

Data de aprovação: ___/___/___

UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DO CASO DA BOATE KISS: A GARANTIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Maria Clara Soares Costa de Araújo¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Após nove anos da data do fato, em dezembro de 2021, foi julgado o caso da Boate Kiss pelo Tribunal do Júri, o qual foi decretado nulo, posteriormente, em instância recursal, ocasionando diversas repercussões tanto na ótica dos operadores de direito, como na ótica da opinião social. A tragédia ocasionada por um incêndio, deu causa a um processo complexo, com pluralidade de vítimas e réus. Em paralelo, verifica-se uma busca incessante, por parte da sociedade, em achar culpados para o caso, diante de um julgamento moral guiado pelas mídias. Nesse viés, é necessário analisar o comportamento dos juristas frente a sua atuação processual, para entender quais foram os princípios e conceitos constitucionais violados que ensejaram a nulidade do júri popular.

Palavras-chave: Processo Penal. Princípios. Tribunal do Júri. Boate Kiss. Nulidades.

AN LEGAL ANALYSIS OF THE KISS NIGHTCLUB CASE: THE GUARANTEE OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

¹Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: mclara.soaresc@gmail.com

²Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: jbmb@uol.com.br

Nine years after the fact, in December 2021, the case of the "kiss nightclub" was judged by the jury court, which was later declared null and void on appeal, causing several repercussions both in terms of legal operators and in terms of social opinion. The tragedy caused by a fire has given rise to a complex process, with a plurality of victims and defendants. At the same time, there is an incessant search by society to find guilty parties for the case, in the face of a moral judgment guided by the media. In this vein, it is necessary to analyze the behavior of jurists in relation to their procedural performance, to understand which the principles and constitutional concepts were violated that led to the nullity of the popular jury.

Keywords: Criminal Procedure. Principles. Jury Tribunal. Kiss Nightclub. Nullities.

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é um instrumento constitucional, o qual prevê o julgamento dos crimes dolosos contra vida por meio de um corpo de jurados, ou seja, sete indivíduos leigos que atuarão como juízes do caso, proferindo uma decisão de condenação ou absolvição, sem precisar fundamentá-las.

Tal instituto possui regimento tanto na Constituição Federal de 1988, tanto no Código de Processo Penal de 1942. Diante disso, os princípios regentes devem ser respeitados e consagrados durante todo o processo, inclusive na fase de julgamento, ocorrida em plenário.

Após o julgamento do caso da Boate Kiss, instaurou-se uma extensa polêmica na seara jurídica diante da condenação dos 04 (quatro) réus por homicídio consumado e tentando na incidência de dolo eventual. Tal julgamento se deu pelo fato acontecido em janeiro de 2013, quando um dos vocalistas da banda "Gurizada Fandangueira", acendeu um artefato pirotécnico durante o show que, ao atingir o teto de espuma, deu causa ao incêndio.

Ocorre que, durante a sessão plenária, houve diversas violações a princípios e normas constitucionais que ensejaram vícios processuais. Em busca de reverter a decisão soberana do júri, os advogados de defesa interpuseram recurso de apelação,

os quais foram acolhidos por maioria, pelos desembargados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para determinar a nulidade do júri.

Assim, o presente artigo traz como método de abordagem um estudo de caso, o qual possui como objetivo geral identificar quais princípios constitucionais foram afrontados durante a sessão plenária.

A partir disso, reflete-se a relevância social a partir do momento em que a opinião social e midiática constrói um julgamento moral paralelo ao jurídico, o qual possui a influência no veredicto proferido pelo conselho de sentença. Do mesmo modo, repercute-se a relevância jurídica a partir comportamento adotado pelos juristas nos casos de grande repercussão nacional, uma vez que a violação de princípios constitucionais gera a nulidade absoluta do ato jurídico praticado.

Frente ao exposto, segue-se a seguinte problemática: quais vícios processuais ensejaram a nulidade do júri do caso da Boate kiss? Após a pesquisa, revelaram-se ações eivadas de vícios, que entraram em conflito diretamente com os princípios do contraditório, ampla defesa, publicidade, isonomia e transparência dos atos jurídicos, os quais são elementos essenciais para a forma jurídica do ato praticado possuir validade.

2. PROCESSO PENAL: UM BREVE RECORTE SOBRE OS PRINCÍPIOS REGENTES

O processo penal é considerado como a materialização do direito penal, um instrumento a ser utilizado para aplicar as normas do direito penal ao caso concreto, ou seja, efetua o *jus puniendi* do poder Estatal. Nesse sentido, Walfredo Cunha Campos expõe:

Direito processual penal é um complexo de princípios e normas que constituem o instrumento técnico necessário à aplicação do Direito Penal, regulamentando o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz, por meio do processo, os institutos da ação e da defesa, além da investigação criminal pela polícia judiciária, através de inquérito policial, ou por outro órgão público, também legitimado em lei, a investigar através de procedimentos investigatórios diversos. (CUNHA, 2018, P. 61)

Sob essa ótica, entende-se que a atividade processual penal é regrada por uma forma legal, de direito público, a qual possui a preponderância do interesse

público. Na contemporaneidade, o processo penal é regido pelo garantismo, um sistema com garantias fundamentais as quais limitam a pretensão punitiva estatal.

Nesse contexto, toda a persecução penal, desde o início das investigações até a finalização da ação penal, deverá obedecer a garantias fundamentais na busca da defesa dos interesses jurídicos e da manutenção da ordem social.

Assim, para haver um caminho lícito e claro ao acesso à justiça, as partes devem praticar os atos processuais em conformidade com o modelo disposto pelo legislador, respeitando as normas e princípios instituídos.

Quando o ato jurídico é praticado em desconformidade com a normatização, em regra, há a perda de sua eficácia. Tal fato se dá pelo legislador impor uma sanção jurídica à parte que descumpriu o devido processo legal. Nesse sentido, Paulo Rangel afirma:

A natureza jurídica da nulidade é uma sanção declarada pelo órgão jurisdicional diante da imperfeição da prática do ato. Nulidade não é o vício que inquina o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei. A nulidade é a consequência da prática do ato em desconformidade com a lei e não a desconformidade em si. (RANGEL, 2015, P. 860)

Percebe-se, portanto, que o poder público estabelece a nulidade processual como uma consequência da não observância, pelos sujeitos, dos quesitos processuais.

Nesse sentido, para compreender sobre as nulidades ocorridas no caso da Boate Kiss e, por consequência, a necessidade de submissão a um novo julgamento, deve-se assimilar quais são os princípios regentes do processo penal.

Para o doutrinador Miguel Reale (1986, p. 60) os princípios são considerados como pressupostos necessários para validar um sistema processual, sendo a partir deles, a convalidação dos juízos fundamentais.

Preliminarmente, exalta-se o princípio da tipicidade das formas, o qual define, em regra, que todos os atos processuais a serem realizados possuem forma prescrita, isto é, a nulidade processual surge como sanção, principalmente, em decorrência da ofensa a esse princípio. Por consequência, pode haver a sua mitigação em defluência do princípio da instrumentalidade das formas.

Em comum, há uma confusão dos princípios supramencionados, entretanto sabe-se que, caso a forma não seja observada corretamente, só haverá nulidade na eventualidade de comprovação de prejuízo ocasionado. Tal fato se dá pela

preservação da finalidade dos atos, assim os sujeitos processuais devem demonstrar o dano gerado para haver efetivamente a decretação de nulidade.

Assim, o art. 563 do Código de Processo Penal regulamenta a expressão jurídica *pas de nullité sans grief* quando prevê que “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa”.

Diante do exposto, os princípios a seguir elencados, podem, eventualmente, ter sido violados, no processo da Boate Kiss, porém a decretação de suas nulidades só poderá ser possível caso seja observado o princípio da instrumentalidade das formas, quando demonstrado o malefício causado às partes, em conformidade com o art. 563 do Código de Processo Penal³.

Ocorre que tais formalidades não serão relevadas nos casos de nulidade absoluta, haja vista ser presumido o prejuízo causado. Motiva-se, esse fato, em evitar o abuso do poder punitivo estatal, não devendo presumir que toda e qualquer irregularidade processual possa ser sanada em decorrência do efeito pretendido.

As nulidades absolutas decorrem da ofensa direta à Constituição Federal, pelo não atendimento à ordem pública. Nesse viés, essas podem ser arguidas, em qualquer fase processual, de ofício pelo juiz. Enfatiza-se, também, a única exceção admitida pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula n. 160, “*é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recuso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício*”, assim o Tribunal não pode decretar nulidade de ofício nas situações que acarretem malefício ao réu.

Percebe-se, então, a importância da divisão de princípios constitucionais penais e de princípios exclusivamente processuais penais. Verifica-se como princípios constitucionais os previamente instituídos no texto constitucional, quais sejam: do contraditório, da ampla defesa, da igualdade, da publicidade, do devido processo legal, e da legalidade.

Em consonância com o sistema acusatório, o qual regula o sistema processual penal, o princípio do contraditório deve ser estritamente respeitado, necessitando ofertar o direito à ciência e o direito à participação, ou seja, para qualquer alegação e prova atribuída ao processo, a defesa deverá ter a oportunidade de se manifestar.

³ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Atrelado ao contraditório, surge a ampla defesa que permite a utilização, pela defesa, de todos os meios de prova capazes de demonstrar a inocência do réu. Abrange, também, a autodefesa, prescindível; e a defesa técnica, a qual a sua imprescindibilidade, inclusive, já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em paralelo, surge o princípio da paridade de armas, ou, como é mais conhecido, o princípio da igualdade processual, decorrente do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.⁴

Durante o processo, pode-se ler o princípio da igualdade como igualdade material, possibilitando a defesa um desempenho proativo no exercício de poderes que ofertem a plena isonomia. Na doutrina, a paridade de armas consiste na faculdade do acusado atuar com os mesmos instrumentos garantidos à acusação, podendo assimilar, ainda, a ciência de juntada de novas provas imediatamente (TÁVORA, RODRIGUES, 2022).

A partir da exclusão do sistema inquisitorial e adoção do sistema acusatório, o princípio da publicidade passou a ser regra, permitindo a todos os interessados acesso aos autos processuais.

Para garantir o não abuso de poder punitivo, por parte do órgão acusador, o princípio do devido processo legal é expressamente defendido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIV⁵. Garante, assim, o respeito ao contraditório e ampla defesa, a partir de um procedimento regular e previamente definido. Nesse viés, analisando-se pela perspectiva material, deve-se aplicar a norma mais razoável, proporcional e adequada ao caso concreto.

Princípio da legalidade pode ser, diversas vezes, confundido com o devido processo legal, porém esse se refere ao instrumento processual que guiará a aplicação da lei ao caso concreto, enquanto aquele se atribui a liberdade do indivíduo atrelado às disposições normativas. Sob essa ótica, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Diante do exposto, percebe-se que a não observância dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal podem

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵ Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

acarretar vícios processuais e, por conseguinte, a perda da eficácia dos atos processuais praticados, a partir da decretação de nulidade.

Torna-se imprescindível, em vista disso, respeitar as formalidades exigidas, uma vez que possuem o viés de garantir a aplicabilidade do direito material de maneira correta e justa, garantido a devida segurança jurídica.

3. O TRIBUNAL DO JÚRI: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O Tribunal do Júri é um instituto constitucional, instituído como cláusula pétrea, que assegura, expressamente, a plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos. Assim, o núcleo essencial do júri não pode ser suprimido, nem modificado.

É considerado como a instituição pública mais democrática, permitindo ao cidadão comum a plena participação, com cota decisória, no Poder Judiciário. Possui um rito estrutural e constitutivo, o qual permite, pelo legislador constituinte, juízes leigos, ao direito, julgar seus semelhantes.

O júri deve ser representativo, com notória idoneidade e capacidade de inteligência mínima, pois além de ser uma garantia para o acusado, é considerado um direito fundamental do cidadão.

A jurisdição será plena, e garantirá a imparcialidade objetiva dos jurados, para que seja respeitado os princípios da igualdade, plenitude de defesa e paridade de armas durante o julgamento. As decisões não precisam ser fundamentadas, são guiadas pelo sistema da íntima convicção, nas quais são baseadas exclusivamente no senso moral dos jurados.

Há uma divergência, doutrinária e histórica, quanto ao surgimento do Tribunal do Júri, pode-se dizer que houve resquícios na Grécia e na Itália. No entanto, para Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 31), o Tribunal do Júri surgiu na antiga Palestina no tribunal dos vinte e três, responsável por julgar os crimes com pena de morte.

No Brasil, a data do seu surgimento é fato incontroverso, completando 200 anos no ano de 2022, o nascimento se deu em 18 de julho de 1822, instituído pela Lei de Liberdade da Imprensa, a partir do Juízo dos Jurados, o júri foi criado para julgar os crimes de imprensa.

Ao longo dos anos, houve mudanças tanto nas características, como na competência desse instituto. Atualmente, a Constituição Federal, em seu art. 5º,

XXXVIII, d,⁶ assegura o Júri como garantia constitucional, o qual possui a competência de julgar os crimes dolosos contra vida, tentados ou consumados.

O Código Penal prevê apenas quatro modalidades de crimes contra a vida, quais sejam: o homicídio, art. 121; o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, art. 122; o infanticídio, art. 123; e, por fim, o aborto tipificado nos arts. 124, 125, 126 e 127, ambos do Código Penal.

Quando o crime é de competência do Júri o seu procedimento é escalonado, bifásico, ou seja, há duas fases processuais necessárias. A primeira, refere-se ao juízo da instrução preliminar, regulamentada por um juiz togado, iniciando-se a partir do recebimento da denúncia, prosseguindo pelo juízo de admissibilidade e finalizando-se com a preclusão da decisão de pronúncia. A segunda fase, consiste na preparação para o julgamento, que, após apreciação do juízo de mérito, os fatos serão entregues ao juiz-presidente do tribunal do júri.

É imprescindível ressaltar que o caso só vai a júri após a decisão do juiz togado declarando pronúncia. Porém, há mais três possibilidades de decisão nesta primeira fase, quais sejam: a impronúncia, quando o juiz se convence que não há materialidade ou não há indícios suficientes de prova de autoria; a absolvição sumária, quando for provado a inexistência do fato, o réu não ser autor ou partícipe, o fato não constituir crime, ou for demonstrado causa de isenção de pena ou de exclusão do crime; e, por fim, pode haver desclassificação própria ou imprópria.

A desclassificação própria é preceituada no art. 418 do CPP, acontece quando o crime deixa de ser de competência do júri e passa a ser de competência do juízo singular, assim o juiz transfere o processo àquele que tem competência.

Vale ressaltar que um homicídio só vai a júri se praticado na modalidade dolosa. Dessa maneira, quando o juiz togado da primeira fase entende que o crime foi praticado na modalidade culposa, decidirá pela desclassificação própria, devendo, ele mesmo, proferir a sentença final. Já a desclassificação imprópria ocorre quando há uma confusão na tipificação do crime, porém o crime continua sendo competência do júri.

Nesse viés, o júri é considerado por diversos doutrinadores como um direito de primeira dimensão, o qual tem o propósito de salvaguardar os cidadãos do arbítrio do poder estatal.

⁶ Art. 5º. XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Ocorre que, na sociedade contemporânea, o poder de condenação não está apenas concentrado nas mãos do Estado, com o avanço da tecnologia, a mídia ganhou voz e, a depender da forma que as notícias criminais são propagadas, provoca uma bruta reação na população, uma vez que a “história real” é a versão apresentada pelos veículos de comunicação.

Após o cometimento de um crime, principalmente, quando o réu é confesso, a mídia se encarrega de informar sobre o acontecimento, apresentar o acusado a toda população, julgá-lo e aplicar sanções morais ao acusado. Dessa forma, cria-se um tribunal paralelo à jurisdição oficial.

Ocorre que essa movimentação tem o condão de influir diretamente nos veredictos proferidos no Tribunal do Júri. O conselho de sentença é formado por indivíduos comuns do povo, sem qualquer conhecimento jurídico, os quais possui o amplo e prévio acesso a todo julgamento paralelo realizado pelos veículos de comunicação, o qual gera um precedente moral.

Diferentemente dos crimes julgados por um juiz togado, cujo conhece integralmente os elementos do processo e possui informação jurídica necessária para confrontar toda e qualquer opinião popular, o júri não possui tal conhecimento. Nesse viés, os juízes singulares não precisam estar alinhados com a posição da sociedade, pois os seus pareceres seguem o sistema do livre convencimento motivado, ou seja, todo e qualquer ato decisório deverá ser fundamentado.

Assim, para que as partes possam ter uma bancada equilibrada, durante a preparação para o julgamento, haverá a prévia realização do sorteio para escolher 25 (vinte e cinco) dos 7 (sete) jurados que irão compor o conselho de sentença.

O sorteio deverá ser efetuado entre o 15º (décimo quinto) e 10º (décimo) dia útil anterior à data do julgamento, conforme expressa o art. 433, §1º do Código de Processo Penal. Tal prazo, estipulado em lei, garante às partes tempo hábil necessário para procederem a uma investigação aprofundada dos jurados selecionados, para que, no dia da reunião, as recusas possam ser utilizadas de maneira eficiente.

4. AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIAIS: O CASO DA BOATE KISS

Em 27 de janeiro de 2013, em Santa Maria/RS, a Boate Kiss foi palco de uma das maiores tragédias nacionais. Em meio à festa universitária “aglomerados”, durante a apresentação da banda “gurizada fandangueira”, o incêndio que deu causa a tragédia foi iniciado após o disparo de um artefato pirotécnico, o qual veio atingir o teto de espuma, alastrando-se rapidamente.

As responsabilidades foram apuradas por meio do processo criminal que tem como réus: Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffman, sócios da Boate; Marcelo de Jesus dos Santos, vocalista da banda “gurizada fandangueira”; e Luciano Bonilha Leão, produtor musical. Os quatro acusados foram denunciados pelo art. 121, § 2º, incisos I e III (242 vezes), e do art. 121, § 2º, incisos I e III, na forma do art. 14, inciso II, do art. 29, caput e do art. 70, primeira parte (636 vezes), todos do Código Penal.

O dolo eventual é conceituado como “seja como for, dê no que der, em qualquer caso, não deixo de agir.” (HUNGRIA apud BITENCOURT, 2007, P. 272) e ainda “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei.” (MASSON, 2010, P. 251).

Nesse sentido, entende-se por haver uma indiferença acerca da situação, quando o réu não possui a intenção de ocasionar o resultado, porém, caso ocorra, há menosprezo. Tal modalidade foi a que o Ministério Público atribuiu aos réus.

Quando o caso é bastante rumoroso, e complexo à luz do direito, a opinião pública se forma a partir do comportamento que a mídia assume. Em especial, os veículos de comunicação tratam um crime como um produto de mercado, o qual, a depender da manchete, influencia nas visualizações e, conseqüentemente, no lucro da empresa.

Assim, em regra, os réus são vistos como inimigos da sociedade “de bem”, os quais devem ser levados ao Tribunal do Júri, não para ser julgados, mas sim condenados (FREITAS, 2018). Diante desse comportamento, as práticas penais se aproximam das práticas penais medievais retratadas por Michel Foucault, no seu mais nobre livro *Vigiar e Punir* (FOUCAULT, 2007).

Tão bem os Tribunais Superiores buscam aplicar severamente o sistema do garantismo, porém no Tribunal do Júri as normas e princípios penais regentes só se valem para as partes, o conselho de sentença não se apegua a qualquer conceito para

condenar ou absolver um acusado, vale-se, exclusivamente, da sua íntima opinião moral.

Diferentemente do julgamento dos outros casos criminais previstos em lei, a pronúncia do júri deverá seguir o princípio do *in dubio pro societate*, na dúvida sobre os indícios de autoria, o juiz pronunciará o caso para ser julgado pelo conselho de sentença.

Dessa forma, mesmo que seja bastante questionador atribuir o dolo eventual à infração penal que teve como causa um incêndio, o qual ocasionou a morte de centena de vítimas, incluindo amigos e familiares dos réus, diante da grande repercussão nacional, entende-se, a partir do princípio mencionado, a atribuição da responsabilidade do julgamento ao Júri.

O comportamento do Ministério Público entra em conflito com o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal, ao aplicar à denúncia uma tipificação que, habitualmente, não seria adequada ao caso em concreto.

Importa-se que os advogados de defesa devem se limitar ao interesse dos seus clientes, todavia o *Parquet*, como um órgão Estatal, deve se valer da prerrogativa de buscar a justiça, podendo, ainda, pedir absolvição quando as provas de autoria e materialidade do fato não forem suficientes.

O princípio da imparcialidade subjetiva do Ministério Público, atrela, ao órgão estatal, o interesse de buscar a verdade, e a realização de justiça. Eugênio Pacelli defende que “ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação nas ações penais pública”. Assim, o *Parquet* não está vinculado a “oferecer denúncia, e nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias” (OLIVEIRA, 2003, P. 421).

Nesse viés, em um caso de grande repercussão nacional, o Ministério Público deve ter como sua principal incumbência a defesa da ordem jurídica. Porém, o que pode ser analisado, a partir das atitudes reveladas, é a interferência da pressão social nos comportamentos dos membros da acusação, durante o curso do processo, negligenciando conceitos e princípios já estabelecidos.

Nada obstante, o Código de Processo Penal e a Constituição Federal possuem normas a serem respeitadas e, quando uma das partes não age corretamente, nos limites processuais, há sanções e consequências jurídicas. Neste caso, houve a análise das nulidades, pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, arguidas pelos advogados de defesa que, após julgamento de recurso, determinou pela nulidade do júri.

Durante a primeira fase processual, o 1º Grupo Criminal deu provimento aos Embargos Infringentes, interpostos pelos advogados dos réus, os quais impugnavam a sentença de pronúncia, solicitando a desclassificação do crime. Dessa forma, após empate, a competência deixou de ser do Tribunal do Júri, sendo transferida ao juiz togado⁷.

Todavia, embora tivesse ocorrido a desclassificação, o Ministério Público recorreu da decisão, conseguindo revertê-la através do julgamento do Recurso Especial nº 1.790.039/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a decisão de pronúncia dos quatro réus por homicídio, na modalidade dolo eventual.

4.1. CULPABILIDADE E O PRISMA DO DOLO EVENTUAL

Para cada caso concreto é necessário haver uma análise subjetiva acerca da conduta e da vontade do agente, para poder atribuí-lo à culpabilidade. A culpabilidade pode ser analisada a partir do conceito analítico de crime, enquanto estrutura, reprovando a conduta daquele que praticou um ato ilícito, quando poderia ter agido de acordo com as normas regimentais.

Há possibilidade da conduta do agente ser culposa, quando não há vontade de produzir o resultado, ou dolosa, quando há intenção consciente de praticar o tipo penal. Assim, verifica-se uma subdivisão das modalidades, as quais, inclusive, são pontos de análise neste presente artigo.

O dolo consiste na voluntariedade, podendo ser direto ou eventual, o próprio Código Penal traz a sua conceituação, em seu art. 18, I, “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940). Pode-se extrair, assim, que o Brasil adotou a teoria da vontade para o dolo direto (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado), e a teoria do assentimento para o dolo eventual (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado) (ANDREUCCI, 2019).

⁷ p. 15, contida no evento 13 - PROCJUDIC372 à p. 11, contida no evento 13 - PROCJUDIC374 da ação penal.

Nesse viés, a tese sustentada pelo Ministério Público refere-se ao dolo eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado, ou seja, entende-se que não houve vontade preliminar de praticar a infração penal, mas sim uma previsibilidade anterior do agente, que optou por assumir o risco da sua ação/omissão.

Assim, para poder haver a imputação por dolo eventual, deve verificar a possível existência de previsão e/ou previsibilidade. E. Magalhães Noronha faz a distinção quando ressalta que “Há previsão quando se representa ao indivíduo a realização do resultado de sua ação; há previsibilidade quando se podia prever e não se previu; quando se devia ter e não se teve previsão.” (NORONHA.1974).

Do mesmo modo, Cesar Roberto Bitencourt entende que a figura do dolo é composta por dois elementos, seja o cognitivo, quando entende que o fato consiste em uma ação típica, seja o volitivo, quando o agente possui a vontade de realizá-la, (BITENCOURT, 2014).

Nesse sentido, pode-se entender que só há o segundo elemento quando houver o primeiro, ou seja, para haver dolo o agente deve possuir a capacidade de prevê um resultado para a sua ação ou omissão, podendo diferenciar o dolo direto do indireto, quando aquele tem consciência que sua ação ou omissão irá gerar o resultado pretendido, e esse quando tem consciência que sua ação ou omissão poderá gerar um resultado típico, porém assume o risco, sem ter a intenção de provocá-lo.

Os professores Dr. Alexandre Wunderlich e Dr. Marcelo Ruivo, emitiram um parecer jurídico, especificamente, para o caso da kiss, observa-se:

O fato é que a afirmação do eventual conhecimento de algum risco não significa, de maneira alguma, aceitação de um perigo que extrapole os limites da culpa. Menos ainda a ‘aceitação’ ou a ‘anuência’ do resultado danoso ao bem jurídico. Bem ao contrário, em nosso entender, a relação psíquica dos autores da conduta com o fato e o bem jurídico tutelado é parte essencial do tipo subjetivo que caracteriza o crime, sendo justamente o que o diferencia de outras condutas penais. Essa relação psíquica deve ser objeto de produção probatória séria e idônea, e não meramente de conjectura, presunção ou mera imputação. Logo, por todo o exposto, o conjunto de decisões tomadas pelo e. TJRS acerta na resolução técnica e justa no caso penal. O conjunto de provas somente permite a conclusão de que os acusados não previram o resultado como provável e, portanto, não ‘consentiram’ com o resultado do acidente. (Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS)

Diante do exposto, percebe-se a não concordância, por parte dos doutrinadores, à aplicação da modalidade dolo eventual ao caso em comento, haja vista a não previsibilidade do resultado por parte dos acusados.

A culpabilidade influencia diretamente na pena do agente e no regime de cumprimento. O crime tipificado, na denúncia do caso da Boate Kiss, é o homicídio, na modalidade dolosa, assim o art. 121 do CP prevê a pena base de reclusão entre 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Todavia, diante das circunstâncias, os advogados de defesa pleitearam a desclassificação do crime para a modalidade culposa, a qual prevê a pena base de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, expresso no art. 121, §3º do CP.

Caso a desclassificação tivesse sido acolhida, os réus poderiam se utilizar dos benefícios do acordo de não persecução penal (art. 89 da Lei 9.099/85) e da suspensão condicional do processo (art. 28-A do CPP), tornando-se impossível se valer desses institutos nas demais modalidades.

Ocorre que, mesmo essas questões técnicas serem de extrema complexidade, inclusive para o próprio magistrado com entendimentos jurídicos extensos e experiências exaustivas, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o elemento subjetivo do crime deve ser reservado à competência do Tribunal do Júri, observa-se:

2. No que se refere à desclassificação da conduta, convém assinalar que a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, satisfazendo-se, tão somente, pelo exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria. A pronúncia não demanda juízo de certeza necessário à sentença condenatória, uma vez que as eventuais dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se em favor da sociedade - in dubio pro societate.

3. Havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional.

(...)

5. "Consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, no qual a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal (AgRg no AREsp 1166037/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Nesse sentido, muito embora o juiz togado devesse realizar decisões a respeito dos aspectos técnicos, o elemento do subjetivo do crime, por gerar conflito de competência, deverá ser analisado pelo Júri.

5. JUDICIUM CAUSAE SOB A PERSPECTIVA DE UM CASO RUMOROSO

Em primeiro de dezembro de 2021, o júri do caso da Boate Kiss iniciou-se na Comarca de Porto Alegre/RS, perdurando-se por dez dias. Acentua-se, a priori, que o crime não foi julgado no local de sua ocorrência, uma vez que houve a concessão do desaforamento, pelo Tribunal de Justiça de Porto Alegre, modificando a competência da comarca de Santa Maria para a comarca da capital. Tal procedimento é regulado pelo art. 427 do Código de Processo Penal, o qual prevê:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (BRASIL, 1941).

Verifica-se, nesse sentido, três possibilidades para conceder o instituto mencionado, quais sejam: caso o interesse da ordem pública o reclamar; houver dúvida sobre a imparcialidade do júri; ou existir dúvida sobre a segurança pessoal do acusado.

Ressalta-se que a remessa ao novo juízo competente é global, em decorrência do princípio da unidade processual. Do mesmo modo, influi o instituto da conexão, expresso no art. 77, III do Código de Processo Penal⁸, devendo ser imposto quando dois ou mais indivíduos forem acusados de cometer uma mesma infração, ou seja, quando houver apenas um crime, em concurso de pessoas, o julgamento será unitário.

⁸ Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Assim, mesmo réu Luciano Bonilha não peticionando para requerer o desaforamento para a capital, após requerimento do Ministério Público, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu pelo desaforamento integral dos quatro réus.

Em sede preparatória, anteriormente à data do início da sessão, com no mínimo 10 (dez) e no máximo 15 (quinze) dias úteis de antecedência, deve-se prosseguir com o sorteio para a escolha de 25 (vinte e cinco) jurados.

Ocorre que o juiz-presidente inovou quanto ao procedimento de sorteio e convocação dos jurados, considerando a não realização de apenas um sorteio unitário, mas sim, três, acontecidos nos dias 03 (três), 17 (dezessete) e 24 (vinte e quatro) de novembro do respectivo ano do julgamento, este último, flagrantemente, fora do prazo legal previsto no art. 433, § 1º do Código de Processo Penal.⁹

No mais, a escolha dos jurados também foi proferida de forma estranha às normas processuais, considerando que 13 (treze) foram do primeiro sorteio, 02 (dois) do segundo e 04 (quatro) do terceiro, não respeitando inclusive o número previsto em Lei.

Dando prosseguimento, o júri iniciou-se às 9h do dia primeiro de dezembro de 2021, a partir da oitiva das vítimas e testemunhas.

Ao longo da sessão, restou-se comprovado que a boate possuía alvarás de funcionamento regulados pelos órgãos públicos, bem como a reforma anterior realizada, a qual inseria o teto de espuma. Possuía, inclusive, o alvará do Ministério Público. Nesse viés, pode-se perceber uma coculpabilidade dos órgãos públicos.

No mais, o Ministério Público, em desacordo com o princípio da correlação, o qual deve vincular a denúncia e a decisão de pronúncia à sua sustentação e tese, trouxe dois elementos excluídos da sentença de pronúncia, através do Recurso em Sentido Estrito, nº 70071739239, para a sessão plenária.

Ao decorrer da sessão, além da postura condenatória evidente do Ministério Público, o juiz presidente, em diversos momentos, deixou de agir, integralmente, na figura de juiz imparcial, especialmente, no momento em que se reuniu, na sala secreta, desacompanhado dos membros da acusação e defesa, com o conselho de sentença. Releva-se que o assunto abordado é desconhecido pelas partes, nesse viés, entende-

⁹ Art. 433. § 1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

se pela violação transparente do princípio da imparcialidade e publicidade, contaminando o júri em sua integralidade.

Vale-se ressaltar que a presença das famílias das vítimas, no plenário, gerou grande comoção, ao chorarem, exaltarem-se e, até mesmo, interromperem a fala dos advogados de defesa. Importa-se que o silêncio da plateia é crucial para garantir a imparcialidade dos jurados.

Assim, ao fim dos longos 10 (dez) dias de julgamento, o júri decidiu pela condenação dos quatro réus, após a votação de diversos quesitos na sala secreta. Evidencia-se que esse momento referido deve ser presenciado pelo magistrado, representantes da defesa e acusação, bem como os jurados.

Em sequência, o magistrado presidente declarou os réus culpados, fixando uma pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, para o réu Elissandro; 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado para o réu Mauro; 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, para os réus Marcelo e Luciano¹⁰.

Após a sentença, o juiz presidente expediu os mandados de prisão para que as penas pudessem ser executadas. Todavia, a decisão teve seus efeitos suspensos, haja vista a apresentação de Habeas Corpus preventivo, pelo advogado Dr. Jáder Marques, concedido liminarmente em decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, percebe-se a presença de diversos vícios processuais gerados a partir do comportamento dos juristas na sessão plenária.

5.1. A ATUAÇÃO DOS JURISTAS NA CONFIGURAÇÃO DA SESSÃO PLENÁRIA

O constitucionalismo moderno, observado a partir das revoluções inglesas (no século XVII) e estadunidense (no século XVIII), trouxe a forma de atuação dos juristas em um Estado de Direito, principalmente, por meio do papel empreendido pelo juiz Edward Coke, após manifestações contra as exorbitâncias das prerrogativas reais.

Por conseguinte, a defesa da ordem política foi delimitada pelo direito, para evitar o abuso do poder punitivo do Estado, limitando, principalmente, o poder de

¹⁰ p. 26, contida no evento 13 - PROCJUDIC523 à p. 18, contida no evento 13 - PROCJUDIC524 da ação penal.

atuação dos juízes. A partir disso, a Constituição, principalmente através dos seus princípios, possui soberania frente as ações desenvolvidas pelos juristas.

Nesse viés, os princípios surgem não apenas para regulamentar as garantias individuais, mas também, para limitar e guiar a atividade jurisdicional. Celso Antônio de Melo, por sua vez, adverte para as consequências da não observância:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. (MELO, 2021)

Assim, o devido processo legal deve ser respeitado em sua integralidade, e os responsáveis por esse dever são, principalmente, as partes. Percebe-se que as nulidades surgem como sanções para a parte que violou as normas jurídicas, e, em análise aprofundada, chega-se à conclusão de que um processo eivado de vícios é fruto da ausência de comportamento adequado dos sujeitos processuais.

No júri, há um limite maior na conduta do juiz presidente, uma vez que, diferentemente da sua função habitual com o poder decisório, nesse sistema, ele deve apenas presidir a sessão plenária e realizar a dosimetria da pena a ser aplicada a partir do veredicto dos jurados. Ressalta-se, na mesma linha, a proibição do magistrado de comunicar-se com os jurados sem a presença dos membros do Ministério Público e da defesa, os atos, como um todo, devem ser públicos, respeitando o princípio da publicidade.

Por sua vez, os advogados possuem a ampla defesa como princípio base, podendo invocar qualquer tese favorável ao caso em concreto, diferentemente do Ministério Público, o qual deve apresentar em plenário apenas objetos presentes na decisão de pronúncia.

É por respeito a tal princípio supramencionado, em consonância com o §3º do art. 476 do Código de Processo Penal¹¹, que todos os elementos de acusação devem ser apresentados anteriormente à fala da defesa, inclusive aumentando em uma hora, para essa última, caso haja mais de um acusado.

Para permitir uma defesa técnica igualitária, não deve haver surpresas nem mesmo relativo às provas a serem apresentadas, devendo ser juntadas aos autos

¹¹ Art. 476 (...) § 3º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

com, no mínimo, 3 (três) dias úteis de antecedência. O CPP veda expressamente a leitura de documento ou exibição de objeto que não respeitar o prazo previsto em lei.

Por outro lado, a técnica de persuasão e convencimento deve ser realizada de forma adequada para que o conteúdo do processo seja transmitido com a capacidade de gerar o resultado pretendido. Assim, a credibilidade que a parte passa aos jurados é uma das variantes para a construção do veredicto.

Ocorre que quando os sujeitos processuais estão diante de um caso bastante rumoroso, principalmente quando a mídia produz um julgamento moral paralelo, o comportamento tende a se alterar, e por sua vez, princípios e normas deixam de ser observados em detrimento atuação incorporada. Entretanto, todo o procedimento do júri é extremamente delicado e regulado por lei para não comprometer a imparcialidade dos jurados, e qualquer atitude realizada sem o devido respeito ao texto constitucional, provoca vícios processuais.

6. A DECRETAÇÃO DE NULIDADE COMO SANÇÃO JURÍDICA AOS VÍCIOS PROCESSUAIS PENAIS

Os vícios processuais surgem a partir da inobservância dos procedimentos expressos pelas normas constitutivas. Em decorrência do descumprimento, manifesta-se as nulidades processuais como sanções à parte descumpridora.

Para caracterizar as nulidades, e incorporá-las ao processo penal, é necessário relatar a herança civilista, uma vez que os elementos próprios da relação de direito material (civil) foram incorporados ao processo penal. A priori, o Código Civil exigiu, em seu art. 104¹², a presença de três elementos para validar um negócio jurídico, sejam eles: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Por conclusão, Paulo Rangel enfatiza “*o ato processual é espécie do ato jurídico e, portanto, deve obedecer a todas as formalidades exigidas em lei para sua realização, sob pena de haver a chamada atipicidade processual.*” (RANGEL, 2015, P. 942).

A convergência entre os dois ramos do direito se dá pela figura do dano, principalmente, a partir do princípio da instrumentalidade das formas que, ao arguir uma nulidade, deverá demonstrar o prejuízo através da inconformidade do ato aos

¹² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III-forma prescrita ou não defesa em Lei.

preceitos normativos. Dessa forma, a nulidade não é considerada um vício, mas sim uma consequência aplicada ao ato viciado.

As nulidades dividem-se em relativa, a qual pode ser convalidada, e absoluta, a qual se torna improrrogável, podendo ser declarada de ofício a qualquer momento. A nulidade absoluta decorre da afronta ao texto constitucional, e a sua decretação independe de requerimento, uma vez que o prejuízo é tido como presumido. Já a nulidade relativa para ser declarada, precisa demonstrar o prejuízo causado às partes, bem como devem ser arguida tempestivamente para que não haja a sua prorrogação, isto é, a sua convalidação.

Nesse viés, Paulo Carvalho e Salo de Carvalho enfatizam o papel do Judiciário como “garantidor da regularidade dos procedimentos (devido processo legal) e dos direitos do imputado” (CARVALHO, 2005, P. 158).

No caso em comento, após o juiz singular proferir a sentença, baseada na decisão revelada pelo corpo de sentença, as defesas dos réus buscaram a decretação de nulidades, em virtude dos diversos vícios processuais acontecidos posteriores à pronúncia, por meio do recurso de apelação, amparado pelo art. 593, III, “A” do Código de Processo Penal¹³.

Diante dos diversos pontos especificados em cada apelação, este trabalho pontuará os vícios acolhidos no Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os quais possuíram o condão de sentenciar pela nulidade do julgamento do Júri.

6.1. NULIDADES ACOLHIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Após interpostos os recursos de apelação pelos advogados de defesa, em 03 de agosto de 2022, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu a seguinte decisão:

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por maioria, vencido o relator, **DAR PROVIMENTO** aos apelos, fulcrados no art. 593, III, "a", do Código de Processo Penal para declarar a nulidade do julgamento, prejudicado o exame dos apelos com base

¹³ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

nas demais alíneas daquele dispositivo. À unanimidade, revogaram a prisão dos apelantes. Comunique-se, de imediato, ao juízo de 1o grau, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS)

Antes mesmo de analisar as nulidades arguidas, o relator enfatiza que as matérias deverão ser analisadas sem um excessivo rigor e formalismo, diante da complexidade processual deste caso em comento, haja vista a excessividade de vítimas e a magnitude de 98 (noventa e oito) volumes de autos físicos, bem como as diversas decisões controversas proferidas durante o trâmite processual.

Sob essa ótica, os desembargadores entenderam por verificar de uma forma mais simplista, para que os direitos fundamentais dos acusados sejam respeitados, conforme os preceitos constitucionais, e a higidez processual possa ser preservada.

De início, a primeira nulidade, acolhida por maioria, refere-se à realização dos sorteios dos jurados. Enfatiza-se, essencialmente, que a lisura do sorteio deve ser indispensável, bem como a sua forma prescrita em lei deve ser seguida rigidamente, haja vista o comprometimento da imparcialidade do conselho de sentença. Entende-se, inclusive, por nulidade absoluta, devendo o sorteio ser invalidado ou, caso seja realizada a sessão, hipótese acontecida, seja decretada a nulidade do julgamento.

O juiz presidente utilizou uma fórmula inovadora e desconhecida por lei para prosseguir ao sorteio dos jurados, excluindo o princípio da unicidade dos sorteios. A priori, realizou não apenas um, mas três sorteios, ocorridos nos dias 03 (três), 17 (dezesete) e 24 (vinte e quatro) do mês de novembro do respectivo ano. Percebe-se, então, que o último ocorreu flagrantemente fora do limite disposto no art. 433 do Código de Processo Penal. Dessa maneira, é indubitável a atipicidade que revestiu a forma pela qual o sorteio dos jurados fora realizado.

Por consequência, diante da complexidade do sorteio, em vez das defesas técnicas analisarem 25 (vinte e cinco) possíveis jurados, tiveram que examinar 305 (trezentos e cinco), número excessivamente maior ao previsto em lei. Percebe-se, portanto, uma afronta direta ao princípio da plenitude de defesa, uma vez que não houve tempo hábil para a apreciação minuciosa de cada sorteado, para que os advogados pudessem se utilizar da maneira mais estratégica das recusas oportunizadas, bem como arguições de impedimentos, suspeições e incompatibilidade.

Diante dos fatos, entende-se por haver prejuízo à defesa e por está tempestiva a matéria alegada a partir das manifestações escritas pelo Dr. Jader Marques, decidindo o tribunal pela nulidade desse ponto, observa-se:

O prazo exíguo e o elevadíssimo número de jurados (305) causou prejuízo concreto às defesas, impossibilitando-as de exercerem o pleno exercício legal das recusas, bem como arguições de impedimentos, suspeições e incompatibilidades, tendo a Defesa do réu Elissandro se manifestado expressamente, por petições escritas e tempestivas, contrariamente à realização dos sorteios na forma como operados, fazendo-o em diversas oportunidades. (Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS)

Em prosseguimento a análise, houve defeito na formulação dos quesitos pelo magistrado presidente, Dr. Orlando Faccini Neto, a serem votados pelo conselho de sentença.

Para esse ponto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues expõem “A quesitação do júri deve guardar técnica que garanta higidez do exame dos fatos pelos jurados” (TÁVORA; ROSMAR, 2022, p. 1546), para que os jurados possam compreender a situação fática com clareza.

Em consonância com o princípio da correlação, o Ministério Público deverá alegar as matérias contidas na sentença de pronúncia que, por consequência, devem alcançar a formulação dos quesitos. Para isso, todos os quesitos devem observar as determinações contidas no art. 482, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quais sejam:

Art. 482. (...) Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes. (BRASIL, 1941)

Diante do exposto, o questionário formulado pelo juiz presidente deve conter apenas os termos presentes na decisão de pronúncia, excluindo qualquer elemento que dela não faça parte. Todavia, ao elaborar o segundo quesito, o magistrado incluiu contornos da acusação por dolo eventual que haviam sido afastados pelo TJRS

perante julgamento do Recurso em Sentido Estrito (RSE), contrariando expressamente o art. 476 do Código de Processo Penal¹⁴.

A Primeira Câmara Criminal, do TJRS, retirou a circunstância da dificuldade imposta pelos seguranças para que as vítimas só pudessem se retirar da boate após o pagamento da comanda como incidência para o dolo eventual, observa-se:

Em relação a Elissandro (e vale o mesmo para mauro), todavia, não me pareceu verossímil o item “i” da denúncia (fl. 09), de que os seguranças dificultaram a saída das vítimas, até que pagassem as despesas, cumprindo ordens prévias dos proprietários. Neste ponto a narrativa soa artificiosa e excessiva. Mesmo os depoimentos orais levam a outra leitura, diante da confusão inicial, ainda que nos primeiros instantes do tumulto, quando ainda não haviam percebido o que acontecia. Ora, uma ordem geral que as pessoas devem pagar suas comandas antes de sair é comezinha e nem todo ato de fala pode minudentemente excepcionar-se, vale dizer, não parece exigível que o senso comum, para situações ordinárias, tenha que ser acrescido de ressalva expressa (salvo se acontecer um incêndio e as pessoas estiverem fugindo desesperadamente). Mesmo porque, assim que percebido o caos, não houve mais qualquer ato no sentido imputado. (Recurso em Sentido Estrito nº 70071739239, fl. 132)

Entretanto, em manifesto desrespeito à decisão anteriormente proferida, bem como à Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê: “É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório”, o segundo quesito formulado pelo juiz presidente constou:

2º QUESITO: O réu ELISSANDRO CALLEGARO SPHOR concorreu para a prática do fato, ao determinar a implantação em paredes e no teto da boate espuma altamente inflamável, sem indicação técnica de uso, contratando show musical que sabia incluir exhibições com fogos de artifício de uso externo, além de manter a casa noturna superlotada, sem adequadas condições de evacuação e segurança contra fatos dessa natureza, e com equipe de funcionários sem treinamento, além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo na boate? (Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS)

É evidente que, além da elaboração do quesito não ser simples e distinto, o magistrado incluiu: “além de prévia e genericamente ordenar aos seguranças que impedissem a saída de pessoas do recinto sem o pagamento das despesas de consumo na boate?” ponto não constante na decisão de pronúncia.

¹⁴ Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

Nesse contexto, há uma clara ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório, bem como ao da congruência/correlação em face do claro desrespeito às condutas processuais assentadas pelas jurisprudências em desvincular a denúncia, decisão de pronúncia as aplicações do júri.

Diante do exposto, verifica-se um excesso acusatório no quesito exposto, o qual, inclusive, não é capaz de presumir qual importância que cada jurado revelou ao proferir seu veredicto, principalmente, na parte final composta cuja não deveria estar inserida.

À vista disso, o 4º (quarto) quesito também teve nulidade decretada por derivação, uma vez que houve conexão com o 2º (segundo) quesito a partir da expressão “assim agindo”. Ora, tal referência estabelece nexos com a informação proferida anteriormente, entretanto o 3º (terceiro) quesito referencia-se à absolvição, portanto, os jurados buscam a interligação das informações com o 2º (segundo) quesito, afrontando o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Por fim, a última causa de nulidade acolhida pelo TJRS para decretação de nulidade se deu pela reunião privada, durante a sessão plenária, do juiz presidente com o conselho de sentença.

Anteriormente, o Código de Processo Penal, previa a possibilidade do juiz presidente, analisar juntamente com os jurados, em ambiente separados as provas dos autos.

Todavia, atualmente, a discricionariedade do magistrado é limitada, uma vez que qualquer ato praticado, independentemente de possuir carga decisória ou ser meramente de orientação, deve, obrigatoriamente, respeitar o princípio da publicidade. Enfatiza-se que a publicidade externa pode ser mitigada, porém, jamais, a interna, todos os atos praticados deveram ser realizados na presença das partes.

Entretanto, o juiz presidente violou diretamente tal princípio mencionado, considerando a convocação extraordinária, em meio a sessão plenária com o conselho de sentença, sem a presença de qualquer membro da defesa ou do Ministério Público.

Constata-se, desse modo, que o ato reservado praticado não encontra qualquer amparo legal. No mais, não houve sequer a oportunidade das partes impugnar o conteúdo por ele ser totalmente desconhecido, tendo em vista que não houve qualquer registro escrito ou gravado. Entendendo-se, portanto, pela nulidade

absoluta, considerando incapacidade intrínseca de impugnação pelas partes, afetando diretamente o núcleo do ato jurídico-processual.

Diante do exposto, verifica-se a cristalina violação do princípio da plenitude de defesa, do acusatório, da publicidade e da transparência obrigatória dos atos do poder judiciário.

Por fim, é necessário ressaltar que, diante da anulação, ocorrida em 03 de agosto de 2022, o Ministério Público interpôs Embargos de Declaração com a intenção de obter efeitos infringentes, bem como esgotar a instância estadual a fim de viabilizar, caso não providos os embargos, a interposição de recursos extraordinário e especial contra o acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (TJRS) que determinou por um novo julgamento.

Nesse sentido, entende-se que, antes de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri, ocorrerão diversas decisões entre os Tribunais Superiores, a fim de esgotar os meios recursais. Porém, vale uma análise detalhada se a intenção é de mero efeito protelatório ou revestida de fundamentos legais.

7. CONCLUSÃO

Resta notório, portanto, que a análise acerca dos princípios constitucionais violados possui relevância além do direito processual penal, uma vez que o processo por inteiro deve ser guiado pela instrumentalidade das formas, devendo todo e qualquer ato jurídico respeitar as normas legais pré-constituídas.

O Tribunal do Júri é bastante sensível para haver nulidades processuais, tal fato se dá pelos atos serem realizados a vista dos jurados, podendo comprometer, a qualquer tempo, a imparcialidade do julgamento. Por essa razão, todo o seu procedimento é extremamente regulado, devendo, assim, ser seguido intrinsecamente.

Por consequência, entende-se que o princípio da ampla defesa é a base do júri, principalmente, por permitir toda e qualquer estratégia de intercessão para o acusado. Essa circunstância se dá pelos juízes leigos se comprometerem a julgar a partir da realidade apresentada, sem nenhum conhecimento jurídico, assim o senso de justiça dos jurados não se baseia em questões jurídicas, mas sim em fatos.

Desta feita, a lisura do julgamento deve ser preservada de maneira prioritária, portanto qualquer ato eivado de vício deverá ser analisado minuciosamente para investigar se houve o comprometimento do júri.

O caso da Boate Kiss é extremamente complexo, por isso os juristas empenhados no caso deveriam cumprir com acentuado rigor todas as normas processuais consolidadas por lei. Ocorre que, com a busca incessante de convalidar a opinião popular no veredicto final, a imparcialidade objetiva do magistrado e do ministério público foi comprometida, deixando transparecer frente aos atos praticados a vista dos jurados.

Verificou-se, para tanto, por prejudicada a defesa dos réus, acolhendo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o pedido de decretação de nulidade interposto, por recurso de apelação, pelos advogados de defesa.

Nesse prisma, houve o comprometimento dos princípios da plenitude de defesa e paridade de armas frente ao sorteio inadequado dos jurados, bem como a inobservância do art. 5º, XXXVII,¹⁵ instituído como cláusula pétrea.

Na segunda nulidade acolhida, a respeito da má formulação do 2º (segundo) quesito necessário, comprovou-se a violação do princípio da correlação, pelo juiz presidente inserir elemento fático ausente da sentença de pronúncia, acarretando prejuízo visível às defesas dos réus. Por consequência, houve a decretação, pelos mesmos motivos de excesso acusatório, do 4º (quarto) quesito, por possuir uma correlação com o 2º (segundo).

Por fim, no tocante a reunião reservada do magistrado com os jurados, restou-se claro a afronta direta ao princípio do acusatório, da publicidade, plenitude de defesa e da transparência obrigatória dos atos do poder judiciário, tendo em vista que as partes ao menos dispuseram da possibilidade de impugnar o conteúdo tratado, porque dele, desconhecem.

Diante dos fatos, percebe-se que o comportamento dos juristas pode ser moldado a depender a repercussão social. Assim, diante da pressão social pela busca da condenação, alguns procedimentos regulamentados foram inobservados, ocasionando vícios processuais.

Conclui-se, neste modo, que os vícios processuais foram ocasionados pelo comportamento inadequado das partes, em especial do juiz-presidente, a partir da

¹⁵ Art. 5º (...) XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

inobservância do rito e procedimento do Tribunal do Júri, previsto pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS:

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 07 abr 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 out 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 167**, de 05 de janeiro de 1938. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-167-5-janeiro-1938-354984-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 de maio de 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. (Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 01 maio 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 5123185-30.2020.8.21.0001/RS**. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 03 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 29 de out de 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Primeira Câmara Criminal). **Recurso em Sentido Estrito nº 70071739239**. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 23 de março de 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 04 de nov de 2022.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Walfredo. **Curso Completo de Processo Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 42ª Edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.

FREITAS, Paulo. **Criminologia midiática e tribunal do júri: a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus Ltda, 2018.

GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Danilo; NEVES, Isadora. Atuação dos juristas na formação do constitucionalismo moderno. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-10/diario-classe-atuacao-juristas-formacao-constitucionalismo-moderno>>. Acesso em: 05 de nov de 2022

MELO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2021.

NORONHA, E. Magalhães. **Do Crime Culposos**. São Paulo: Saraiva, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: Princípios constitucionais**. São Paulo: Imprensa, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo; AVELAR, Daniel. Atuação do tribuno no júri: a credibilidade. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-10/tribunal-juri-atuacao-tribuno-juri-credibilidade>>. Acesso em: 05 de nov de 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17ª Edição. São Paulo: JusPODVM, 2022.