o qual preconiza que a conduta é o “exercício da atividade final”, unindo vontade e o conteúdo dela no mesmo lugar, o injusto pessoal <sup>225</sup>.

O conteúdo da vontade, o caráter final da ação, em outras palavras, a finalidade, comporta a capacidade de previsão do agente, que, realizando a representação e analisando as consequências da ação, a dirige para um fim<sup>226</sup>.

A respeito da previsão, todos os acusados afirmaram nos depoimentos que nunca previram o resultado trágico e não o imaginavam como possível por acreditarem que tanto o ambiente quanto os objetos utilizados eram seguros. Entretanto, para verificar a previsão não foi necessário, e talvez seja impossível no presente, perscrutar os pensamentos mais íntimos dos acusados, ao contrário, esse quesito foi aferido através da observação de circunstâncias objetivas, como o conhecimento das circunstâncias da boate e da apresentação da banda.

Mais uma vez, percebe-se que, embora o magistrado tenha afirmado que não adotaria a perspectiva finalista, toda a sua argumentação é passível de ser esmiuçada sob esta ótica, exceto quanto à valoração do elemento subjetivo na culpabilidade. O momento que o juiz diz valorar

---

<sup>223</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 287.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 289.

é diferente daquele proposto pela teoria finalista, mas o modo de valorar não foi completamente contrariado.

Ademais, é possível enxergar a ação sob a ótica da teoria social, cujo precursor é Eb. Schmidt. Para esse autor, deve ser destacado, para os fins do direito penal, o sentido social da ação. Dessa forma, ao contrário do que se entende através da perspectiva finalista, a ação não deve ser analisada em função da vontade individual, mas, de forma objetiva, do ponto de vista social<sup>227</sup>.

A perspectiva social da ação compreendeu uma série de definições de ação pelos autores que postulavam por uma alternativa diferente das teorias ontológicas e normativas. Por exemplo, para Engisch, ela é “a causação voluntária de consequências calculáveis e socialmente relevantes”, Maihofer, por sua vez entende que “é todo comportamento objetivamente dominável dirigido a um resultado social objetivamente previsível”<sup>228</sup>.

Entretanto, essa teoria não propôs um conceito completo de conduta, mas sim um atributo, referindo-se à relevância social. Com efeito, a principal contribuição da teoria social é possibilitar uma ponderação a eventual exagero de subjetivismo unilateral que sugere o finalismo, o qual propicia o esquecimento do desvalor do resultado<sup>229</sup>.

O esquecimento do desvalor do resultado é o risco que o magistrado de primeiro grau não quis admitir e, por isso, buscou afastar-se, a todo custo, do finalismo. Com efeito, em diversas partes da decisão o juiz faz referência ao resultado particularmente trágico do caso, o fato de terem morrido centenas de pessoas jovens, a dor de inúmeras famílias, a repercussão nacional e internacional. Isso revela a preocupação, não somente com os efeitos do resultado, mas também, em como os efeitos foram enxergados socialmente.

Com o intuito de definir a ação a partir de pressupostos normativos, surge a teoria da ação significativa. Nela, como bem mencionou o magistrado de primeiro grau, Vives Antón procura afastar a conduta de um caráter ontológico, não sendo necessário avaliar, para configurar a ação, quesitos psicofísicos<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 313.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 319.



Portanto, a ação deve ser entendida através do sentido que ela possui, não sendo importante a *psique* do agente, mas o significado que é atribuído à sua conduta, este que só existe em virtude das normas<sup>231</sup>.

Para essas teorias, não ontológicas, pouco importa a diferença entre dolo direto e dolo eventual, tampouco culpa consciente.

Não obstante, o magistrado, na pronúncia, também escreve sobre essa discussão, que importa somente às teorias volitivas.

Por oportuno, para a teoria da vontade, esta é fundamental para identificar o dolo eventual, que ocorre quando o agente assume “o risco de produzir o resultado representado como possível”<sup>232</sup>. Já o consentimento, é essencial para diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, que se dá quando “apesar do conhecimento da perigosidade da conduta e da probabilidade de produção do resultado típico, o autor da conduta atua porque considera seriamente que o resultado não chegará a produzir-se”<sup>233</sup>.

Por outro lado, para a teoria da representação, a previsão do resultado como certo ou provável, isto é, a representação, é o suficiente para caracterizar o dolo<sup>234</sup>. Contudo, os próprios defensores dessa teoria, Liszt e Frank, reconheceram que apenas a representação não era suficiente para demonstrar que o agente assumiu o risco de produzir o determinado resultado, dificultando, por exemplo, a diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, fazendo necessário aderir, nesse ponto, à teoria da vontade<sup>235</sup>.

Ao definir o dolo, Bitencourt explica como a divergência entre as duas teorias possibilitou a formação de um conceito completo de dolo, sob a perspectiva finalista, capaz de conduzir a adequada capitulação jurídica das condutas.

Claus Roxin defende a distinção do dolo em três tipos, a intenção, ou propósito, o dolo direto e o dolo eventual. Nesse sentido, a intenção consiste no propósito que o sujeito persegue. No dolo direto são abarcadas todas as consequências que, ainda que não persiga, o agente previu que fossem produzidas. Com dolo eventual atua, por sua vez, quem não persegue nem prevê o

---

<sup>231</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

<sup>232</sup> Ibidem.

<sup>233</sup> Ibidem

<sup>234</sup> Ibidem

<sup>235</sup> Ibidem, p. 358.

resultado com a certeza de que será produzido, mas apenas o prevê como possível e assume em sua vontade<sup>236</sup>.

Roxin explica que, para unificar a caracterização dessas formas de dolo, pode-se descrevê-lo como saber e querer (conhecimento e vontade) em relação a todas as circunstâncias do tipo legal. A diferença entre eles consistiria apenas no modo como o “saber” e o “querer” estariam configurados em cada espécie de dolo<sup>237</sup>.

Seguindo esse raciocínio, Bitencourt infere que o dolo pode ser entendido como “a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”<sup>238</sup>. Dessa forma, o dolo do homicídio consiste na consciência e na vontade de matar alguém<sup>239</sup>.

Por conseguinte, o dolo é composto por dois elementos, o cognitivo ou intelectual e o volitivo.

O elemento cognitivo é a consciência, também chamada de previsão ou representação, que difere da consciência da ilicitude, que compõe a culpabilidade sob a doutrina finalista. Assim, não é necessário que o agente saiba que aquela conduta é ilícita, mas sim, deve ter consciência de que aquela conduta conduz ao tipo objetivo, que constitui elemento do tipo penal. Além disso, para ser caracterizado o dolo, a consciência deve estar presente no momento em que realizada a ação<sup>240</sup>.

Noutro vértice, o elemento volitivo, qual seja, a vontade, só pode ocorrer se presente o elemento cognitivo, pois somente tendo consciência é que o agente poderá realizar a conduta como expressão da sua vontade, seja ela uma ação ou uma omissão. Em síntese, Bitencourt consigna que “o dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto”<sup>241</sup>.

Partindo dessa definição, o dolo pode ser classificado em duas espécies mais relevantes, o dolo direto e o dolo eventual, já mencionado neste capítulo.

---

<sup>236</sup> ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edición. Madrid: Ed. Civitas. 1997, p. 415.

<sup>237</sup> Ibidem.

<sup>238</sup> Ibidem, p 355

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 357.

O dolo direto, para Bitencourt, é composto por três aspectos, a representação, na qual o agente prevê o resultado, os meios necessários e as consequências secundárias, o querer, porquanto o agente deseja a ação e os meios, e por fim, o anuir, no qual o agente aceita a “realização das consequências certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios”<sup>242</sup>.

Assim, haverá dolo direto quando o agente direcionar a sua vontade para o fim de sua ação, que ao fim e ao cabo, consiste na realização do fato típico. Nesse processo, o agente representa, quer e anui<sup>243</sup>.

No dolo eventual, por outro lado, o agente não quer diretamente a ação do tipo, mas conhece que ele é possível e até provável, mas ainda assim assume o risco da “produção do resultado”<sup>244</sup>. Nesse caso, há a anuência do resultado, como uma expressão do querer, ainda que o resultado seja apenas provável.

Por outro lado, a culpa pode ser definida como “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”<sup>245</sup>, tomando como referência, principalmente, Cerezo Mir.

Constituem elementos do injusto culposo a inobservância do cuidado objetivo devido, a produção de um resultado e nexos causal, a previsibilidade objetiva do resultado, a conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado<sup>246</sup>.

No que concerne a inobservância do cuidado objetivo devido, Bitencourt explica que:

dever de cuidado consiste em reconhecer o perigo para o bem jurídico tutelado e preocupar-se com as possíveis consequências que uma conduta descuidada pode produzir-lhe, deixando de praticá-la, ou, então, executá-la somente depois de adotar as necessárias e suficientes precauções para evitá-lo<sup>247</sup>.

Desse modo, o que se espera é que cada pessoa se comporte com a diligência necessária de acordo com a situação concreta analisada. Entretanto, para se configurar o requisito do

---

<sup>242</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 360.

<sup>243</sup> Ibidem.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 362.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 371.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 374.

<sup>247</sup> Ibidem.

injusto culposo, não basta que falte a diligência e a observância das normas, mas também que a conduta descuidada configure um risco socialmente inaceitável<sup>248</sup>.

O quesito da produção de um resultado também é essencial, porquanto se da conduta descuidada não sobrevier um resultado, não haverá crime. De igual modo, o resultado deve ser consequência da conduta descuidada, isso porque, se o agente agir com cautela e ainda sim o resultado ocorrer não se estará diante de um crime culposo, ainda que seja hipótese de responsabilização objetiva<sup>249</sup>.

O requisito da previsibilidade objetiva do resultado consiste na necessidade de o resultado ser objetivamente previsível. Nesse caso, deve ser levado em consideração as circunstâncias do caso concreto “cognoscíveis por uma pessoa inteligente, mais as conhecidas pelo autor e a experiência comum da época sobre os cursos causais”<sup>250</sup>.

Dessa forma, pouco importa para a configuração da culpa se houve previsibilidade subjetiva, basta que o resultado seja objetivamente previsível. Em outras palavras, a ausência de previsibilidade subjetiva pode configurar a hipótese de culpa inconsciente, mas não isenta da responsabilização por culpa<sup>251</sup>.

A existência de conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado também é fundamental para o injusto culposo, porquanto ele só existirá se o desvalor da ação der causa e for acrescido do desvalor do resultado. Ademais, no injusto culposo, o desvalor da ação tem maior protagonismo que o desvalor do resultado<sup>252</sup>.

A respeito da culpa consciente, ela ocorreria quando o agente, embora reconhecesse que sua conduta é perigosa, bem como que o resultado é possível, age violando o dever de cuidado por ter convicção de que ele não acontecerá. Por isso, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, a culpa consciente possui maior desvalor que a culpa inconsciente, embora as duas sejam passíveis de pena. Isso porque, diferentemente da primeira, na culpa inconsciente haverá “mera desatenção”, expressão que se coaduna perfeitamente a ideia de negligência, ocasião que há uma “imprevisão passiva”<sup>253</sup>.

---

<sup>248</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 375.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 376.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 377.

<sup>251</sup> Ibidem, p. 378.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 379

<sup>253</sup> Ibidem, p. 380-382.

Quanto à culpa inconsciente, o autor explica que ela é constituída por uma ação realizada sem previsão, em razão de desleixo ou descuido, do resultado previsível<sup>254</sup> (objetivamente), a qual poderá colocar o próprio agente em perigo e não somente outrem.

Diante disso, ao que parece, pelo menos em relação aos integrantes da banda, apesar de experientes quanto à realização de apresentações musicais, se não tivessem conhecimento acerca do tipo inflamável de espuma que envolvia o teto da boate, realmente há que se ponderar se seria possível prever e se, subjetivamente, teriam previsto o resultado trágico, ainda que este fosse objetivamente previsível.

Aliado a esse fato, se fosse reconhecido que os integrantes da banca acreditavam cegamente que estavam diante de uma boate segura, ainda que visivelmente lotada, e de um artefato também seguro, por já terem utilizado anteriormente algo semelhante, seria crível estar diante de uma hipótese de culpa inconsciente, na qual inclusive, de tão inimaginável, colocou-se a eles próprios em perigo.

Entretanto, é pouco crível afirmar que, mesmo diante de uma boate superlotada e da utilização de um artefato para uso externo em um ambiente interno, um homem médio imaginaria estar em uma situação absolutamente segura, livre de riscos. Essa conclusão, é capaz de, de plano, afastar a hipótese de culpa inconsciente, como foi feito no caso.

Todavia, ainda subsiste a hipótese da culpa consciente.

Retomando a discussão acerca da distinção entre dolo eventual e culpa consciente, central no caso da boate, é possível que, através da teoria da vontade, sob a ótica finalista, se alcance um caminho para a diferenciação. Tem se entendido que haverá culpa consciente quando o agente, pouco convencido da probabilidade do resultado, age, evidenciado o valor negativo do resultado. Por outro lado, haverá dolo eventual quando o valor positivo da ação tiver mais força que o valor negativo do resultado, nesse caso, independentemente da probabilidade da ocorrência do resultado, sendo pouco ou muito provável, o autor que age com dolo eventual continua anuindo o resultado e realiza a ação<sup>255</sup>.

A distinção entre dolo e culpa, e inclusive entre os tipos de dolo e os tipos de culpa, reside no elemento volitivo, que perpassa elementos como a representação, ou previsão, a

---

<sup>254</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 386

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 385- 386.

vontade e os modos de expressá-la, seja pelo querer direto ou pelo anuir. Como identificar, portanto, esses elementos? É possível identificar através de elementos objetivos os elementos subjetivos?

O magistrado afirma que o dolo será identificado através de elementos objetivos que demonstrem o conhecimento, a representação e o compromisso de lesão do bem jurídico por parte do agente.

Ao individualizar a conduta dos agentes, entretanto, não relaciona as circunstâncias concretas aos elementos supramencionados. Em outras palavras, apesar de elencar as circunstâncias, não demonstra em que medida os acusados teriam, por exemplo, demonstrado o compromisso de lesar o bem jurídico tutelado.

Não obstante, elenca todas as razões que acreditou serem suficientes para demonstrar indícios de que todos os acusados conheciam as possíveis consequências das ações adotadas e assumiram o risco de produção do resultado.

Nesse ponto, o magistrado dá maior ênfase ao fato de que os acusados praticaram uma série de ações que não poderiam resultar em outra coisa a não ser uma tragédia. Nesse ponto, pouca relevância teve o fato de os acusados terem afirmado em juízo que não tinham previsto o resultado e não o tinham desejado.

Dessa forma, nesse ponto, o juiz se aproxima da adoção de uma concepção de dolo sem elemento volitivo, mas com elemento cognitivo, como explicado anteriormente<sup>256</sup>

Em relação a Elissandro, como visto, leva em consideração o fato de que ele tinha o maior domínio sobre as decisões relacionadas à boate, que ele tinha, no mínimo, autorizado a aplicação de espuma no teto que sabia ser imprópria, porque era mais barata, que também sabia que a banda contratada utilizava pirotecnia durante os shows, que sabia da utilização de fogos de artifício dentro da boate, que sabia que não existiam extintores em quantidade suficiente, bem como que só possuía uma saída de emergência, sabia da colocação de guarda-corpos na frente da saída, sabia que a boate estava superlotada e que não possuía outros elementos de segurança como os chuveiros automáticos.

---

<sup>256</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 18. Universida EAFIT, Medelin.

Em relação a Mauro, o magistrado levou em consideração as mesmas circunstâncias, mas que diferente de Elissando, tinha influência sobre as decisões da boate. Além disso, ressaltou o fato de que ele possuía vasta experiência no ramo, destacando o elemento cognitivo.

Em relação a Luciano, considera que ele teria sido o responsável pela compra e acionamento do artefato inadequado, mesmo sendo esclarecido quanto à inadequação. Em relação a Marcelo, reconheceu a existência de indícios suficientes, uma vez que ergueu a mão com o artifício propiciando o contato entre o fogo e o teto, bem como que poderia ter alertado o público sobre o fogo e não o fez de modo suficiente.

Nesse contexto, em relação aos acusados Luciano e Marcelo, o único elemento de conhecimento apontado foi o fato de saberem que o artefato era inadequado para uso interno.

Quanto maior o conhecimento, maior domínio sobre o fato<sup>257</sup>. Entretanto, no caso dos integrantes da banda, seria necessário que esses acusados soubessem que o teto da boate era revestido de espuma de material altamente inflamável e, por isso, também inadequada?

Para essa segunda pergunta, entendo que a resposta é afirmativa.

Por oportuno, o conhecimento de elemento decisivo para a cadeia causal, como o fato de que o teto da boate era revestido de material altamente inflamável, parece ser fundamental para que se afirme que esses acusados tinham conhecimento e domínio sobre o fato.

Por outro lado, a combinação dos elementos de conhecimento que eles tinham, qual seja a superlotação e o artefato inadequado para uso interno, permitia a previsão de algum risco grave, ainda que não fosse o risco que se materializou no caso.

Em outras palavras, é possível argumentar que o risco de combustão do teto da boate e a liberação de substância tóxica, que ocasionou a morte por asfixia, poderia não estar entre os riscos altamente prováveis para os acusados integrantes da banda, sendo possível, assim, o afastamento da pronúncia do homicídio doloso.

Embora os integrantes da banda tivessem conhecimento sobre a inadequação do artefato e a superlotação da boate, aparentemente não conheciam o revestimento do teto. Sem conhecimento, não há domínio e se não há domínio, não poderá haver dolo, como visto.

---

<sup>257</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 18. Universida EAFIT, Medellin.

O momento seguinte no qual foi analisada a existência de dolo foi no julgamento dos embargos infringentes. Como visto, diante do empate foi afastada a competência do Tribunal do Júri por terem entendido que essa seria a decisão mais favorável aos acusados.

Nessa oportunidade, dois posicionamentos conduziram o julgamento. Um, protagonizado pelo relator, que argumentou pela ausência de indícios de dolo, e outro pela revisora.

O relator, o Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, utilizou inicialmente um argumento por analogia, ao apontar para como foi resolvido o caso Legacy<sup>258</sup>. Além disso, adotou uma teoria volitiva do dolo, que pressupõe conhecimento e vontade, reconhecendo que não houve, no caso, indícios de que os acusados tiveram vontade de matar.

Depreende-se a adoção da teoria volitiva também através da conclusão de que o resultado não era previsível e não foi, portanto, anuído pelos acusados.

Por outro lado, a revisora, Desembargadora Rosaura Marques Borba, demonstrou adotar a teoria da probabilidade, solução defendida por Luís Greco, na análise do caso<sup>259</sup>. Nesse sentido, entendeu que havia probabilidade de previsão do resultado danoso, apontando as mesmas circunstâncias da cadeia causal aferida pelo juízo de primeiro grau na decisão de pronúncia. Em razão disso, entendeu que haveria dolo na conduta dos acusados e que, por isso, confirmou a competência do Tribunal do Júri.

No julgamento do Recurso Especial, o Ministro Rogério Schietti, relator, adota uma teoria volitiva para a identificação do dolo e, nesse contexto, esclarece que não o verifica através da aferição de uma vontade *stricto sensu*, mas também quando houver anuência.

A partir dos elementos concretos apontados na cadeia causal, o ministro entendeu que os acusados estavam cientes desses fatores e das suas consequências (elemento cognitivo) e por isso havia indícios de que agiram com dolo. Nesse caso, apesar de afirmar adotar uma teoria volitiva, evidencia o requisito do conhecimento, o que se aproxima mais de uma teoria cognitiva.

---

<sup>258</sup> Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428, p. 23. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima.

<sup>259</sup> GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, janeiro-junho 2017, p. 31. Universida EAFIT, Medellin



Tanto é assim que, chega a ratificar a existência do dolo, haja vista terem os acusados “ciência de que esse risco existia e que poderia vir a se concretizar com danos humanos e materiais incalculáveis”<sup>260</sup> e nada mais.

A próxima decisão em que se discute essa questão é na sentença que, consoante o julgamento pelo Conselho de Sentença, fixa as penas. O magistrado, nessa oportunidade, demonstra expressamente não adotar uma teoria volitiva, ao afirmar que “dolo não é vontade, dolo é representação”<sup>261</sup>. Observando os elementos concretos que compõem a cadeia causal, exaustivamente expostos nas decisões anteriores, refere-se também ao conhecimento e representação (elemento cognitivo).

Além disso, na sentença, o juiz buscou também afastar a adoção de uma perspectiva finalista, levando a valoração do elemento subjetivo na análise da culpabilidade e, nesse ponto, reconheceu que os acusados agiram com culpabilidade elevada<sup>262</sup>.

### **3. AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DA EXISTÊNCIA DO DOLO**

No caso *Kiss*, como visto, as principais divergências para definir a competência do Tribunal do Júri giraram em torno do elemento subjetivo, das circunstâncias para a sua identificação, mas também da distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Se identificado o dolo, definida a competência do Júri, se admita a culpa, afastada a competência do Júri, pela impronúncia, absolvição ou pela desclassificação da conduta.

As divergências entre os entendimentos do STJ e do TJRS puderam ser observadas em vários momentos durante o processo e não somente quando comparados os fundamentos dos acórdãos dos embargos infringentes e do recurso especial, os quais tiveram conclusões opostas.

Ocorre que, ainda quando o Tribunal Estadual e a Corte Superior concluíram harmonicamente, decidindo pela existência de indícios de dolo na conduta dos acusados, chegaram a essa conclusão por caminhos diferentes.

---

<sup>260</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS, p. 91. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.

<sup>261</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.12. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 19.

Nesse sentido, embora a decisão de pronúncia e o Recurso Especial n. 1.790.039 tenham decidido pela competência do Tribunal do Júri, não estiveram alinhados teoricamente.

Como visto, o magistrado de primeiro grau procurou afastar os conceitos finalistas, por identificar neles caráter ontológico que defende ser incompatível com a concepção moderna do Direito e seus fenômenos. Em sentido contrário, a Corte Superior reitera a harmonia com a doutrina majoritária brasileira que adota a teoria finalista.

A respeito do dolo, o juiz de primeiro grau embora tenha buscado adotar teorias normativas, acaba fazendo referência à teoria volitiva, assim como os demais magistrados.

No sentido oposto, o ministro indica a adoção de uma teoria volitiva, mas na prática, privilegia o elemento cognitivo e pouca referência faz aos indícios de que os acusados teriam desejado, aprovado, consentido com o resultado previsível, aproximando-se da perspectiva apontada por Greco, o qual privilegia o conhecimento para a caracterização do dolo.

Outra distinção foi em relação ao brocardo latino *in dubio pro societate*. O juiz de primeiro grau entendeu que a pronúncia era necessária porquanto as teses defensivas não eram irrefutáveis, bem como as teses acusatórias tinham pertinência. Na dúvida, portanto, defendeu a aplicação do princípio<sup>263</sup>, ainda que não em um sentido literal.

Para o magistrado, a aplicação do *in dubio pro societate* no delito de homicídio significa dizer que, presentes os requisitos legais<sup>264</sup>, eles só poderão ser julgados pelo Tribunal do Júri.

Em outras palavras, a competência do Júri só poderá ser afastada, excepcionalmente, se presentes indícios de autoria e materialidade do delito.

Por outro lado, no julgamento do recurso especial, o ministro afasta completamente a aplicação do brocardo, embora defenda que é suficiente para a indicação da competência do Júri a presença de indícios de autoria de crime doloso, mediante indicação de elementos de convicção elencados nos autos do processo, o que conduz à mesma conclusão<sup>265</sup>.

Por fim, outra diferença entre a argumentação desses juízes, refere-se à utilização de fundamentos relativos às emoções e à moral social.

---

<sup>263</sup> Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia, p. 140. Juiz Prolator Ulysses Fonseca Louzada

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 90

<sup>265</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.790.039/RS, p. 107. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma.

Na decisão que decretou a prisão preventiva, o juiz de primeiro grau revestiu a argumentação de carga emocional, que não foi apontada na decisão da corte superior.

No decreto prisional, o magistrado destacou também como o fato foi extremamente grave e como a população se comoveu. Na decisão de pronúncia, proferida por esse mesmo juiz, já não foram verificados esses argumentos emocionais.

O magistrado da Corte Superior, ao contrário, embora reconhecesse a repercussão do caso, não corroborou os seus argumentos mediante esse recurso, mas sim apoiado na interpretação teórica já analisada anteriormente.

Divergência semelhante é observada entre a fundamentação da sentença condenatória, que apontou na análise da culpabilidade, onde também se referiu ao dolo, a intensidade do sofrimento das vítimas, bem como o fato de serem jovens<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup> Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória, p.23. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.

## CONCLUSÃO

A partir da exposição dos fatos e da linha do tempo do processo, identificou-se um problema central no caso *Kiss*, qual seja, a identificação do animus necandi, isto é, o dolo, na conduta dos acusados.

Esse problema foi também objeto deste estudo. A identificação do dolo foi questão fundamental na decisão de pronúncia, no julgamento dos embargos infringentes, do recurso especial e da sentença condenatória.

Os elementos utilizados para a aferição de indícios suficientes de dolo na pronúncia em relação aos réus Elissandro e Mauro foram semelhantes. Nesse momento, o magistrado levou em consideração o domínio sobre as decisões relacionadas à boate, a autorização e conhecimento da aplicação de espuma imprópria no teto da boate, a contratação de banda cuja apresentação utilizava artefatos pirotécnicos, e isso era de conhecimento deles, a anuência para a utilização desses artifícios no interior da boate, o conhecimento acerca da ausência de extintores, da existência de uma única saída de emergência, da aplicação de guarda-corpos, da orientação genérica aos seguranças para que resistissem à saída dos clientes, a ausência de outros elementos de segurança, bem como o conhecimento e o favorecimento à superlotação da boate.

Em relação a Luciano e Marcelo, integrantes da banda, levou-se em consideração o fato de terem comprado e acionado o artefato inadequado para uso interno, bem como não terem alertado suficientemente o público acerca do incêndio.

Embora o juiz, ao pronunciar tenha afirmado adotar uma teoria significativa da ação, aponta elementos objetivos somados a termos como “anuência”, “previsão” e “indiferença” que se coadunam a uma perspectiva finalista acerca da conduta e do delito. Não obstante, com efeito, ao evidenciar também o quesito do “conhecimento”, esforça-se em aproximar-se de uma concepção atributiva-normativa da vontade.

Nos embargos infringentes, parte dos desembargadores entendeu pela existência de indícios de dolo apontando, a partir de uma teoria da probabilidade do dolo, que havia probabilidade de previsão do resultado danoso em razão das mesmas circunstâncias concretas elencadas na cadeia causal aferida pelo juízo de primeiro grau.

Outra parte dos desembargadores entendeu pela ausência de dolo, tomando como ponto de partida uma teoria volitiva do dolo, evidenciado que não houve elementos que demonstrassem a vontade, como elemento psicológico, de matar por parte dos acusados.

No julgamento do recurso especial, o relator afirma adotar uma teoria volitiva, embora, ao evidenciar o quesito do conhecimento, parece se aproximar de uma teoria cognitiva, apontando também o conhecimento das circunstâncias da cadeia causal para a aferição do dolo.

Na sentença que fixou as penas, a partir do julgamento do Conselho de Sentença, o juiz demonstrou a adoção de uma perspectiva diferente da finalista para a análise do elemento subjetivo, deslocando-o para a culpabilidade. Através de sua fundamentação, evidenciou adotar uma teoria da representação para a configuração do dolo.

Contudo, para a identificação da representação necessária para a identificação do dolo, levou em consideração as circunstâncias concretas da cadeia causal elencadas já na decisão de pronúncia.

Através desta pesquisa é possível concluir que foram adotadas teorias diversas para a identificação do dolo no caso *Kiss*. A partir de cada teoria do dolo, mas também da ação, evidencia-se um aspecto da conduta dos acusados, ora o conhecimento, ora a vontade, ora a representação.

Não obstante, é possível concluir que esses quesitos só puderam ser aferidos através de elementos objetivos, circunstâncias concretas do caso, provadas através do processo penal, e nunca pela tentativa de incursão na *psique* do agente.

Ademais, ainda que haja, no ordenamento jurídico brasileiro, a predominância da interpretação sob a ótica finalista, essa não impede que sejam adotadas teorias mais modernas em relação ao dolo, como feito no julgamento do recurso especial analisado.

A propósito, como demonstrada a impossibilidade de incursão na mente do agente a fim de se aferir a vontade, tende-se a concluir que a teoria mais adequada para a solução de casos difíceis é a teoria da probabilidade, defendida por Greco. Além disso, a respeito da vontade, enxergá-la como uma concepção atributiva-normativa, e por conseguinte o dolo sem uma vontade psicológica, como propõe Greco, mostra-se como o modo mais eficiente de enxergá-la para a resolução desses casos difíceis.

O conhecimento é fator presente na teoria da probabilidade, como uma perspectiva que deriva da teoria da representação. Nesse sentido, observa-se que para identificar a probabilidade da ocorrência do resultado é fundamental que o agente esteja consciente da probabilidade, não como quem anui, mas como quem conhece do resultado provável, o que caracterizaria o dolo<sup>267</sup>.

Dessa forma, seria possível sustentar que, pelo desconhecimento de elemento imprescindível da cadeia causal, qual seja, que o teto da boate era composto por espuma inadequada para o revestimento, os integrantes da banda não teriam agido com dolo, mas sim mediante culpa. O mesmo fundamento, entretanto, não poderia ser utilizado em favor dos sócios da boate, os quais conheciam e tinham domínio sobre todos os elementos essenciais da cadeia causal.

---

<sup>267</sup> ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edicion. Madrid: Ed. Civitas. 1997.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação jurídica*. Tradução de Cláudia Roesler, 1ed, Curitiba: Alteridade, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa – arts. 121 a 154-B. v.2*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622920. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622920/>. Acesso em: 27 mai. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jun 2023.
- \_\_\_\_\_. Comarca de Santa Maria. Ocorrência n. 3019/2013. Decreto de Prisão Temporária. Juiz Régis Adil Bertolini.
- \_\_\_\_\_. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 2 jun 2023.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em 2 jun 2023
- \_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 2 jun 2023.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Boate Kiss. Linha do tempo. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/timeline>>. Acesso em 9 de julho de 2023
- \_\_\_\_\_. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 7005441984. Relator: Desembargador Manuel José Martinez Lucas
- \_\_\_\_\_. Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decisão de pronúncia. Juiz Ulysses Fonseca Louzada
- \_\_\_\_\_. Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Decreto de prisão preventiva. Juiz Ulysses Fonseca Louzada
- \_\_\_\_\_. Primeira Vara Criminal de Santa Maria. Processo n. 027/2.13.0000696-7. Denúncia.
- \_\_\_\_\_. Primeiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70075120428. Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima.
- \_\_\_\_\_. Primeira Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo n. 001/2.20.0047171-0. Sentença condenatória. Juiz Prolator Orlando Faccini Neto.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.790.039/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 2/8/2019.

Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/06/1e9ab3838fc943534567b5c9a9899474.pdf>>. Acesso em 13 de julho de 2023.

GARCETE, Carlos Alberto. *Homicídio: aspectos penais, processuais penais, tribunal do júri e feminicídio*. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

GRECO, Luís. *Dolo sin voluntad*. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, n. 88, já-jun 2017, p. 10-38. Universida EAFIT, Medelin.

PUPPE, Ingeborg. *O dolo eventual e a sua prova*. in: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Org. Beatriz Corrêa Camargo et al; tradução: Luis Greco. Imprensa: São Paulo, Marcial Pons, 2019

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 14<sup>o</sup> edição rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020

ROXIN, Claus Roxin. *Derecho Penal: parte general - fundamentos, la estructura de la teoria del delicto*. Tomo I. Trad. Diego -Manuel Luzon Pena et al. Segunda Edicion. Madrid: Ed. Civitas. 1997.

ROXIN, Claus Roxin. *Problemas Fundamentais de direito penal*. Coimbra Editora. Lisboa. 1986.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: planejamento e métodos*. Tradução: Daniel Grassi. Porto Alegre: Bookman, 2001.