

A CAPITULAÇÃO JURÍDICA DE HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL NO “CASO KISS”

Luan Carlos Pereira¹

Andrey Luciano Bieger²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO. 3 A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL NO “CASO KISS”. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: A tragédia ocorrida em 27 de janeiro de 2013, em Santa Maria/RS, tornou-se um assunto de extrema relevância para o direito penal. Após o Ministério Público denunciar 4 réus pelo crime de homicídio com dolo eventual, um aceso debate emergiu na doutrina nos últimos anos, se efetivamente houve dolo eventual. Buscando contribuir para essa importante discussão que desenvolve ainda mais o estudo dos elementos volitivo e cognitivo do tipo penal, o presente artigo discorrerá sobre o dolo eventual e seus elementos, com objetivo de elucidar a imputação pelo delito de homicídio doloso nas condutas dos réus da boate Kiss. A análise do tema realizar-se-á junto a doutrinas, notícias e artigos, nacionais e internacionais, partindo dos institutos da dogmática penal, notadamente a teoria do crime. Com vista a cumprir o propósito de desenvolvimento da pesquisa, o método de abordagem será o dedutivo, adotando como técnica de pesquisa a documental indireta e direta, de natureza teórica, com objetivo explicativo, por meio bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Direito Penal. Dolo eventual. Elemento volitivo. Elemento cognitivo. Boate Kiss.

Abstract: The tragedy that occurred on January 27, 2013, in Santa Maria/RS, became an extremely relevant subject for criminal law. After the Public Prosecutor's Office denounced 4 defendants for the crime of homicide with possible intent, a lively debate has emerged in the doctrine in recent years, whether there actually was possible intent. Seeking to contribute to this important discussion that further develops the study of the volitional and cognitive elements of the criminal type, this article will discuss possible intent and its elements, with the aim of elucidating the imputation for the crime of intentional homicide in the conduct of the nightclub defendants. Kiss. The analysis of the topic will be carried out together with national and international doctrines, news and articles, starting from the institutes of criminal dogmatics, notably the theory of crime. In order to fulfill the purpose of developing the research, the approach method will be deductive, adopting indirect and direct documentary research techniques, of a theoretical nature, with explanatory objectives, through bibliographic-documentary means.

Keywords: Criminal Law. Possible fraud. Volitional element. Cognitive element. Kiss nightclub.

1 INTRODUÇÃO

O “Caso Kiss”, sem dúvida, é dos temas mais debatidos no cenário pátrio. A doutrina e os Tribunais divergem consideravelmente sobre a capitulação jurídica

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. E-mail: lcpluanpereira@gmail.com

²Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI, Campus de Itapiranga – SC. Mestre em Direito (UNOCHAPECÓ). E-mail: andrey@uceff.edu.br.

dada às condutas dos réus, uma vez que o Ministério Público do Rio Grande do Sul entendeu pela presença do dolo eventual, sendo pronunciados e levados a júri após decisão do Superior Tribunal de Justiça.³⁴

A tragédia que deu origem à celeuma ocorreu em 27 de janeiro de 2013 na Boate Kiss, que sediava uma festa universitária no momento. O uso de um artefato pirotécnico pelo vocalista da banda provocou o incêndio na boate, quando as fagulhas atingiram o teto que era recoberto por espuma. O incêndio se alastrou rapidamente, provocando a morte de 242 pessoas e deixando mais de 600 feridos.

A morte de considerável número de pessoas provocou – e ainda provocam – imenso abalo emocional em todo o país, principalmente pela divulgação em massa de reportagens e documentários que apresentam uma única versão dos fatos, a do Ministério Público do Rio Grande do Sul, sem se ater ao que realmente aconteceu.

Não obstante, o direito penal deve ficar alheio ao sensacionalismo, bem como as emoções comunitárias, sob pena de em nome de atender aos anseios sociais, que vem travestido de justiça, provocar uma injustiça ainda maior.

Como ensina Von Liszt, o direito penal é a última barreira entre o Estado-juiz e o indivíduo, impedindo decisões arbitrárias que serviriam para atender aos anseios da sociedade, que nem sempre são os mais corretos, principalmente nos acontecimentos de repercussão nacional, ferindo as garantias fundamentais e individuais.⁵

³ A divergência quanto à questão fática e jurídica que envolve o dolo eventual pode ser vislumbrada do concatenado de decisões que se debruçaram sobre sua existência no “Caso Kiss”: em 27/7/2016, o Juízo de 1º Grau pronunciou os réus por dolo eventual. Interposto recurso em sentido estrito por parte da defesa, em 22/3/2017, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manteve, por 2 votos a 1, a pronúncia por dolo eventual. Interposto embargos infringentes contra a decisão da 1ª Câmara, em 1/12/2017, o 1º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao empatar a votação em quatro a quatro, entendeu pela inexistência de dolo eventual. Interposto recurso especial, em 18/6/2019, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu o recurso do Ministério Público, entendendo que cabe ao júri popular decidir pela existência, ou não, do dolo eventual no caso, bem como, que o empate na votação não autoriza a aplicação do disposto no artigo 615, § 1º, do Código de Processo Penal, favorável aos acusados, sem efetuar a interpretação sistemática com os artigos 74, § 1º, e 413, ambos do diploma adjetivo, e sem afastar, analiticamente, as conclusões diversas a que chegaram os julgamentos anteriores, quanto à materialidade dos fatos e à existência de indícios suficientes de autoria.

⁴ Em 3 de agosto de 2022, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sessão de julgamento, por 2 votos a 1, deu provimento aos recursos de apelação da defesa, declarando a anulação do júri que resultou na condenação dos quatro réus, no dia 10/12/2021. O Ministério Público do Rio Grande Sul, em 23/8/2022, interpôs recurso especial e extraordinário contra a decisão da 1ª Câmara, os quais foram admitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

⁵ ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed., reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 33-34.

Por esse motivo é preciso que a análise das condutas dos réus do “Caso Kiss” seja feita com cautela, principalmente em relação ao dolo eventual, conceito técnico-jurídico de difícil compreensão.

Não se olvida da existência de inúmeros pareceres que foram dados e juntados aos autos da ação penal, os quais, devido a imparcialidade que aqui se deseja manter, não serão usados como referências.

Destarte, o presente artigo buscará compreender o dolo eventual e seus elementos no tipo penal de homicídio, visando analisar seu enquadramento nas condutas dos réus do “Caso Kiss” e o acerto, ou não, de enviá-los a júri.

2 ELEMENTOS DO TIPO PENAL DE HOMICÍDIO

O conceito jurídico de crime vem de uma construção dogmática que objetiva a criação de uma lógica-penal,⁶ em que se estabelece condições imprescindíveis para que uma conduta seja penalmente relevante e imputada àquele que a realizou, responsabilizando-o criminalmente.⁷

Isto é, por meio da teoria do crime são fixados pré-requisitos essenciais que guiarão o operador do direito no momento da análise de uma conduta,⁸ no caso, o fato típico, ilícito e culpável.

A divisão do conceito de crime em três elementos é denominada de conceito estratificado de crime.⁹ A análise individual, porém, interdependente, dos três elementos proporciona uma melhor observação da conduta que se busca responsabilizar.¹⁰

Atualmente, a teoria adotada para explicar o instituto do crime é a teoria finalista da ação. Ela traz como pressuposto essencial a ação humana voltada a um

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 334.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010. p. 247.

⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 275.

⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. 1. Tomo 2. p. 9 e ss.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 336

fim, reestruturando o dolo e a culpa no fato típico.¹¹

Em relação ao fato típico, a doutrina majoritária aponta quatro elementos principais para sua adequação: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.¹² Portanto, para que exista um fato típico é essencial a existência de uma conduta prevista em Lei, que ocasione um resultado lesivo ou, ao menos, ponha em risco o bem jurídico penalmente relevante.¹³

O elemento responsável pela descrição da conduta proibida pelo direito é denominado de tipo penal. Nele são descritas as circunstâncias e delimitada as dimensões da conduta que se visa responsabilizar, caso realizada.¹⁴

O tipo penal é dividido em circunstâncias objetivas e subjetivas. Em relação ao tipo penal objetivo, são levadas em consideração os fatos exteriores à psique humana, ou seja, as circunstâncias do fato exteriorizados no momento da ação ou omissão.¹⁵

O crime de homicídio traz como tipo penal objetivo a conduta de matar alguém. Como se vê, o tipo que descreve a conduta é conciso, no entanto, ao mesmo tempo, traz extraordinária amplitude, uma vez que não delimita a abrangência de quais condutas residem no verbo “matar”.¹⁶

Matar alguém, conforme preceitua a doutrina, é o ato de eliminar a vida de outra pessoa, antecipando o lapso temporal de permanência terrena. Essa conduta pode decorrer de uma ação ou omissão, que por si só é capaz de provocar o resultado morte.¹⁷

A parte subjetiva do tipo guarda relação com o ânimo do agente no momento da conduta e do resultado causado. É por meio da consciência e da vontade que se pode qualificar como subjetivamente típica uma conduta, estando presentes o dolo

¹¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 25 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2019. Vol. 1. p. 278-280.

¹² Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. 1. Tomo 2. p. 10 e ss.

¹⁴ ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹⁵ ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

ou a culpa.¹⁸

Tanto o dolo como a culpa integram o requisito anímico do autor exigido pelo fato típico. Na conduta dolosa, a vertente cognitiva e volitiva está direcionada à conduta e ao resultado, por isso é punida de forma mais acentuada.¹⁹

O dolo integra o núcleo do tipo subjetivo e é compreendido como a vontade orientada para a realização de um resultado querido.²⁰ Em outras palavras, o dolo pressupõe o domínio sobre a ação dirigida a determinada finalidade, incluindo o domínio de todas as circunstâncias que compõem o tipo objetivo.²¹

Age com dolo todo aquele que quer o resultado ou, ao menos, assume o risco de produzi-lo, conforme preceitua o artigo 18, inciso I, do Código Penal. O “querer o resultado” e o “assumir o risco” estão intimamente ligados à representação do resultado, demonstrando a necessidade de se saber das consequências da conduta, não se restringindo apenas ao querer fazê-la, mas saber exatamente o que se quer com ela.²²

Dito isso, extrai-se do dolo dois elementos: consciência e vontade. A consciência, também denominada de representação,²³ pressupõe o conhecimento concreto e atual – ou, ao menos, atualizável – do tipo objetivo, ao assumir o compromisso cognitivo frente ao resultado que partirá da conduta realizada.²⁴

Isto é, a consciência é o elemento psico-cognitivo que permite ao autor prever o resultado que decorrerá de sua conduta – toda ação é voltada a uma finalidade –, sem o qual não existirá uma conduta típica, por ausência de conhecimento da finalidade querida no momento da conduta.²⁵

O conhecimento exigido não é o técnico-jurídico, mas, sim, o leigo.²⁶ Apesar

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

¹⁹ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989. p. 147.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 415.

²¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 249.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 415.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 416.

²⁴ GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 893.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 364 e ss.

²⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 267.

disso, o conhecimento deve ser efetivo, isto é, não se aceita a mera possibilidade de se conhecer o que se quer, mas, sim, efetivamente conhecer as consequências de sua conduta no momento da ação ou da omissão.²⁷

No que toca ao grau de conhecimento exigido, ensina a doutrina que deve englobar tanto os elementos constantes no tipo objetivo – no caso do homicídio, matar alguém – como os elementos normativos que o compõem,²⁸ além da certeza que o resultado possa vir a ocorrer ou, ao menos, a assunção concreta e consciente do risco de provocá-lo.

Já o aspecto volitivo do dolo é caracterizado pela vontade de realização de uma conduta que visa um resultado – finalidade – querida pelo autor no momento de sua prática.²⁹ O elemento volitivo exigido é analisado a partir do estado mental do autor no ato, em que se exige a comprovação de que sabia do resultado que adveio de sua conduta e mesmo assim agiu voltado ao resultado, que por ele era querido ou, ao menos, que dele aceitou o risco.³⁰

Portanto, para que uma conduta seja qualificada como dolosa deve ser analisado se os elementos cognitivos – consciência – e volitivo – vontade – estavam presentes no momento em que se iniciou a ação e se referiam ao crime que o agente visava cometer. É o que a doutrina chama de princípio da coincidência: o dolo deve ser concomitantemente a conduta, não podendo ser antecedente nem subsequente ao ato.³¹

Destaca-se que, no crime de homicídio, o dolo pode ser direto ou eventual. No dolo direto, o autor quer o resultado representado como consequência imediata de sua ação. Por outro lado, no dolo eventual o agente não quer diretamente o resultado previsto no tipo, mas assume o risco de realizá-lo como possível ou provável consequência de sua conduta.³²

Assumir o risco não é simplesmente a representação de correr o risco, mas

²⁷ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 270.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1. p. 418-419.

²⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 269.

³⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 269 e ss.

³¹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 269.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

em consentir no resultado que virá efetivamente a ocorrer se realizada a conduta.³³ Por isso, a consciência e a vontade devem ser examinadas com maior cuidado no dolo eventual, tendo em vista que é insuficiente a comprovação da mera probabilidade do resultado morte no crime de homicídio vir a decorrer de certa conduta, em razão de ser imprescindível a relação entre a conduta e o resultado, devendo ser o resultado concretamente possível e de conhecimento do agente no momento da ação ou omissão.³⁴

Não se pune alguém por dolo eventual pela mera probabilidade de um resultado decorrer da conduta realizada pelo autor, mas, sim, de ele efetivamente assumir o risco de que com aquela conduta o resultado morte efetivamente pode vir a acontecer, consentido com isso.³⁵

Destarte, para que uma conduta seja típica, além de preencher os pressupostos objetivos do tipo penal, é necessário que estejam presentes os elementos cognitivo e volitivo, junto a conduta direcionada a um fim querido pelo agente ou, ao menos, que dele tenha conhecimento e assuma o risco no momento de sua realização, porquanto inexistente dolo antecedente ou posterior ao fato.

3 A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL NO “CASO KISS”

No dia 02 de abril de 2023, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul denunciou Elissandro Calegari Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão pelos crimes de homicídio – 242 vezes – e tentativa de homicídio – 636 vezes –, praticados com dolo eventual, qualificados pelo fogo, asfixia e torpeza.³⁶

Em relação aos indigitados delitos, dispôs o órgão ministerial que os denunciados agiram “*em conjunção de esforços e com ânimos convergentes*”,

³³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. 1. Tomo 2. p. 122.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

³⁶ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023.

matando centenas de pessoas e tentando matar outras tantas.³⁷

Concluiu o Ministério Público que Elissandro e Mauro, proprietários da boate, agiram com dolo eventual por serem responsáveis “*pelas reformas estruturais da Kiss, instalação da espuma, superlotação da boate e pela contratação do show pirotécnico sem condições de segurança*”. Já o vocalista da banda, Marcelo, junto com o auxiliar Luciano, assumiram o risco ao acionar “*o fogo de artifício, destinado ao uso em ambientes externos, no palco da boate, onde havia cortinas e madeira, direcionando-o para a espuma, que estava a poucos centímetros das fagulhas*”.³⁸

No tocante à opção pela imputação do homicídio na modalidade dolosa, justificou o órgão acusador que a conclusão pelo dolo eventual decorreu, também, da regra que impera no direito, qual seja, o crime culposo é exceção, dolo é a regra.³⁹

Não obstante a imputação na modalidade dolosa, é preciso compreender o momento de cada uma das condutas, uma vez que o dolo deve ser apreciado concomitante a ela, não antes e nem depois da conduta que originou o resultado.⁴⁰

Dito isso, deve se perquirir se os fatos que ocorreram em 27 de janeiro de 2013, na Boate Kiss, realmente enquadram-se no tipo penal doloso ou, por outro lado, a imputação por homicídio doloso buscou atender aos anseios sociais, apenas.

Da análise da denúncia, observa-se que aos proprietários da boate são imputados os crimes por dolo eventual referente às condutas de reforma estrutural e instalação de espumas, bem como da superlotação da boate e da contratação do show pirotécnico.⁴¹

Quanto às duas primeiras condutas, reforma estrutural e instalação de espumas, é necessário compreender que foram realizadas há meses, senão anos,

³⁷ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 3.

³⁸ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **TRAGÉDIA NA BOATE KISS: INFORMAÇÕES SOBRE A DENÚNCIA CRIMINAL E OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 1-2.

³⁹ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **TRAGÉDIA NA BOATE KISS: INFORMAÇÕES SOBRE A DENÚNCIA CRIMINAL E OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 1.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 269.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 5.

do evento morte. Posto isso, não há a concomitância exigida pelo dolo,⁴² bem como, a finalidade da reforma estrutural e colocação de espumas não era ocasionar a morte das pessoas que frequentavam a boate, mas, sim, atender as recomendações dos órgãos públicos, incluindo o próprio Ministério Público do Rio Grande do Sul. Portanto, encontram-se ausentes dois elementos que compõem a estrutura do dolo finalista, adotado pelo direito penal brasileiro: vontade – finalidade – e concomitância do dolo com a conduta – princípio da coincidência.

De igual modo, as condutas de superlotar a boate e da contratação do *show* pirotécnico não visavam uma tragédia, nem ao menos isso, por si só, comprova a desídia com a vida das pessoas que ali estavam, uma vez que se exige para assunção do risco não a mera representação da probabilidade do resultado,⁴³ mas o consentir e o agir consciente para que o resultado venha a ocorrer.⁴⁴

As duas últimas condutas amoldam-se, em tese, ao tipo culposo, havendo a inobservância do dever de cuidado objetivo e o resultado lesivo involuntário.⁴⁵⁴⁶ No

⁴² Como esclarece Tavares, "o dolo deve estar presente no momento em que se inicia a ação típica e deve se referir ao delito consumado (princípio da coincidência). Não há dolo antecedente nem subsequente ao fato, nem dolo de tentativa. Portanto, ninguém pode ser punido por conduta dolosa depois de o fato se consumir, nem antes de iniciar a ação." TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020. p. 269.

⁴³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. 1. Tomo 2. p. 122.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 195.

⁴⁶ Idêntico entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade da Decisão de Pronúncia:

EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CRIMES DE HOMICÍDIO. INCÊNDIO EM ESTABELECIMENTO NOTURNO. ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE FATOS DOLOSOS. INCONFORMIDADE DA DEFESA DOS RÉUS. DIVERGÊNCIA RESTRITA À NATUREZA DOLOSA DAS INFRAÇÕES PENALIS. 1. Fatos delituosos relativos a incêndio em estabelecimento noturno na comarca de Santa Maria. Réus pronunciados pela prática de homicídios qualificados, consumados e tentados, que agiram na condição de sócios da casa noturna, e como integrantes de uma banda musical que se apresentou na oportunidade, levando a efeito "show" pirotécnico com emprego de fogos de artifício, o que deu azo a incêndio que terminou por causar a morte e lesões dos frequentadores. 2. Circunstâncias fáticas que não podem ser havidas como demonstrativas de agir doloso pelos denunciados, ora pronunciados. O emprego de fogos de artifício impróprios para o local, o fato de o ambiente interior do imóvel encontrar-se revestido de madeira, cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, a superlotação com número de pessoas além da capacidade, a inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situação de emergência, somadas ao fato de que dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido "show" pirotécnico, sem nenhum incidente, constituem dados que informam agir culposo em sentido estrito a ser examinado pelo juiz singular competente. 3. Conduta dolosa que, à luz do disposto no art. 18, I, do CP, exige a manifestação da vontade em relação ao resultado morte. Assumir o risco de produzir a morte significa aprovar o resultado, o que não restou evidenciado nos autos. Regra do art. 413 do CPP que impõe ao juiz a

entanto, por si sós, não seriam capazes de tipificar a conduta como culposa, devendo ser analisado os demais elementos que compõem essa figura típica, como a conduta e a previsibilidade.⁴⁷

Além disso, não há demonstração, nas circunstâncias trazidas pelo Ministério Público, da assunção do risco morte, muito menos que os autores agiriam da mesma forma se soubessem que isso ocasionaria a tragédia. Não se pode buscar punir alguém porque o dolo é a regra, como asseverou o órgão acusador.⁴⁸

É necessário que realmente esteja presente, no momento da conduta, a vontade e a consciência que a conduta originará o resultado previsto, consentido que ele venha a acontecer.⁴⁹ Caso conheçam do risco, mas acreditam que o resultado indesejável não venha a acontecer, o crime será culposo – culpa consciente –, em razão de não consentirem com o resultado.⁵⁰

Em relação às condutas de Marcelo e Luciano, também é preciso analisar os elementos subjetivos do tipo. Segundo a denúncia, a conduta imputada a eles é o de ativar fogo de artifício no palco da boate, ocasionando o incêndio que se alastrou

pronúncia do acusado, quando convencido da materialidade do fato (não de qualquer fato, mas de fato que configure crime doloso contra a vida), e quando verificar presentes indicativos suficientes da autoria. Dever do juiz em declinar os fundamentos por que vê, na espécie delituosa, a existência de agir doloso na conduta do agente do crime. Impossibilidade de pura e simplesmente transferir-se o exame do elemento volitivo do fato aos jurados. Desclassificação da espécie que se impõe para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri. 4. Recurso, de um dos réus, que transcende os limites da divergência, postulando a absolvição do acusado. Impossibilidade. Não pode o recurso ser conhecido quanto ao pedido de absolvição, vez que ultrapassa os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito. RECURSOS CONHECIDOS, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. (Embargos Infringentes e de Nulidade, Nº 70075120428, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em: 01-12-2017).

⁴⁷ Conferir: MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP - volume 1. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 136-138.

⁴⁸ “O QUE LEVOU À CONCLUSÃO PELO DOLO EVENTUAL: Segundo o Código Penal, há dolo eventual quando o agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de dolo “deve ser verificada a partir do exame das circunstâncias, pois não se pode penetrar na mente das pessoas”. No caso da Kiss, diante das condições da boate, que não dispunha de saídas adequadas, estava superlotada e era revestida de material altamente inflamável, a utilização de fogo gerou altíssimo risco, sendo que os acusados, mesmo conhecendo o risco elevado, realizaram o show pirotécnico. **O Código Penal trata o crime culposo como exceção, ou seja, o dolo é a regra.**” RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **TRAGÉDIA NA BOATE KISS: INFORMAÇÕES SOBRE A DENÚNCIA CRIMINAL E OUTRAS PROVIDÊNCIAS.** Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 1. Grifo nosso.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

⁵⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116.

pelas espumas do teto.⁵¹ Luciano, especificamente, foi denunciado por entregar o artefato ao vocalista da banda, o que, na visão do Ministério Público, demonstraria a assunção do risco e, por consequência, o dolo eventual.

Questiona-se, aqui, se na entrega do artefato pirotécnico era possível prever o resultado ou se ele aderiu à suposta vontade de matar do vocalista naquele momento. Não basta a possibilidade de poder prever, mas a efetiva previsão do que pode se desenrolar da conduta do auxiliar de palco. Quanto a isso, não é possível dizer que ele previu o risco de matar centenas de pessoas ao entregar o objeto, muito menos consentiu com o resultado morte delas, pois, também estaria pondo em risco sua própria vida. Seria ele um suicida ou um assassino em massa?

Na conduta de Luciano, está ausente o elemento cognitivo do dolo, tendo em vista a impossibilidade de ele prever que as faíscas do artefato pirotécnico provocariam o incêndio na boate. Além disso, a finalidade de sua conduta era auxiliar o vocalista na realização da atração e não matar centenas de pessoas, diferentemente do que alega o Ministério Público na denúncia.

Portanto, vislumbra-se que a conduta de Luciano não pode ser tida como dolosa, uma vez que não preenche os requisitos exigidos pelo tipo subjetivo.

Quanto ao vocalista Marcelo, o show pirotécnico tinha a finalidade de tornar mais atrativo o evento, tanto que em diversos *shows* já tinha realizado o manuseio de artefatos pirotécnicos, o que era comum em bandas da época – e ainda são nos dias atuais. Logo, não é possível dizer que a finalidade dele, ao usar o artefato, era matar centenas de pessoas, o que afasta, portanto, o dolo, dada a ausência de seu elemento volitivo.

Do mesmo modo, não há o elemento cognitivo, por ausência do conhecimento que sua conduta originaria a tragédia, pois, se soubesse das consequências de sua conduta, não haveria feito uso do artefato pirotécnico. Isso pode ser inferido dos próprios fatos demonstrados durante o processo do “Caso Kiss”: Marcelo, ao usar o artefato pirotécnico, não tinha conhecimento da tragédia que viria a ocorrer, a qual, inclusive, tirou a vida de um dos membros da banca que fazia parte e colocou sua própria vida em perigo. Além disso, Marcelo tentou impedir que o fogo se espalhasse, o que também demonstra a ausência do dolo eventual.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 5.

Não obstante, fundamenta o Ministério Público que a indiferença com a vida das pessoas resta comprovado da evasão do local por parte dos réus, os quais não avisaram o público do início do incêndio, mesmo com acesso ao som da boate, o que demonstra a presença do dolo eventual.⁵²

Contudo, o entendimento do Ministério Público está em descompasso com os fatos. Se houvesse essa indiferença com a vida das outras pessoas, não teriam os autores tentado apagar as chamas que haviam se iniciado com o extintor de incêndio, o qual, por acaso do destino, não estava funcionando. Portanto, a conduta do vocalista ao tentar apagar as chamas demonstra que não consentiu com o resultado morte, pois, se assim fosse, não teria agido na intenção de impedir o resultado.⁵³⁵⁴

Isso posto, observa-se que os réus não agiram com dolo eventual, tendo em vista que, no momento de suas condutas, estavam ausentes a vontade dirigida ao resultado morte, bem como, não era previsto que o resultado decorreria de suas condutas.⁵⁵

⁵² RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023. p. 5.

⁵³ Há um vídeo disponível no *Youtube* que demonstra a tentativa dos membros da banda, com ajuda de outras pessoas que estavam no local, em apagar as chamas que se iniciaram no teto do palco. Após a falha de funcionamento do extintor de incêndio, gritam e gesticulam para que as pessoas saiam imediatamente da Boate. Contudo, as chamas e a fumaça se espalham rapidamente, ocasionando a tragédia (CORREIO DO POVO PLAY. **Exato momento do início do incêndio na boate Kiss**. Youtube, 22 de março de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RTAOS4Amu54>>).

⁵⁴ Em relação à possibilidade de os integrantes da banda avisarem, pelo sistema de som, o início do incêndio, observa-se que na tentativa de apagar o incêndio ocorre microfonia (*vide* vídeo acima), e logo o som fica mudo, cessando a microfonia. Nesse momento, o operador de som, sem entender o motivo do alvoroço no palco, desliga o sistema de som, o que é de praxe quando ocorre tumulto e/ou microfonia, impedindo que o vocalista e os demais membros da banda comunicassem o acontecido. Apesar disso, ainda é possível observar no vídeo que eles gritam e gesticulam em direção à plateia, para que saiam do local.

Cf. UOL. **Boate Kiss: 'Errei ao desligar os microfones'**, diz ex-operador de som. Youtube, 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ywq0M_9ciT8>.

⁵⁵ Não obstante, no julgamento do Recurso Especial n. 1.790.039/RS, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, entendeu-se que “a desclassificação para outros delitos que não aqueles da competência do Tribunal do Júri somente é cabível se descartada a hipótese acusatória sobre a presença do dolo (em qualquer de suas modalidades) na conduta dos acusados. Na espécie, foram indicados na pronúncia, como suficientes para os fins do art. 413 do CPP, diversos indícios de autoria delitiva dos acusados em crimes dolosos contra a vida (documentos, perícias, depoimentos etc), sinalizando deliberadas decisões de incremento de risco, consentido, de ocorrência do evento que vitimou centenas de jovens frequentadores da casa noturna”, cabendo, portanto, ao Tribunal do Júri e não ao magistrado analisar detalhadamente a presença do dolo eventual, restando ao juiz apenas vislumbrar se existe indícios que permitam à acusação basear seus fundamentos.

5 CONCLUSÃO

Com base na problemática apresentada, observou-se que para a capitulação de uma conduta de homicídio por dolo eventual é necessário o preenchimento de certos requisitos, como a presença de uma vontade destinada a uma finalidade, a representação e previsão do resultado, bem como o consentimento de que a assunção do risco levará a esse resultado.

No que toca ao “Caso Kiss”, as condutas realizadas pelos réus não se amoldam ao delito de homicídio por dolo eventual, por ausência de seus principais requisitos, como visto no título 3. Entender de maneira diversa é deturpar os institutos penais, com o único objetivo de atender aos anseios sociais.

A responsabilidade penal de alguém deve se pautar nas garantias do direito penal e processual penal, sob pena de afrontar a Constituição Federal. Um julgamento justo num caso de repercussão nacional, quiçá mundial, no Tribunal do Júri é difícil, pela alta carga valorativa da tragédia, com centenas de mortes. Por isso é dever dos magistrados analisarem de forma extenuante a presença do dolo eventual, não relegando aos pares dos réus tal tarefa, posto que dificilmente ocorrerá uma análise “justa” num caso como esse, mas, sim, uma resposta querida pela sociedade, que nem sempre é pautada em justiça.

Portanto, em casos como o ora analisado, é imprescindível uma melhor análise das condutas dos réus antes de enviá-los para o Tribunal do Júri, tendo em vista que, em uma análise profunda e detalhada do caso, percebe-se a ausência de dolo eventual dos réus, demonstrando o erro na capitulação jurídica dada pelo Ministério Público e da decisão do Superior Tribunal de Justiça ao delegar ao júri popular a análise de um instituto técnico-jurídico tão complexo como o dolo eventual.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 25 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2019.

Cf. REsp n. 1.790.039/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/6/2019, DJe de 2/8/2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: SILVA DIAS, Augusto. Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. 1. Tomo 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **Denúncia Caso Kiss**. 02/04/2013. Disponível em:
<<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do. **TRAGÉDIA NA BOATE KISS: INFORMAÇÕES SOBRE A DENÚNCIA CRIMINAL E OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Disponível em:
<<https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/informacoessobreaboatekiss.pdf>>. Acesso em: 08/07/2023.

ROXIN. Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed., reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Vol. 1.