



COMARCA DE PORTO ALEGRE
1ª VARA DO JURI DO FORO CENTRAL
Rua Márcio Veras Vidor, 10 OU Av. Aureliano de Figueiredo Pinto, s/nº

Processo nº: 001/2.20.0047171-0 (CNJ:.0047498-35.2020.8.21.0001)
Natureza: Homicídio Qualificado
Autor: Justiça Pública
Réu: Elissandro Callegaro Spohr
Luciano Augusto Bonilha Leao
Mauro Londero Hoffmann
Marcelo de Jesus dos Santos
Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Orlando Faccini Neto
Data: 13/12/2021

VISTOS ETC.

O caminho percorrido até aqui revelou variados percalços, mas, concluído o julgamento pelo Júri, colhe-se, agora, o ensejo para a prolação da decisão com a qual se fixam as penas e dão-se as demais diretrizes. Na conformidade da votação realizada pelo Conselho de Sentença, **declaro condenados** os réus **ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO**, e, como corolário do veredito, passo à aplicação das penas.

(i) Antes, porém, uma breve nota: se as dificuldades inerentes do caso da Boate Kiss determinariam, por si sós, uma tramitação mais alargada do processo, contribui para a delonga um sistema recursal que, máxime nos procedimentos de Júri, **carece de urgente revisão**.

O Júri, nos oitenta anos de vigência do Código de Processo Penal, foi, muito provavelmente, o tipo de procedimento menos alterado, a partir das diversas reformas pontuais tendentes à modernização da legislação. Ainda que sejam



relevantes as mudanças conjunturais, o certo é que, em termos de estrutura, o Júri segue sendo o rito que insere sete pessoas da comunidade para, após mais ou menos intensa coleta de provas, deliberar sobre o mérito da imputação dos crimes dolosos contra a vida, bem como das diversas questões a essa correlatas. O panorama dos crimes de homicídio, que é, a rigor, o tipo de infração mais expressivamente ligada ao Júri, entremontes tornou-se bastante diverso, subsistindo, não obstante, o mesmo modelo de julgamento, sem que, entre as alterações, seja possível depreender algo de mais substancial.

O diagnóstico que se pode haurir dessa constatação não é favorável.

No ano de 2019, o Conselho Nacional de Justiça empreendeu esforços na formulação de um “Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri”, cujos resultados apontam para a preponderância de decisões pela extinção da punibilidade, o que, em seus termos, pode dar sinais da ineficiência do procedimento, mormente porque, em alguns Estados da Federação, esse índice, qual seja, o de decisões meramente extintivas, sem efetivação do julgamento, chega perto de sessenta por cento, sendo a média nacional próxima de trinta e cinco por cento. Mais do que isso, **gira em torno de sete anos o tempo médio de tramitação das ações penais de competência do Júri**, com situações locais em que esse lapso temporal muitas vezes aproxima-se de dez anos, considerada a baixa do processo, potencializando o vexatório paradoxo segundo o qual **a violação do bem jurídico mais relevante entre todos, como seja a vida, implica na mais alongada forma de prestação jurisdicional**, tudo em ordem a desacreditar o sistema de Justiça e, como parece curial, sinalizar proteção insuficiente ao direito fundamental, tal como definido constitucionalmente.

Não surpreende, neste quadro, que, em quase sessenta por cento dos casos tenha se afigurado a necessidade de mais de uma sessão plenária de julgamento para a efetivação do Júri, havendo Tribunais em que a multiplicidade de sessões, até o desfecho efetivo, apresentou-se em mais de oitenta por cento das situações. Nalguns casos, razões diversas, como a ausência de testemunhas, de jurados, sequer viabilizam o início das sessões; noutros, são as efemérides



corriqueiras, ocorridas durante o julgamento, que implicam na dissolução de conselhos, e conseqüente frustração dos trabalhos iniciados. Tudo isso, parece, impõe a cogitação de mais substantivas alterações.

No caso da Boate Kiss isso tudo se mostrou evidente. A decisão de pronúncia, concernente à mera admissibilidade do julgamento da causa pelo Júri, rendeu vastidão de irresignações, num percurso que, precisamos frisar, **provavelmente haverá de ser novamente percorrido**, já agora, com a apreciação do mérito pelos Jurados.

A demonstrar como nosso processo penal alterou-se ao longo das últimas décadas, vejamos a definição da pronúncia formulada, em sua época, por ESPÍNOLA FILHO: *“pronúncia é a sentença, em que, julgada procedente a denúncia ou queixa, é o réu considerado indiciado em infração penal, provada na sua materialidade, para efeito de, com o nome lançado no rol dos culpados e sujeito a prisão imediata, ser submetido ao julgamento definitivo pelo tribunal do júri”*¹.

Decerto se mostra antiquada a admissão do lançamento do nome do acusado em rol dos culpados antes de empreendido o julgamento, bem como a cogitação da prisão pela só razão de prolatar-se a decisão de pronúncia. Porém, superados que foram os equívocos de antanho, **remanesce a pronúncia como imensa fonte de delonga** na tramitação dos processos por crimes dolosos contra a vida, máxime porque, na quadra atual, o desfecho dos casos enquadráveis no âmbito do Júri pode depender do julgamento de oito instâncias jurisdicionais.

Com efeito, prolatada a pronúncia, há o recurso em sentido estrito, e, a partir dele, a chamada ao caso dos Tribunais Superiores, seja pela via recursal, seja pela amplitude dos *habeas corpus*; preclusa a pronúncia, e, com isso, concretizado o julgamento pelo Júri, novamente, já aí a partir da apelação, podem ser percorridas as vias jurisdicionais dos tribunais estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Tudo a ensejar inescondível contrassenso, já assinalado anteriormente: os crimes que violam o mais importante dos bens jurídicos, como é a vida, são os que têm maiores dificuldades de tramitação, e, portanto, consomem mais

¹ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Vol. IV. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/a, p. 243.



tempo para serem julgados.

Tornar, simplesmente, irrecorrível a decisão de pronúncia não atentaria contra a competência constitucional do Júri, antes lhe prestaria homenagem, pois, como é evidente, caberá ao Júri a efetivação do julgamento, muitas vezes suprimida na teia imensa dos recursos atualmente previstos na legislação, inclusive à conta do advento da prescrição ou outras causas extintivas da punibilidade. Quando não sucedem essas, apesar disso tem-se tamanha dilação temporal entre o fato e a culminância de seu desfecho, que as finalidades apontadas para a pena criminal se fazem macular, o que se soma ao inegável descrédito do sistema de justiça criminal.

Suplantar-se, portanto, a possibilidade de recurso da pronúncia prestaria reverência ao Júri, convocando-o com mais presteza ao cumprimento de sua missão constitucional, e se, suspeitamos, para muitos a assertiva parecer chocante, nunca se pode deixar de anotar a perplexidade para a realização de julgamentos alusivos a fatos ocorridos com quase uma década de antecedência.

O Direito, e sobretudo o Direito Penal, não há de voltar os olhos apenas àquele que delinuiu, senão que lhe cabe a finalidade de ajustar as expectativas normativas da comunidade, evitando frustrações e descréditos que afetam a confiança no sistema de Justiça.

(ii) Para ingressar, propriamente, o campo da fixação das penas, imperioso é dar-se destaque à circunstância de que, na espécie, **desde sempre a imputação versou o designado dolo eventual**. Para a conclusão que se tirará, cumpre, sobre isso, fazer-se algumas considerações.

Qualifica Damásio de JESUS como teoria normativa pura da culpabilidade aquela que “*retira o dolo da culpabilidade e o coloca no tipo penal*”, o que indicaria que “*relaciona-se com a teoria finalista da ação*”, tudo a ensejar a exclusão de todo e qualquer “*fator psicológico*” para o âmbito de sua análise². Isto poderia ser dito, em palavras de ESTEFAM, sob a perspectiva de que “*no âmbito do sistema finalista (...) se identificou a natureza puramente normativa da culpabilidade, a qual passou a ser composta de imputabilidade, possibilidade de compreensão da ilicitude da conduta e de exigir do agente comportamento distinto*

2 JESUS, Damásio de. *Direito Penal. Parte Geral*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 505-6.



(*teoria normativa pura da culpabilidade*)”³. Notem como este pensamento, que refutaremos, é difundido; BITENCOURT, em sentido equivalente, assenta que “*uma das mais caras contribuições do finalismo (...) foi a extração do âmbito da culpabilidade de todos aqueles elementos subjetivos que a integravam até então e, assim, dando origem a uma concepção normativa ‘pura’ da culpabilidade*”⁴. Como corolário, expõe o autor que a culpabilidade, deste modo alvitrada, pode ser resumida como a “*reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez*”, o que, assim, significaria que a reprovação “*pessoal contra o agente do fato fundamenta-se na não omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitido*”⁵.

Do que ficou consignado, resulta que, sobretudo na doutrina brasileira, tem-se produzido o **equivocado alvitre segundo o qual, se está a culpabilidade alijada de elementos de ordem subjetiva**, transportados ao tipo penal como consectário da abordagem finalista, a sua avaliação, isto é, **a avaliação da culpabilidade no ensejo da fixação da pena, afigurar-se-á meramente cosmética**.

E não é inusual, deveras, que, em algumas decisões, no momento de estabelecimento das sanções e apreciação acerca das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, leiamos, quando se vai tratar da culpabilidade, meramente a fórmula de que o agente era imputável, tinha consciência da ilicitude e poderia comportar-se de outra maneira.

O que se pretende demonstrar agora é que, ao contrário disso, **no conceito de culpabilidade tendente à fixação da pena incluem-se elementos de ordem subjetiva**, os quais, numa linguagem simplificada, e observada a dinâmica do presente caso concreto, poderíamos tomar como a **avaliação acerca da intensidade do dolo**, desimportando, para o efeito – o que também será exposto –, se se está a falar de dolo direto ou de dolo eventual.

3 ESTEFAM, André. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 441.

5 BITENCOURT, *Tratado...*, p. 442-3.



Se bem que na distinção entre dolo eventual e negligência consciente WELZEL remeta à conhecida fórmula de Frank, pela qual a indiferença do autor quanto ao resultado antijurídico se mostra um critério de destrinça⁶, a verdade é que “*il dolo di Welzel non è meno cieco e meno 'specchio riflettente' di quello classico, in quanto entrambi sono privati della loro radice dinamico-emozionale*”⁷ e, como adverte PALMA, a compreensão do que seja efetivamente uma expressão objetiva de vontade “*susceptível de ser a base de imputação de responsabilidade penal há-de exigir mais do que a finalidade formal, há-de exigir um conteúdo susceptível de ser compreendido pelo próprio agente como uma sua decisão*”⁸.

Sucede, assim, que **o dolo não se estrutura em termos puramente descritivos** e não deixa de revelar um estado de **indiferença** ou de desinteresse frente aos *valores* comportados pelo Direito. Neste contexto, ademais, a indiferença aparece como um critério a ser tomado em conta para a sempre difícil distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. De maneira que a antiga formulação de ENGISCH⁹, segundo a qual o grau de indiferença manifestado pelo agente, na violação do bem jurídico, faz derivar como dolosa a qualificação de sua conduta - porque quem age com dolo eventual manifesta sua indiferença quanto ao resultado, no sentido de que se não deixou afetar pela possibilidade de seu advento -, mantém a sua relevância, sobretudo em virtude de contribuir para afastar um excesso de discricionariedade judicial, em casos limites.

Trata-se de dizer, portanto, que **a ausência de oposição interna do autor frente à lesão do bem jurídico, quando essa, a lesão, afigura-se possível, encaminha o dolo eventual**, o que já não sucederá quando essa probabilidade se

6 WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965, p. 58-70.

7 MORSELLI, Elio. *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*. Padova: Cedam, 1989, p. 66.

8 PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal. Parte Geral. Volume II. A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 15. Do mesmo modo, Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal. Parte Geral. A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, p. 17.

9 ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Reimpressão. Aalen: Scientia Verlag, 1964, p. 175-186.



mostra reduzida. Por isso que FARIA COSTA expõe, com precisão, que o merecimento de pena, nos casos cometidos sob o pálio do dolo eventual, não se encontra na atitude de patente hostilidade para com o Direito, mas, sim, na “*posição moral e na postura ética de acomodação ou indiferença face o resultado proibido*”; ou seja, **a ordem jurídica parece querer não só que o agente não tenha uma posição de repúdio e de negação para com os valores que a norma penal cristaliza, como também “não quer que ele assuma uma posição de indiferença face à violação das normas penais”¹⁰.**

Assim é que a ordem jurídica, ao fazer com que a indiferença axiológica se equipare à própria e assumida negação dos valores, dá conta de que “*viver em comunidade não pode ser só o andarilhar nas suas margens mas tem de ser também o mergulhar nas suas raízes*”¹¹.

Tudo a colocar em xeque uma concepção de dolo que esteja calcada na **vontade**, como tantas vezes referido nos debates havidos neste plenário do Júri. É que, nas intermináveis discussões sobre saber-se se é o elemento volitivo o critério determinante à distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, o que surge, no fundo, é a exaltação da discricionariedade, da pura opção ou escolha, caracterizada, nas palavras de GIMBERNAT ORDEIG, como uma aleatória definição sobre se “*el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona*”¹².

Não é outra a manifestação de SANTOS, quando aponta que a consequência da “*aplicação judicial do conceito volitivo de dolo tem sido uma evidente incalculabilidade e manipulabilidade de decisões orientadas conforme os pontos de vista mais aleatórios*”¹³, de maneira que parece relevante a asserção de PAGLIARO, ao indicar a importância de se observar, no comportamento do agente, um “*atteggiamento di disprezzo verso quel bene particolare e concreto che viene*

10 FARIA COSTA, José de. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*. Coimbra: Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, 1996, p. 31.

11 FARIA COSTA, *Tentativa...*, p. 32.

12 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Acerca del dolo eventual*. In: *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 253.

13 SANTOS, Humberto Souza. *Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo*. In: *Temas de Direito Penal. Parte Geral*. Luís Greco; Danilo Lobato (Coord.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 287.



offeso dall'evento in questione” e, explicando no que há de consistir este “*atteggiamento di disprezzo*”, refere ser decisiva “*la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento*”¹⁴.

Uma linha semelhante é adotada por PORCIÚNCULA, ao assentar a desnecessidade de se perguntar por um “*querer*” do agente, porquanto quando alguém realiza uma ação consciente de seu significado típico, poder-se-ia dizer que essa pessoa quer, com a sua ação, expressar este significado típico. Ora, assevera PORCIÚNCULA, não há como perscrutar o fundo da alma de um sujeito, de sorte que é justamente através do externo, ou seja, através do comportamento do autor e de suas circunstâncias que se faz possível depreender o sentido exteriorizado de sua conduta¹⁵.

De notar-se que mesmo Armin KAUFMANN, que preconiza a inadequação de uma doutrina própria ao dolo eventual, assentando, ao contrário, a necessidade de uma perspectiva unitária, por meio da qual se possam traçar as fronteiras entre o dolo e a culpa, e, assim também, demarcar o dolo eventual, aponta virtudes à assunção, para tal desiderato, da **indiferença**, pois a “*medida da indiferença*” (*Maß an Gleichgültigkeit*), que determina o dolo, encontra-se não somente no dolo eventual, mas também, e de maneira elevada, no dolo direto¹⁶.

Não deixa de ser interessante que o profligar da vontade, como aqui apontado, encontrasse já em Galdino SIQUEIRA alguma inspiração; dizia o autor que a identificação do dolo com a “*intenção ou com a vontade não encontra apoio na moderna psychologia criminal*”, e essa assimilação, como dizia resultante da falta de clareza na ideia de vontade, acabava por ser “*fonte de todas as dúvidas e incertezas que, com prejuízo para a administração da justiça, tem reinado secularmente*”¹⁷.

14 PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale* – parte generale. 7 ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 279.

15 PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2014, p. 308-9.

16 KAUFMANN, Armin. *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungender Handlungs und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1958, p. 72.

17 SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Parte geral. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1921, p. 297.



Fosse o caso aqui de fazer-se uma recolha de decisões brasileiras, e tendo em conta que, no Brasil, é expresso o Código Penal, em seu artigo 59, no sentido de ser a culpabilidade critério a ser observado para a definição da pena aplicável, dentre as cominadas, bem assim da sua quantidade, no âmbito das balizas definidas, ver-se-ia que a admoestação não deixa de ser atual. E assim o é, porquanto o conceito de culpabilidade, com a rearrumação sistemática que lhe foi própria, nalguma medida esvaziou-se, deixando de lado as particularidades do agente, exceto para o fim da convocação de uma sua possibilidade de agir de outra maneira. De outra parte, e aqui convém aludir-se a um registro histórico muito breve, o anterior e decaído artigo 42 do Código Penal brasileiro estabelecia, expressamente, que essa fixação da pena a que acabamos de nos referir, dar-se-ia a partir da análise, pelo juiz, de fatores entre os quais se incluíam a intensidade do dolo ou o grau de culpa. Na formulação atual da lei brasileira, todavia, tais critérios não foram repetidos e essa é uma das razões por que invariavelmente essa avaliação ou sequer é referida pela doutrina, ou tem a sua possibilidade recusada.

Este é, calha referir mais uma vez o influente autor, o entendimento de Damásio de JESUS, que, sob a premissa de não possuir relevo algum o dolo para a culpabilidade, dirá que, a partir da reforma penal brasileira de 1984, e sendo o dolo “*deslocado da culpabilidade para o tipo, nenhuma influência tem na aplicação da pena concreta*”¹⁸.

Nem precisaríamos chegar ao ponto de, com MANTOVANI, asseverarmos que a “*vecchia tesi della non gradualità del dolo (...) è smentita dalla realtà, essendo il dolo ontologicamente graduabile*”¹⁹; a questão está em que, mais além disso, associar-se ao dolo a ideia de ser puro *dolo natural*, e ao mesmo tempo despojar da culpabilidade qualquer vestígio deste elemento subjetivo, esvazia de conteúdo um e outro conceito, dessubjetivando-os.

Estamos certos de que, nesta primeira diretriz de avaliação para a fixação das penas, qual seja a culpabilidade, cumpre, isto sim, aludir-se à intensidade do dolo, de maneira que o fato da vida se aproxima do sujeito, considerado que nada

18 JESUS, *Direito Penal...*, p. 336.

19 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: CEDAM, 2001, p. 339.



do que relatado neste feito ocorreu por **acaso**. E **o dolo, aqui, ainda que inequivocamente se cuide do designado dolo eventual, foi intenso.**

Cumpra apontar as razões.

(iii) A intuição primeira que se poderia haurir de um cotejo entre o dolo direto e o dolo eventual apontaria para um juízo mais desfavorável do primeiro, ou seja, o dolo direto, em relação ao segundo, isto é o dolo eventual. O objetivo, agora, é o de **afastar este entendimento, assinalando que, no nível da punição, não há nada que determine ou estimule a cogitação de que o dolo direto é, só por si, necessariamente mais grave do que o dolo eventual.**

Primeiro, por uma razão de ordem normativa. Nosso Código Penal, ao definir o que são os crimes dolosos, limita-se a indicar que se cuidam daqueles casos em que o agente “*quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo*”. De modo que, no plano da legislação, basta o “querer o resultado”, ou a “assunção do risco de produzi-lo”, para que se configure um crime doloso, que, como tal, receberá a respectiva sanção. Nada aponta para um alvitre segundo o qual o dolo direto afigurar-se-ia mais ou menos grave do que o dolo eventual e, num caso como o presente, **é preciso referir que se está diante da morte de mais duzentas e quarenta pessoas, circunstância que, na órbita do dolo eventual, já encerra imensa gravidade**, ficando até mesmo difícil supor a possibilidade de que fatos assim ocorram sob a modalidade do dolo direto, visto que a produção da morte de tão vasto número de indivíduos, quando o agente quer diretamente o resultado, muitas vezes se convola noutros tipos penais, como seja o terrorismo, o genocídio e outros envolvendo um conjunto tão plural de vítimas, o que quase permitirá dizer que **em situações catastróficas e de produção da morte de um expressivo número de pessoas o dolo eventual já é, ele mesmo, o elemento subjetivo de maior gravidade**, porquanto se de dolo direto se tratasse muito provavelmente estaríamos diante de outros modelos de crimes.

Mas não é só. Em termos doutrinários, mesmo em terras brasileiras, já há aqueles que preconizam, simplesmente, o “*abandono da categoria do dolo eventual*”²⁰, e o fazem por razões que este processo bem é capaz de explicar. Com

20 MARTELETO FILHO, Wagner; HÖRNLE, Tatjana. *Apelo para o abandono da categoria do*



efeito, grande parte da discussão travada nos Tribunais, acerca dos fatos relacionados a este feito, disse respeito a saber-se sob qual dos elementos subjetivos estaria vinculada a conduta de cada qual dos acusados. Em suma, a indagação acerca das controvérsias entre o dolo eventual e a culpa consciente manifestaram-se mais uma vez, e a solução encontrada nunca desfrutou de unanimidade.

A questão, entretanto, é que o julgador, nenhum julgador, será capaz de colocar-se na mente de quem atuou criminalmente para, daí, inferir qual teria sido o seu elemento subjetivo. Nas palavras de RAGUÉS I VALLÈS: *“una aplicaci3n estricta de la idea segun la cual s3lo resulta leg3timo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos ps3quicos que concurrieron en el momento de realizaci3n del comportamiento objetivamente t3pico hace imposible cualquier condena por delito doloso”*²¹.

Por isso que, segundo VIANA e TEIXEIRA: *“a imputa3o subjetiva n3o pode ser determinada a rogo de uma (hipot3tica e insond3vel) postura mental, sob pena de se abrir para o autor uma porta de possibilidades de manipula3o dos fatos (e do direito)”*²².

Muito ao contr3rio, portanto, o dolo vem de fora, num ju3zo de atribui3o que se faz a respeito de tal ou qual conduta. Como leciona MARTELETO FILHO: *“o dolo 3 um ju3zo, e n3o um ‘objeto’ de valora3o”*; de maneira que *“a imputa3o do dolo nunca 3, portanto, um simples derivado de processos psicol3gicos”*²³. PUPPE, na mesma dire3o, aponta que a inser3o naquilo que se passava internamente nas reflex3es do agente 3 uma quimera, de forma que a asser3o do juiz no sentido de que o agente aceitou ou n3o o resultado *“n3o pode ser compreendida como a asser3o acerca de um fato psicol3gico. 3, na realidade, uma*

“dolo eventual”. In: Revista Brasileira de Ci3ncias Criminais, vol. 178, vol. 29. S3o Paulo: RT, 2021, p. 79-101.

21 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 520.

22 VIANA, Eduardo; TEIXEIRA, Adriano. *A imputa3o dolosa no caso do “racha em Berlim”*: coment3rios 3 decis3o do Tribunal de Berlim, em 27 de fevereiro de 2017. In: Revista do Minist3rio P3blico do Estado de Goi3s, n. 36, jul-dez de 2018, p. 90. Acess3vel em: http://www.mp.go.gov.br/revista/dados_revista36/revista36_dados4.html.

23 MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no Direito Penal. Fundamentos e limites para a normtiviza3o*. S3o Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 469.



atribuição”²⁴.

Importante destacar que essas **modernas correntes**, tendentes à análise do dolo com ênfase no que tem de cognitivo, indicam, com precisão, a base de que partem, e é essa mesma base que se mostra crucial para este momento de aplicação da pena. Vejamos, no ponto, as lições trazidas por VIANA: para o autor, o conceito de dolo como “*conhecer e querer*” expressa uma proposta conceitual platônica, ambígua, circular e “*vinculada a crenças ingênuas*”, ignorando a prática da imputação subjetiva. Assim, segundo diz, a imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação. Destarte, somente haveria uma modalidade de dolo, sendo despicienda a distinção entre dolo direto e eventual. No que cumpriria atinar para a distinção entre o dolo e a culpa, de modo preponderante apresentar-se-ia o tratamento punitivo que o legislador apresenta para o dolo e para a culpa²⁵.

Segue na mesma linha a concepção de XAVIER GOMES, ao asseverar que, sendo “*despicienda a busca pela vontade psicológica na forma que contém todos os elementos para a caracterização da modalidade eventual*”, do mesmo modo temos que admitir “*a sua incidência no dolo direto, já que ambas possuem até identidade de escala penal (mesma pena prevista nos tipos), ou seja, mesmo tratamento pelo legislador*”; justamente por isso, segue o autor explicando que “*sequer nos parece possível argumentar que o dolo direto seria uma modalidade mais gravosa em relação ao eventual, o que seria aferível na culpabilidade, já que ambas podem se revestir de igual severidade*”²⁶.

Ora, **num sistema jurídico em que a discussão é transportada para integrantes da comunidade, leigos e sem estudos aprofundados em Direito Penal**, como sucede na consagração do Júri, parece adquirir ainda maior relevo o

24 PUPPE, Ingeborg. *O dolo eventual e a sua prova*. In: Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no Direito Penal. Beatriz Côrrea Camargo; Wagner Marteleto Filho (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 65. Para registro, o texto original da autora, intitulado *Der dolus eventualis und sein Beweis*, está disponível em: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/dolus_eventualis.pdf.

25 VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 366.

26 XAVIER GOMES, Enéias. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 162.



ponto de vista segundo o qual o conceito de dolo é considerado em um **sentido atributivo**, não se confundindo “*com qualquer estado mental, nem tampouco com um dado psicológico qualquer (como o consentimento ou a aprovação)*”; o dolo “*se atribui/adscreve, de acordo com a constatação de determinados indicadores, e não se determina/descreve*”²⁷.

Numa palavra: o dolo é “*um conceito jurídico que deve ser ajustado à moldura normativa a partir dessa premissa de ratio punitiva*”²⁸, ou, o que é dizer o mesmo, trilhando o caminho descortinado por FARIA COSTA: “*o direito penal considera com a mesma censurabilidade as ações praticadas com dolo directo (intencional) e as levadas a cabo na postura ético-jurídica vulgarmente chamada de dolo eventual*”²⁹.

Grande parte dos debates havidos neste Plenário, no fundo, concentraram-se nessa questão, escamoteada pelo protagonismo teórico do indecifrável confronto entre dolo eventual e culpa consciente: merecem os acusados uma pena mais elevada, como o são a dos crimes dolosos, ou são merecedores de uma pena diminuta, como é característico dos crimes culposos? A decisão dos jurados, como se viu, inclinou-se pela primeira posição, muito menos por influxo de um ingresso no âmbito interno de cada qual dos acusados, para saberem o móvel psicológico que os norteou, mas, isto sim, por uma demanda atributiva, de relacionar aos comportamentos descritos uma consequência jurídica que se apresentava variável quanto à ordem de gravidade, cumprindo, ao decisor, uma definição, que, de resto foi feita.

Concluindo essa parte, então, há de ser demarcado que o reconhecimento do dolo eventual, como tal descrito desde a denúncia, não impõe qualquer cotejo abstrato com uma situação similar, mas realizada sob a forma do dolo direto, em ordem a que para o dolo eventual o corolário seja menos intenso. **Num caso com as singularidades do presente já é o dolo eventual forma grave de**

27 MARTELETO FILHO, Wagner. *A normatização do dolo: entre o princípio epistêmico e o princípio da responsabilidade*. In: Revista de Estudos Criminais. Ano XVIII, n. 76. Porto Alegre: Síntese, 2020, p. 133.

28 VIANA, *Dolo como compromisso...*, p. 366.

29 FARIA COSTA, *Tentativa...*, p. 42.



consecução do tipo, sem impor balizas quanto à análise minudenciada que se fará quanto à diretriz da culpabilidade.

Ou seja, ainda que se vá expor mais detalhadamente as razões, fica uma primeira conclusão: **a culpabilidade dos acusados é elevada, porque intenso o elemento subjetivo com que agiram; este, mesmo sendo o dolo eventual, permite um juízo desfavorável no nível da aplicação da pena, juízo que não está limitado por uma ideia de que necessariamente haveria de ser menos gravoso do que o oriundo de um caso cometido com dolo direto.**

Não olvidemos que **o alcance da moldura normativa não se afasta de uma premissa de *ratio* punitiva.**

E isto implica outra ordem de considerações.

(iv) Não sendo a pena um mero instrumento de controle, é na **comunicação** de seu caráter de desaprovação e rechaço que se situa o reconhecimento da pessoa a que se há de impor a sanção como pessoa moral – trata-se, deveras, do reconhecimento de um significado comunicativo da pena, eticamente fundado. É a lição de FEINBERG, para quem a pena traz consigo este significado simbólico – “*expressive function of punishment*” -, no sentido de que ela expressa atitudes de ressentimento, sofrimento e indignação, e de julgamentos de desaprovação e reprovação, por parte da própria autoridade punitiva ou daqueles em cujo nome é imposta³⁰. Na síntese de SALDANHA CAVALCANTE, a punição transmite uma mensagem para criminosos e vítimas; para aqueles, comunica-se censura e reprovação do comportamento tomado, responsabilizando-os pela ofensa causada. Para as vítimas e para a comunidade como um todo, comunica-se que “os valores violados realmente importam, **que o Estado ‘fala sério’ quando criminaliza e prevê punição para algumas condutas**”³¹.

A pena, deste modo, convoca, para o ensejo da punição, um elemento de reproche, um juízo de censura, o qual, para VON HIRSCH, **não deixa**

30 FEINBERG, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. In: *Doing & Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*. By Joel Feinberg. Princeton: Princeton University Press, 1970, p. 118.

31 SALDANHA CAVALCANTE, Daniel Henrique. *Punição, retribuição e comunicação: contributo ao estudo da teoria da pena criminal*. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre: versão não publicada, 2011, p. 70.



de referir-se à condição da vítima, na medida em que faz expressar que ela, a vítima, foi injustamente violada, por conta de um comportamento alheio culpável; o que significa que aquilo que lhe foi ocasionado decorreu de um comportamento desaprovado. A reprovação, além disso, representa uma **comunicação** com o autor do fato, ensejando-lhe uma mensagem normativa crítica em relação a seu comportamento, daí que a neutralidade da reprimenda acabaria por não expressar desaprovação alguma. Marginalmente, é certo, a pena também confere, perante terceiros, razões normativas para que seja omitido o tipo de comportamento adotado por aquele que se pune, o que se conceberia como um tipo de função agregada, de índole preventiva, consistente na comunicação de uma razão prudencial (*prudential reason*) para a não realização de fatos puníveis³², a qual, na espécie, ostenta grande relevância, na perspectiva de que, de ora em avante, aqueles que se lançarem em atividades lucrativas relacionadas com a presença de pessoas haverão de adotar as cautelas necessárias para garantir-lhes as condições adequadas de segurança.

HÖRNLE, neste mesmo sentido, aponta que a atribuição de culpabilidade enseja um juízo de desaprovação, o qual se apresenta como uma *mensagem* para a vítima; noutras palavras, segundo diz, a condenação contém um juízo sobre a extensão dos direitos da vítima e sobre a demarcação de sua esfera, frente à ação do delinquente, assinalando, então, que a vítima não necessita aceitar a conduta que violou o seu direito³³. A autora, a partir disso, critica um modo de conceber a pena pautado exclusivamente num cálculo instrumental de eficiência, ao qual aludem determinadas correntes, na medida em que este olvida um cogitável direito da vítima em relação à punição do criminoso³⁴.

Por sua vez, GÜNTHER acentua a diferença da pena para outras reações alusivas ao cometimento de crimes, efetivamente em conta de seu

32 VON HIRSCH, Andrew. *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*. In: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. Luis Arroyo Zapatero; Ulfrid Neumann; Adán Nieto Martín (Coord.). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 133-9.

33 HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena: el papel de una perspectiva de la víctima*. Tradução de Luis Miguel Reyna Alfaro. In: *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la Teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD, 2003, p. 88.

34 HÖRNLE, Tatjana. *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz*. In: *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 36-7.



significado simbólico expressivo (*symbolisch-expressive Bedeutung*), visto que a *experiência das vítimas não pode ser reduzida somente às lesões materiais, considerados os diversos sentimentos negativos, a sensação de desprezo e degradação, que originam uma legitimada demanda satisfatória por parte do indivíduo que sofreu o crime*; de resto, nalgumas situações, o cometimento do crime compromete o valor que a vítima atribui à própria vida, de sorte que a pena haverá de expressar a reprovação moral ao autor do crime, sem deixar de refletir algum tipo de compaixão para com a situação do ofendido. **Apenas assim a vítima, ou seus familiares, são reconhecidos como alguém que não padeceu de um mero infortúnio ou fatalidade, e sim uma conduta ilícita, reprovada pela coletividade**³⁵.

Ou seja, importante é que, na aplicação da pena e na definição dos critérios de sua fixação, não se afastem os interesses do lesado, pois, diante da multiplicidade de condutas violadoras das pessoas que somos capazes de realizar, em muitos casos está presente a *degradação* ou mesmo o próprio *perecimento* da vítima.

Cumpre, porém, tornar menos abstratas essas reflexões.

De certo modo, é possível dizer que “*o esforço em racionalizar a atividade punitiva promoveu a neutralização da vítima*”³⁶, para a qual, se, de algum modo, sempre se conferiu um papel de subalternidade na dinâmica processual, no âmbito da delimitação da resposta estatal para com o crime restava praticamente esquecida. No limite, o espaço reservado às vítimas mostrava-se circunscrito às pretensões indenizatórias ou reparatorias³⁷.

GUIMARÃES NETO assinala que a reação estatal ao delito deveria encerrar o conflito, e fazer o sujeito passivo perceber eventuais ações vingativas como desnecessárias. Nesta linha, a teoria da pena “*seria entendida como orientada à finalidade de conter as emoções e sentimentos vingativos da vítima*”³⁸.

35 GÜNTHER, Klaus. *Die symbolische-expressive Bedeutung der Strafe: eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*. In: Festschrift für Klaus Lüdersen zum 70. Geburtstag am 2 Mai 2022. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 206-219.

36 GUIMARÃES NETO, Silvio Leite. *Uma teoria da pena baseada na vítima: a busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 25.

37 GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena...*, p. 26.

38 GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena...*, p. 156.



Por isso que **a pena que não inflige um mal ao autor de uma conduta grave mostra-se contraditória e compromete o significado expressivo da condenação**, ou, dizendo o mesmo com outras palavras, a pena desprovida de um “*ônus tangível conflitaria com os interesses dos indivíduos vitimados por crimes graves, pois comprometeria a credibilidade da condenação expressa pelo Estado*”³⁹.

É certo que como pressuposto de observação dos interesses da vítima estará a necessidade de perceber os seus anseios punitivos, sem que isso se confunda, evidentemente, com a transferência da missão de julgar ao próprio ofendido. Notem, as vítimas não julgam, mas empreendido que seja o juízo, o seu interesse quanto à extensão da reprimenda não é desconhecido d’alguma concepção. Na tradição americana, por exemplo, há a possibilidade da assim chamada *Victim Allocution*, por intermédio da qual podem ser apresentados os impactos do crime em relação ao ofendido, bem como narrados os seus sentimentos em relação ao fato ocorrido e ao infrator (*Victim Impact Statement*), ou seja, oralmente ou por escrito, essa declaração consiste em uma descrição dos danos físicos, psicológicos, emocionais e financeiros da vítima, e que tenham ocorrido como resultado direto do crime, naturalmente após estabelecido o juízo de condenação⁴⁰.

No livro em que, com riqueza de detalhes, trata-se de situação similar à dos autos, ocorrida no *The Station Nightclub*, em Rhode Island, EUA, o autor explica que “*a sentencing hearing consists of defense counsel’s argument urging leniency, the prosecutor’s argument for strong punishment, and the defendant’s own statement, should he wish make one. In Rhode Island, it may also feature “victim impact statement, an opportunity guaranteed by the Rhode Island Constitution, whereby crime victims may describe to the court the crime’s impact on their lives*”⁴¹.

Não se pode excluir, evidentemente, que as exigências da vítima alcancem referencial descompassado com a ordem jurídica, como aqueles que afetem

39 GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena...*, p. 158.

40 In: https://www.justice.gov/usao-edca/victim-witness-assistance/rights#felony_sentencing, acesso em 24 de fevereiro de 2021.

41 BARYLICK, John. *Killer Show: The Station nightclub fire*. New England: University Press of New England, 2012, p. 164.



direitos indisponíveis do infrator ou mesmo se mostrem inteiramente desproporcionais com o fato praticado; a suplantação destes riscos, contudo, está na adoção, de resto usual em nosso país, de um critério que seja objetivo, capaz de complementar as singularidades do indivíduo violado, qual seja a adoção de limites punitivos mínimo e máximo, como tal fixados pela lei⁴².

Dentro dessas balizas, entretanto, importa reconhecer os impactos do crime para a vítima, ou mesmo, em certas circunstâncias, para seus familiares, em ordem a que a censura expressa pela condenação não fique alheia a seus interesses.

Nos casos de perda de entes, como no caso presente, a pena criminal há de comunicar aos familiares, pais e mães enlutados, o grau de respeito que lhes devota o Estado, de maneira que **arriscar o esquecimento destes dramas pessoais gerados pela prática de um crime implicaria justamente no oposto, ou seja, numa demonstração de que a ordem jurídica não está a compreender a vítima, o sujeito violado, com o devido respeito e consideração.**

O sempre presente interesse dos familiares, que constituíram até mesmo uma Associação, e a constante demonstração de seu sofrimento, **não podem ser olvidados neste momento.** Um magistrado que atua no Tribunal do Júri acaba se deparando inumeráveis vezes com pais ou mães que comparecem em audiências ou plenários chorando a morte de seus filhos. Isto, entretanto, nunca pode ser naturalizado e, mais que isso, parece **potencializado quando a experiência da morte deixa de ser algo individual, para constituir-se numa dimensão coletiva.** Foram mais de duzentos e quarenta mortos, e a expressividade do número de vítimas não divide ou arrefece as dores ou tragédias pessoais; **multiplica-as.**

(v) E aqui surge uma questão relevante. Normalmente, após a análise de cada uma das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, chega-se num número, à guisa de pena-base. Este cálculo nunca há de ser matemático, e **quanto mais a jurisprudência inclina-se por sua força aritmética, mais se distancia da dimensão axiológica que é fundamento do Direito Penal.** De todo modo, haverei de proceder na indicação precisa dos elementos do artigo 59 do Código Penal, que nortearão a fixação da pena-base; contudo, antes, para um dado muito significativo

42 GUIMARÃES NETO, *Uma teoria da pena...*, p. 202.



almejo chamar a atenção. **Como reagiria cada pai ou mãe enlutado, cada familiar que perdeu seus filhos ou filhas, se lhes fosse dito que, como corolário dessa perda suprimir-se-á um mês da liberdade dos réus?** Pois notem: são mais de duzentos e quarenta famílias que, por anos, esperam uma resposta do Estado e a concretização daquele valor abstrato que designamos por JUSTIÇA, e, numa modelagem legislativa em que é cediça a presença do concurso formal, numa modelagem típica que alude ao homicídio sem qualificadoras, mesmo um estudante de Direito será capaz de especular que para cada vida perdida não será extirpado muito mais do que um mês da liberdade de cada um dos acusados.

E isto sem considerar que com o cumprimento de pequena fração da pena já poderão progredir de regime, tudo a viabilizar se cogite de uma retomada relativamente rápida de suas vidas, com a possibilidade de conviverem com os seus, de viajarem, de estudarem, de trabalharem, de conhecerem pessoas, de terem as experiências que são tão maravilhosas no curso de nossas vidas, e que, todavia, nenhuma delas as terão as vítimas, as mais de duzentos e quarenta vítimas. Vejam que o percentual da progressão de regime, na espécie, variará - e o refiro à guisa de *obiter dictum*, pois o tema alude à execução penal -, entre 16 ou 25%, se se considerar que o elemento violência, a distinguir o patamar de que se trate, não é necessariamente inerente ao homicídio – bastaria lembrar da hipótese de um homicídio por omissão -, tudo a demonstrar que o alcance de benefícios da execução penal não se fará tarde.

Este norte, retomemos, este guia, de comunicar às vítimas, a seus familiares, de que há compadecimento com a sua situação, igualmente direcionará a análise que se inicia, acerca do artigo 59 do Código Penal. Por meio da punição adequada dos réus conota o Estado, aos parentes dos que pereceram, bem como aos lesados sobreviventes, o ideal da consideração e do respeito.

(vi) A culpabilidade dos réus é elevada.

A viabilidade de fazer tal asserção, mesmo estando o caso vertente na modalidade do dolo eventual, já foi referida anteriormente e não há razão para repetições. Do mesmo modo, fica reiterado o alvitre quanto à aquilatação da intensidade do elemento subjetivo, viabilizada, não obstante, mais uma vez,



estejamos a tratar do dolo eventual. Importa, no ponto, assentar a pluralidade de deveres normativos descumpridos pelos acusados, na medida em que, no caso de **ELISSANDRO** e **MAURO**, determinaram a instalação, em paredes e no teto da boate, de espuma altamente inflamável, olvidando indicações técnicas de uso que, em sua condição empresarial, deveriam obedecer. Mais do que isso, empreenderam a contratação de show musical no qual era cediça a utilização de artefatos similares a fogos de artifício, sem prestar a devida informação sobre os riscos associados à conjugação destes dois fatores. Portanto, contribuíram num grau excepcional com a situação de perigo que culminou na causação dos danos verificados. Isto para não dizer do fato que aceitaram, sem peias, manter a casa noturna com lotação demasiada, sem que tivessem atuado no sentido de viabilizar adequadas condições de evacuação, em casos de necessidade. Tudo no processo, ademais, corrobora a ideia de que coadunaram com a atuação de funcionários sem os treinamentos obrigatórios, e, no ensejo dos fatos da denúncia, chegaram a, ainda que genericamente, e no início do desdobramento do evento, ordenar aos seguranças para que impedissem a saída de pessoas do recinto, acaso não demonstrado o pagamento das despesas de consumo na boate. Tal conjunto de atos, no somatório tendente ao desfecho intensamente fatal que promoveu, encerra elevado grau de censurabilidade. Com efeito, sendo os acusados imputáveis, o que parece óbvio dizer a essa altura, demais disso é de notar-se que, máxime em decorrência de sua condição profissional, vale por dizer, do fato de que auferiam rendimentos dos lucros da boate, era-lhes imperativo comportamentos diversos, em ordem à garantia da segurança daqueles que frequentavam o local. Essa mesma condição, cumpre dizer, torna indiscutível a consciência da ilicitude do comportamento, viabilizando juízo desfavorável sobre essa circunstância.

No concernente aos acusados **MARCELO** e **LUCIANO**, igualmente o grau de censura é acentuado. Não obstante conhecendo o local do fato, onde já haviam atuado, acionaram os artefatos pirotécnicos que sabiam, ou no mínimo deveriam saber, serem destinados a uso em ambientes externos, sendo que um destes foi direcionado para o teto da boate, de modo leviano e insensível, o que deflagrou, *tout court*, a queima do revestimento inflamável. A importância causal



desta conduta, para a produção de tamanho número de mortes, é inequívoca e o peso elevado das consequências deve ser suportado por aqueles cujo comportamento foi mesmo decisivo para a eclosão das mortes. Sem contar que teriam saído do local sem alertar o público acerca do fogo e da necessidade de evacuação, dando à vida dos frequentadores nenhuma importância e egoisticamente buscando preservar a sua. De modo que a reprovabilidade é intensa, sendo os acusados imputáveis e sendo-lhes, fortemente, exigido comportamento diferente daquele que adotaram por ocasião da efeméride.

No âmbito dos motivos, é verdade que a denúncia assinalou, quando de seu oferecimento, a existência de motivo torpe, para cada qual dos acusados, havendo ulterior exclusão em sede recursal. Seria indevido, no ponto, aludir aos motivos na forma em que feito na denúncia, se bem que, deve ficar consignado, não estou de acordo com a asserção de que se apresentaria na espécie algum tipo de *bis in idem*, na consideração de dados para a afirmação do dolo eventual e destes mesmos dados à guisa de qualificadora.

Tem havido muita confusão a respeito do conceito de *bis in idem*, e parece inequívoco que, se determinada pessoa desferir múltiplos e intensos golpes de arma branca noutra, dessa unidade de sentido extrair-se-ão tanto a sua intencionalidade ao modo de dolo, como também a qualificadora concernente à crueldade do meio. Enfim, seriam variados os exemplos, que antecipariam a ideia de que o “*ne bis in idem* corresponde a uma proibição do exercício irracional do poder punitivo, dando-se por verificada essa irracionalidade quando esse exercício for redundante”⁴³, o que não se confunde com a valoração diversificada de dados do crime, máxime num sistema jurídico que, aí sim problemáticamente, aceita *tout court* a cada vez maior variabilidade das instâncias de punição – civil, penal, administrativa etc.

De igual modo, parece despicienda a aproximação da implicação de qualificadoras, em nosso sistema, àquilo que, como consta do voto condutor de sua recusa, alude à indicação, por seu intermédio, de maior censurabilidade ou

43 LEITE, Inês Ferreira. *Ne (Idem) Bis in Idem: proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público*. Tomo II. Lisboa: AAFDL Editora, 2016, p. 831.



perversidade. Como sabido, este é o modelo das qualificadoras do homicídio empregado no direito português, que, à cláusula geral da qualificação prevista no n. 1 do artigo 132 do Código Penal de Portugal, enuncia, na sequência, peculiares circunstâncias tendentes à evidenciação desse elevado padrão de censura. As discussões havidas na doutrina portuguesa a respeito não carecem de indicação aqui, sendo de dizer-se, entretanto, que, em nosso caso, a legislação não aponta para essa análise consistente na *perversão*, o que, convenhamos, para o modo asséptico como determinados temas são tratados em terras brasileiras seria altamente dificultoso.

De todo modo, **no presente ensejo não se está a repriminar a qualificadora afastada**. Ainda que razões de política criminal, expressas ou não, tenham conduzido a seu afastamento, e nem parece equivocado fazê-lo, o certo é que a repercussão, e o conteúdo da avaliação dos motivos, neste momento, adquire outra envergadura. Com efeito, como qualificadoras importariam em dobrar a pena mínima do crime, lançando-a aos cedizos doze anos; já agora, influenciam significativamente menos, num quadro em que o balizamento da sanção já está estabelecido legislativamente em padrão inferior.

Assim é que, afirmado e reafirmado que não se está a trazer à tona o que foi rechaçado por decisões superiores, cumpre dizer que **o motivo do crime desfavorece os acusados**.

Os motivos permitem que se conceda uma explicação para as ações - “*motives may explain actions to us*”, prestando-se para interpretá-las⁴⁴, de modo que apresentar um motivo equivale a dizer sob que luz deve a ação ser vista – “*to give a motive (...) is to say something like ‘See the action in this light’*”⁴⁵. Aludem, os motivos, não apenas no que diz respeito à causação do resultado, mas também, importante frisar, àquilo que direcionou o agente na tomada de tal ou qual conduta. E aqui, para os réus **ELISSANDRO** e **MAURO**, que exerciam atividade profissional relacionada com a Boate Kiss, o escopo de beneficiar os lucros em desfavor da segurança de seus clientes ressaí evidente. Deu-se primazia à razão econômica, desde a aquisição de materiais até a imposição de dificuldades para a saída das vítimas, ao

44 ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. *Intention*. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2000, p. 19.

45 ANSCOMBE, *Intention...*, p. 21.



aspecto do lucro, que, naturalmente, não é em si repugnante, quando almejado num quadro de cumprimento dos deveres normativos; na espécie, isso, contudo, não sucedeu. Variadas ações, individualizadas, evidenciaram que os riscos acrescidos à integridade dos frequentadores do estabelecimento foram desconsiderados, porquanto destarte, seguramente, ganhar-se-ia menos. Da parte dos réus **MARCELO** e **LUCIANO**, ainda que em menor escala, a motivação também passa pela mesma ordem de considerações, visto que, como se demonstrou, teriam adquirido e usado artefato pirotécnico de valor significativamente inferior àquele que se afiguraria mais seguro para utilização num local como a Boate. Sem contar que, no casos destes acusados, há, ainda, uma expressão de futilidade, no arriscar tão avassaladoramente os membros de seu público, por uma diversão banal, dir-se-ia grosseira, como a exibição de pirotecnia num lugar fechado.

Em suma, ainda que com a diversidade própria referente à atuação de cada qual, na avaliação dos motivos, para todos os réus, o que se infere não lhes é favorável.

Cumpre avaliar as circunstâncias peculiares do evento, no que repercutem para a fixação da pena. Neste âmbito, impõe-se atenção específica à maneira como vieram a perecer as vítimas fatais. Os dados do processo indicam, sem qualquer margem para dúvida, **a presença de intenso sofrimento**, decorrente das razões pelas quais morreram as vítimas. Quem, num exercício altruísta, por um minuto apenas buscar colocar-se no ambiente dos fatos haverá de imaginar **o desespero, a dor e o padecimento** das pessoas que, na luta por sua sobrevivência, recebiam, todavia, a falta e a ausência de ar, os gritos e a escuridão, em termos tão singulares que não seria demasiado qualificar-se tudo o que ali foi experimentado ao modo como assentado pela literatura⁴⁶, “**o horror, o horror**”.

Vejam, a título de exemplo, o que disse **Tulio Magalhães** (fls. 11549/11553): “*Que o pessoal saiu correndo do palco e caiu aquele teto, toda aquela fumaça, aquela... Aí virou uma bagunça. Ninguém avisou nada... Lá dentro a gente não conseguiu ouvir nem voz, assim, porque, se pensa numa situação nessa é grito né, situação de grito e não sei o quê, você não conseguia ouvir voz porque se*

⁴⁶ Refiro-me ao filme *Apocalypse Now* e ao livro de Joseph Conrad, o *Coração das Trevas*.



*você tentasse falar alguma coisa, se você tentasse gritar, você se queimava entendeu, de vez em quando você ouvia um grito, mas era um grito meio de desespero, como se fosse uma última tentativa da pessoa puxar ar e logo em seguida você ouvia o barulho de alguém caindo, de um corpo desfalecendo”; similar, vale conferir o que assentou **Heuri Guedes** (fls. 11189/11194): “J: Tu tava sentindo alguma dor? V: Sim, sim. Eu queimei os braços, assim. J: Tu ficou ali muito tempo? Tu foi embora depois? V: Eu não tenho noção de tempo assim, o que eu fiquei lá dentro, mas foi tempo suficiente pra me causar danos né? Eu fiquei um bom tempo hospitalizado, e em coma induzido também. J: Te recorda se nesse trajeto tu foi pisoteado? V: Fui. Fui pisoteado e foi uma batalha ali, né? Porque era muita gente, todo mundo querendo se salvar, todo mundo querendo sair, não tinha... estourou a boiada e todo mundo queria sair para algum lugar, e aquela fumaça, foi cada vez ficando mais quente, foi cada vez pior né? Ai era gente querendo ir pro banheiro, gente querendo sair, não tinha um rumo certo pra ir, não tinha um rumo certo que dizia: saída aqui. Eu não tinha essa noção sabe? [...] Dr. Joel: Em quantos amigos mais ou menos vocês estavam lá? V: Uns dez. Dr. Joel: Desse pessoal que tava contigo, todos sobreviveram? V: Não, um monte eu perdi. [...] Dr. Joel: Quando tu tava saindo tu disse, que tu lembra de ter pisado em algumas pessoas, é isso? V: Pisei. Dr. Joel: Tu tem ideia assim, de onde tu começou a pisar nessas pessoas? V: Da parede de vidro, essa que eu estava, eu andei até a metade, disso eu tenho consciência, eu andei até a metade do bar, que é próximo à saída, a partir daí então eu caí. Ai eu já caí em cima de pessoas. Acho que isso aí até a porta deve dar uns três quatro metros, eu já caí em cima de gente. Dr. Joel: E tu lembra de pessoas caírem em cima de ti? V: Sim, foi a partir daí que eu lembro de ta brigando pra sair. Ai eu me agarrava, não tinha o que fazer. Dr. Joel: Em que momento que tu sentiu, se tu sentiu que começou a te queimar? V: Desde o início que eu percebi que era fogo. Que eu botava o braço no rosto, pra eu tentar não respirar aquilo, aí foi queimando aqui, o próprio calor já queimava”.*

A **intensidade do sofrimento** é circunstância peculiar dos crimes e o seu reconhecimento sequer há de estar adstrito à cobertura do elemento subjetivo com que atuaram os agentes; quem deflagra o processo causal, ou seja, realiza as



condutas aptas à eclosão de determinado resultado, há de suportar os dados colaterais que lhe sejam respectivos, pois, se assim não fosse, as particularidades e singularidades dos crimes correriam por conta das próprias vítimas, e elas são vítimas.

Em seu livro a respeito do que sucedeu na Boate Kiss, ARBEX apontou as imensas dificuldades enfrentadas pelos próprios socorristas, relatando o caso de um médico que “quando examinou a boca de uma das vítimas, uma garota, levou um susto: uma fumaça preta saía de sua garganta. Os olhos estavam completamente brancos, queimados”; e segue: “jovens morriam na frente de todos, uma cena insuportável até mesmo para quem fora treinado para enfrentar situações-limite”⁴⁷.

O horror, o horror.

Aponta-se que “o tempo de morte estimado dentro da Kiss foi de três a cinco minutos depois de o incêndio ter começado”⁴⁸, e mostra-se inexprimível em palavras o tipo de sensação a que foram submetidas as vítimas na antessala de suas próprias mortes, misto de desespero com sufocamento, misto de desalento e dor.

Outra circunstância a ser considerada concerne à **idade dos mortos e mortas**; na sua grande maioria, pessoas na faixa de seus vinte e poucos anos, cheios de expectativas, de anseios e sonhos, tolhidos e interrompidos à conta dos fatos, suprimidos de tudo aquilo que a experiência humana pelo mundo pode proporcionar.

Importante este aspecto, máxime se cotejado com aquilo que dos acusados será retirado em decorrência de suas condutas. Todos os réus, seguramente, terão ainda tempo para cultivar as suas famílias, desenvolver as suas amizades, viajar, conhecer pessoas, participar de festas, eventos, amores e desamores, nessa trajetória cheia de mistérios e maravilhas que é a vida. **Nada disso caberá às vítimas.** Sequer é possível um cálculo instrumental sobre a idade de cada qual, e a expectativa de vida que teriam, para chegarmos ao quanto de tempo lhes foi subtraído. Basta dizer que é muito, e este muito, cumpre enfatizar isso, não lhes foi

47 ARBEX, Daniela. *Todo dia a mesma noite: a história não contada da Boate Kiss*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 20.

48 ARBEX, *Todo dia a mesma noite...*, p. 163.



retirado por obra do acaso, por um raio, um terremoto, um tufão ou furacão: tratou-se de obra humana, a exigir do Estado o chamamento à consequente responsabilidade. ARBEX, no ponto, indica tratar-se de “*mais de 9 mil anos potenciais de vida perdidos, considerando-se a expectativa de vida do brasileiro em torno de 75 anos*”⁴⁹.

Do mesmo modo **são gravíssimas as consequências**. Primeiro, **para a própria comunidade de Santa Maria**, que, é fato público e notório, resultou deveras abalada em sua estrutura social a partir dos fatos narrados na denúncia. Há um luto perene, dificilmente reversível, e que se expressa no olhar triste de pais e mães que, em busca de respostas, massivamente compareceram na sessão de julgamento. Muito, a este respeito, poderia ser abordado com o que revelado nos autos. Os depoimentos estão aí e transcrevê-los agora parece despiciendo – fica a referência de que estão sendo considerados. Estar-se-ia a refugir dos padrões de uma decisão judicial se a poesia fosse chamada? Suponho que não, e, neste ponto das consequências, trago a música de Chico Buarque, citada em plenário durante os debates, Pedaco de Mim: “*Oh, pedaço de mim. Oh, metade arrancada de mim. Leva o vulto teu. Que a saudade é o revés de um parto. A saudade é arrumar o quarto. Do filho que já morreu*”.

Na descrição empreendida por ARBEX: “*muitos pais que reconheceram os filhos mortos no chão frio do Centro Desportivo Municipal perderam a capacidade de trabalho, passaram a fazer uso contínuo de remédios ou de álcool e a sofrer de doenças mentais. Cinco faleceram, posteriormente, com problemas de saúde. Casais se separaram depois que um dos dois desconstruiu-se de si mesmo*”⁵⁰.

As consequências foram pesadas para as vítimas sobreviventes, componentes, no quadro da imputação veiculada na denúncia, do quadro alusivo às tentativas de homicídio. Vejam alguns exemplos, citados aqui para documentação. Ao ser ouvida, JÉSSICA DUARTE DA ROSA (fl. 11769) referiu: “*A: A senhora, esse seu esclarecimento me fez lembrar o seguinte, a senhora teve algum prejuízo*

49 ARBEX, *Todo dia a mesma noite...*, p. 104.

50 ARBEX, *Todo dia a mesma noite...*, p. 185.



material com medicação, internação hospitalar? Muito. Ainda tenho né. Porque eu tenho muitos problemas respiratórios, fora todas as queimaduras que eu tenho né, então assim, gasto. Gastei no começo, porque como eu disse eu fiquei 30 dias UTI, então depois que eu saí ninguém nunca me perguntou se eu precisei de ajuda, se eu não vou precisar, se eu precisava de remédio, então assim, gasto ainda com muito remédio respiratório, muito antibiótico, tomo a cada dois meses eu preciso tomar antibiótico, tenho um tratamento todo por trás disso, fora as queimaduras assim, que eu precisei usar e o hospital do pelo SUS eu consigo assim cirurgias essas coisas eu to conseguindo aos poucos fazer, mas eu precisei de órteses pro meu braço, tudo isso foi por conta minha e são coisas caras, então assim, muita gente muita gente mesmo de fora, me ajudou, inclusive minha faculdade, com bolsa, com auxílio, me ajuda bastante, porque eu tenho bastante gasto”. JAIRO DA SILVA LIMA, por sua vez, relatou (fls. 10467/10470): “Dr. (...): Não tem problema, o senhor não sabe, não tem problema. Pra concluir me diga uma coisa, que tipo de tratamento o senhor precisou se submeter ou se ainda está se submetendo algum tratamento médico? Psicológico, pós o incêndio? V: Eu tive já, eu tive lá no CAPS ali na Borges e tudo né, porque a gente fica assim com uma coisa que a pessoa carrega pra vida inteira esses fatos que acontecem assim né. No caso o tratamento fica muito difícil, ou a pessoa trabalha e larga de não a vida social dela, porque é a realidade é uma né. Que se eu fosse uma pessoa que não trabalhasse não tivesse nada, não teria condições nem de ter vindo aqui. Essa é a verdade que todo mundo acha que é assim, então eu acho assim que após o fato tudo que aconteceu, alguma coisa foi deixada de lado. Seria a parte dos sobreviventes, isso foi meio deixado de lado que tem que veja eu acho alguém vai ter que ver isso dá parte dos sobreviventes. Porque ninguém disse nada, ninguém vai tratar ninguém cinco anos disponível se no caso fosse uma coisa simples né. Isso aí é uma realidade que não é uma coisa simples, acredito eu. Tomara que não, mas futuramente ainda acho que alguém que teve lá que teve contato com a fumaça, com os gases tóxicos vá a vir quem sabe até falecer. Ou ter algumas sequelas maiores disso, mas na realidade isso foi um fato que tão deixando de lado e vão deixar até mais. (...) V: Olha eu fiquei sete dias em casa fazendo tratamento e de atestado já fui várias vezes no PEA e



coisa tudo. Na semana retrasada e na outra, já tive duas vezes na mesma semana consultando. Faço fisioterapia, tomo remédio pra poder respirar o antialérgico a universidade me deu um medicamento, que me deram só um dia. Só uma vez me deram que seria uma bombinha. Até no comercio tá custando 72 reais. Se fosse fazer mesmo o tratamento e tudo o que teria que fazer ia ser muito grande, justamente seria uma escolha muito difícil de fazer. Ou trabalha, ou faz o tratamento. No caso serviço nenhum, se não tive trabalhando direitinho, não prestar teu serviço tu sempre tem outro disponível". Há narrativas semelhantes em muitas outras declarações, como as de THAIS MARDIELI CZAPLA (fls. 11180/11185) e UILIAM DA SILVA VIEIRA (fls. 11189/11194), bem como naquilo que foi colhido na instrução do próprio Plenário do Júri, observado por todos.

Na sessão plenária, ademais, a vítima sobrevivente KÁTIA PACHECO evidenciou as dores físicas que se abateram sobre si, a exigir utilização de morfina, bem como as diversas cirurgias que fez, para o efeito de colocação de pele, dada a extensão das queimaduras; os enxertos, nalguns casos recusados pela incompatibilidade, obrigaram à extração de pele de suas próprias costas, em parte não queimada, para viabilizar na medida do possível sua recomposição física. Muito contundente, na mesma linha, as declarações de KELLEN FERREIRA, cujo corpo traz as marcas dos fatos da denúncia, em braços cicatrizados e uma das pernas amputadas, na altura do joelho, sem contar as múltiplas operações realizadas, para enxerto de pele, assim como, expressivamente, o que foi relatado por DELVANI ROSSO, cuja manifestação da intensidade da dor sentida não pode ser olvidada e cujo relato de que, enquanto desfalecia, mentalmente despedia-se da família e amigos, pedindo perdão por qualquer coisa que tivesse feito, assinalam a dimensão dramática dos fatos.

Igualmente exacerbada as consequências advindas ao aspecto físico daqueles que sobreviveram, como, a título de exemplo, pode ser verificado pela passagem seguinte da já citada obra de ARBEX: *“-Cara, a tua pele está caindo (...) -Não, cara, isto aqui é a minha camisa que deve ter rasgado durante o tumulto. -Não, cara, tu estás sem camisa! A angústia daquele rapaz fez Gustavo prestar atenção em si mesmo. Próximo a um poste de luz, conseguiu se enxergar pela*



*primeira vez, percebendo que a pele de seu braço estava presa apenas pelo pulso*⁵¹.

Num outro livro publicado como corolário dos fatos em apreço, há diversos depoimentos de pessoas que se encontravam no local, entre os quais o de uma das vítimas, que, sobre seu caso asseverou: *“fiquei internado 25 dias, 10 em coma no HPS. Já fiz umas sete, oito cirurgias. No momento optei por não fazer mais, teria mais duas, a recuperação é dolorosa....A recuperação é meio traumática, tive 39% do corpo queimado*⁵².

Nesta mesma obra, a dimensão das consequências se apresenta insofismável, dada a necessidade revelada de prestação de auxílio e suporte aos profissionais que atuaram em benefício das vítimas e familiares; vale por dizer, os profissionais da saúde, nas suas variadas atuações, careceram, eles também, de auxílio profissionalizado, considerada a envergadura do drama com que estavam a lidar. A atividade *“consistiu em oferecer suporte teórico e técnico aos profissionais que realizavam o cuidado direto aos sujeitos afetados pelo incêndio, incluindo sobreviventes, familiares, trabalhadores e população em geral*⁵³.

A avaliação concernente ao comportamento das vítimas exige, neste caso, duas considerações; a primeira, do ponto de vista das expectativas que elas, as vítimas, nutriam ao ingressar no local da denúncia. Em algumas declarações feitas em plenário, e em oitivas anteriores, ficou evidenciada a despreocupação que as vítimas tinham quanto ao grau de segurança envolvido na Boate Kiss. Tudo, aliás, muito natural. É que, na busca de alguma diversão noturna, apresenta-se o assim designado princípio da confiança, vale por dizer, supõe-se que o local em que se está a ingressar esteja conforme as regras, tanto que, como corolário disso, realiza-se o comportamento de ingresso, pelo qual, em alguma medida, fica o sujeito entregue àquilo que a pessoa ou local que o recepcionam deveriam fazer. Dá-se o mesmo, por exemplo, quando adentramos num avião, quanto à sua manutenção, quiçá num elevador e, de certa maneira, no âmbito do próprio tráfego viário, pois, pensemos, se não confiássemos no cumprimento das normas pelos demais motoristas, o grande

51 ARBEX, *Todo dia a mesma noite...*, p. 25.

52 MAFACIOLI; Gilson e outros (org.). *A integração do cuidado diante do incêndio na Boate Kiss*. Curitiba: CRV Editora, 2016, p. 19.

53 MAFACIOLI; *A integração do cuidado...*, p. 181.



risco aí envolvido muito provavelmente nos impediria de dirigir veículos. Nesta linha de argumentação, o que se apresentou na espécie, na linha primeira do comportamento das vítimas, foi a defraudação de legítima expectativa que possuíam, no sentido de que cada qual dos acusados, na órbita própria de suas incumbências, atuasse na conformidade das regras próprias.

Num outro nível, já agora comparativo, o comportamento, já agora nobre de algumas vítimas, implica juízo desfavorável para os acusados. Vejam que, mesmo no plenário, e ainda mais em diversas referências feitas no processo, algumas das vítimas pereceram pela circunstância de, após terem conseguido sair do local, para lá retornaram, com o objetivo **nada menos que heroico** de buscar salvar da morte seus semelhantes; tal comportamento, no cotejo com aquele adotado pelos réus, e, mais que isso, decorrente de toda a efeméride derivada do comportamento dos acusados, faz pungente a necessidade de considerar-se, aqui, como desfavorável aos acusados o comportamento que foi adotado pelas vítimas: o seu ingresso no estabelecimento foi motivado por expectativas defraudadas, ou, como se queira, sua confiança foi rompida, e, ainda, aturam com grau de nobreza e verdadeiro heroísmo que, no que comparados com o modo de atuação dos acusados, torna a conduta destes réus, no ponto, individualista e, portanto, egoísta.

Finalmente, uma palavra acerca da circunstância judicial alusiva à personalidade. Realmente, há uma refração, **que reputo indevida**, sobre a indecifrabibilidade do que expresso no artigo 59 do Código Penal a este respeito, mas, convenhamos, não é esta a sede adequada para desenvolver argumentos tendentes a refutar entendimento predominante, e, por isso, fica no âmbito da neutralidade essa avaliação. Cabe, contudo, adicionar uma referência. Como dito alhures, houve, nos Estados Unidos, já neste século XXI, caso semelhante ao presente, em que, na boate **The Station**, morreram cem pessoas, havendo mais de duzentos feridos. Apesar de ter havido uma das espécies de acordo vigente no sistema americano – *plea deal* –, entre a acusação, os proprietários do local e o empresário da banda que ali se apresentava – e que, usando artefatos pirotécnicos ensejou a tragédia –, coube ao magistrado fixar as penas, que, vale dizer, alcançaram o patamar de quinze anos para dois dos acusados, embora com a possibilidade de suspensão após quatro anos de



cumprimento efetivo. Enfim, o que importa aqui gizar é que para o sancionamento de um dos acusados principais, levou o juiz em conta que este “*had handwritten individual letters of condolence and apology to each victim’s family*”⁵⁴.

A expressão de compadecimento para com as famílias enlutadas por certo distingue traço de personalidade a ser sopesado no ensejo da sentença, como se deu na hipótese enunciada. Não se está, repita-se, a valorar o inverso, no concernente aos réus do processo, mas é inolvidável a necessidade de registrar que, em todas as páginas, em todas as suas manifestações, parecem colocar-se como destituídos de compaixão por aqueles que faleceram, por aqueles que se feriram, fazendo preponderar os seus próprios interesses contra qualquer sinal de arrependimento, altruísmo, remorso, empatia ou compaixão. Parafraseando COMTE-SPONVILLE, **partilhar o sofrimento do outro não é aprová-lo e nem compartilhar as suas razões; trata-se de recusar considerar um sofrimento, seja ele qual for, como um fato indiferente, e um ser vivo, seja ele qual for, como uma coisa**⁵⁵.

Seja como for, a personalidade dos acusados não será considerada.

No quadro normativo delineado pelo artigo 59 do Código Penal, tem-se como desfavoráveis as diretrizes concernentes à **culpabilidade, motivos, consequências, circunstâncias**, aditando-se a **defraudação da confiança** alusiva ao modo como trabalhado o comportamento das vítimas. Acusados sem antecedentes, com conduta social abonada, exurgindo sem análise a personalidade. Estou longe, como disse, daqueles que preconizam critérios matemáticos para o cálculo das penas, visto que há variação de peso, em cada caso concreto, no que descrito no artigo 59 do Código Penal. Isto é, pode se apresentar um caso em que a quantidade de antecedentes de um réu é tão expressiva, que, no limite, dada a neutralidade de todas as demais diretrizes, equipará-lo a outro acusado que possua um ou outro registro que preencha o conceito de maus antecedentes será um equívoco. Este é apenas um exemplo, entre tantos, mas que se faz registrar visto que mais claramente evidencia o argumento. Seja como for, estimado que fosse o intervalo numérico da pena do

54 BARYLICK, John. *Killer Show...*, p. 166.

55 COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de maria Bragança. Lisboa: Editorial Presença, 1995, p. 115.



homicídio em quatorze anos, dado o mínimo de seis, e o máximo de vinte anos cominados, numa **conta simplificada** cada qual das circunstâncias judiciais equivaleria a algo como um ano e nove meses. Repito: tudo aqui aproximadamente e observando-se que o Direito Penal não é operado por máquinas e nem se dirige a elas. No que se seguiria a um cálculo matematizado, havendo cinco circunstâncias judiciais desfavoráveis, isto implicaria uma pena próxima aos quatorze anos e nove meses.

A matemática, todavia, não se afigura a melhor conselheira. Devem ser referidas, neste momento, as constantes decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH), que, desde o ano de 1954⁵⁶ vem de adotar a assim chamada “*teoria das margens de jogo*” (*Spielraumtheorie*), a qual, em linhas gerais, assinala que o juiz, na fixação da pena, atentará, fundamentalmente, à finalidade de **retribuição da culpabilidade**⁵⁷, resultando a sanção do sopesamento dessa diretriz a outros indicativos, também calcados numa vertente secundária de prevenção. De notar-se que a *Spielraumtheorie* compreende que a fixação da pena é tarefa predominantemente cabível **ao juiz do processo**⁵⁸, compreendendo aceitáveis sanções estabelecidas dentro de determinadas “margens de jogo”, o que, em nosso país, adquire **enorme relevância, porque implica, no fim, numa limitação ao poder de reforma da decisão, neste ponto, pelos tribunais**. Parece evidente que **uma insistente atividade de mudanças das decisões de primeiro grau, pelos tribunais, ainda que para o efeito de reduzir ou aumentar penas em patamares pouco significativos, cria uma expectativa de vantagem ao manejo de recursos, estimulando que, em suma, de toda e qualquer decisão judicial sejam interpostas variáveis e infundáveis irresignações**.

Quadro similar não é experimentado noutras plagas, e, como corolário, os sistemas respectivos atuam no sentido de privilegiar, e não infirmar, a decisão tomada pelas instâncias inferiores, máxime aquelas que mais de perto

56 BGHSt. 7,28.

57 STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

58 TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 43.



atuaram na colheita de provas para o processo.

Em última análise, assim, associando essas duas perspectivas, quais sejam, a de fixação de um peso prévio a cada qual das circunstâncias judiciais, com a vertente de uma certa margem para a avaliação casuística pelo juiz do processo, o que se tem é a necessidade de o ensejo de aplicação da pena observar uma escala valorativa que passe pela singularidade do fato, sem olvidar as dimensões envolvidas dos infratores e das vítimas, bem como que essa pena, se situada dentro de uma aceitável “margem de jogo”, ou seja, dentro de uma, entre várias, fração numérica congruente com os parâmetros do caso, seja respeitada pelas instâncias recursais, as quais, evidentemente, manterão o seu poder de sindicar e alterar aquelas penas que, para mais ou para menos, estiverem fora da fração, fora da “margem de jogo”, alvitrada como concernente à situação concreta.

No caso dos autos, de tudo quanto foi avaliado, e tomando-se em linha de conta as próprias funções da pena, em sua dimensão de retribuição e prevenção, afigura-se-me que a pena base do réu **ELISSANDRO**, considerada a maior expressividade de sua atuação na Boate, a revelar culpabilidade mais exacerbada, há de ser fixada em **15 anos de reclusão**, sendo a do acusado **MAURO**, dada a sua atuação menos intensa – nada perto de irrelevante ou de menor importância, apenas menos intensa, é o que estou a dizer – fixada em **13 anos de reclusão**, sendo essa a mesma pena base para cada qual das tentativas de homicídio. Para os acusados **MARCELO** e **LUCIANO**, as penas dos homicídios vão fixadas, na especificidade de sua situação, considerado o artigo 59 do Código Penal, em **12 anos de reclusão**, patamar que se fixa em termos equivalentes para cada uma das tentativas de homicídio.

As diversas tentativas de homicídio apresentaram dissonâncias quanto à proximidade para com a consumação, mas a asserção, tão corriqueira, de que é essa, a relação com a consumação, vale por dizer, o tanto que se haja avançado no *iter criminis*, o único critério tendente à fixação da minoração de pena, carece de alguma rediscussão. A adoção desse alvitre, com efeito, no que exclusivamente observa o aspecto objetivo, relacionado com a proximidade da consumação, atrela o critério da pura sorte para a determinação da pena final ao acusado. Aquele que



efetuasse tão somente um disparo de arma de fogo, com baixo calibre, e acertasse o pé de seu alvo, acabaria por ser mais gravemente punido que o indivíduo que, munido de um fuzil, efetuasse diversos tiros, não acertando, contudo, nenhum deles. Não parece razoável o acolhimento apenas desse critério objetivo, o qual, aliás, não se extrai da lei, senão de uma construção jurisprudencial sedimentada no tempo e, todavia, há muito não discutida.

Veja-se que, a explicar o critério adotado na análise do crime na forma tentada, Zaffaroni e Pierengeli⁵⁹ possuem entendimento mais consistente, pois assinalam que: “*a diminuição da imputação da tentativa caminha sempre numa relação proporcional à imputação que seria dada ao delito se perfeito fosse e em relação à qualidade e quantidade da própria tentativa. A qualidade determina o grau maior ou menor da força moral da tentativa; a quantidade grau da força física*”.

Pode-se apontar, portanto, a insuficiência de aludirmos unicamente ao risco de consumação empreendido ao bem jurídico, para fins de atenuação de pena; a observação deve abranger a potencialidade do ato para a realização típica em sua inteireza e, dir-se-ia, que a culpabilidade, em seu sentido mais profundo de reprovabilidade da conduta, deve aparecer como critério adicional, para fins do cálculo da pena, a partir da incidência dessa peculiar causa de diminuição. Vale dizer, destarte, que mesmo a *tentativa branca*, em certos casos, pode implicar numa redução mínima – pensemos na pluralidade de tiros de fuzil, direcionados a alguém que não é atingido -, ao passo que o risco extremado de morte pode, igualmente, levar à máxima redução – suponhamos um disparo de arma de fogo apenas, que não obstante atinja a perna da vítima, leve-a a uma complexa cirurgia cuja probabilidade de óbito seja imensa.

A tentativa, em suma, não deixa de trazer a discussão filosófica sobre a *sorte* para o centro do Direito Penal. Há poucos registros sobre o estudo da *sorte*, em termos de Direito Penal. VILLAR, em monografia inteiramente dedicada ao tema, assinala, para o que se afigura relevante neste caso, que: “*en este sentido, lo*

59 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: Doutrina e Jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 129.



*que separa la tentativa acabada de la consumación es la suerte; por lo cual, la distribución de castigo penal se basa en essa diferencia. **El fundamento del castigo, es, para este autor; la peligrosidad de la conducta que se refleja en el merecimiento de pena**". E prossegue, para dizer que: "Esta surte moral por los resultados puede eliminarse con una reconstrucción del mundo, no del sujeto como pretendem los subjetivistas. (...) la aplicación de contrafáctos a través del recurso a mundos posibles más cercanos al actual permite reconocer los juicios de imputación que se encuentran influidos por la suerte en los resultados y depurarlos adecuadamente para no castigar al agente parcialmente inocente"*⁶⁰.

Portanto, o que se quer assentar é a necessidade de se incrementar o critério jurisprudencial em voga no país, em ordem a não se limitar, a avaliação do *quantum* de redução de pena da tentativa, ao grau de proximidade da consumação, o qual, ademais, em certas hipóteses, não deixa de consistir em pura especulação. Os demais elementos tendentes à fixação da pena base, máxime a culpabilidade, possuem capacidade de rendimento no sentido de serem implicados na análise da tentativa, sobretudo pela circunstância, já aí normativa, de que a pena deve cumprir as funções de **prevenção e repressão** do crime, os quais devem ser atendidos outrossim quando da fixação da pena final.

No caso concreto, mostra-se inolvidável que, nas mesmas condições em que alguns dos homicídios não ultrapassaram a fase do *conatus*, mais de duzentos e quarenta pessoas pereceram, tudo a indicar a gravidade do risco a que foram submetidas as vítimas sobreviventes, sendo de somar-se a isso, ainda, a avaliação já realizadas quanto à culpabilidade dos réus. Com isso, para todos os acusados, a causa de redução da pena da tentativa, no concernente a cada um dos homicídios que não atingiram a consumação, dar-se-á na base de um terço, menor fração possível, aqui aplicada em conta das considerações precedentes. Com isso, para o réu **ELISSANDRO** a pena de cada uma das tentativas de homicídio vai fixada em **10 anos de reclusão**, para o acusado **MAURO**, a pena de cada uma das tentativas de homicídio vai fixada em **08 anos 08 meses de reclusão** e, para os réus

⁶⁰ VILLAR, Mario. *Surte penal: un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*. 1ª ed. Buenos Aires: Didot, 2016. p.140 e 210.



MARCELO e LUCIANO, a pena de cada uma das tentativas vai fixada em **08 anos de reclusão**.

Os crimes aqui versados, homicídios e tentativas de homicídio, foram cometidos inequivocamente sob o pálio do concurso formal, no modo como instituído pelo artigo 70 do Código Penal. Isto impõe que se aplique, apenas, a mais grave das penas, com o acréscimo previsto na lei, cuja variação depende do número de infrações cometidas. Na espécie, tudo autoriza que o aumento se dê no patamar máximo, qual seja o da metade, considerados o expressivo número de vítimas fatais e a elevada quantidade de tentativas de homicídio.

Assim, alcançam-se as penas definitivas, que, para o réu **ELISSANDRO** vai fixada em **22 anos e 06 meses** de reclusão, para o réu **MAURO** serão de **19 anos e 06 meses de reclusão**, ao passo que para os acusados **MARCELO e LUCIANO** serão de **18 anos de reclusão**.

Notem que, num sistema de execução das penas como o brasileiro, não se está a estabelecer nenhuma demasia. Sendo a condenação por crimes que não ostentam a designação de *qualificados*, como assentei anteriormente, com 16 ou 25% das penas, **consoante o entendimento a ser adotado pelo juízo das execuções** acerca do elemento violência, na forma da redação atual do artigo 112 da Lei de Execução Penal, poderão os acusados, ora condenados, alcançarem progressão de regime, restabelecendo o convívio social, em algo que variará entre 2 anos, 10 meses e 21 dias, na mais branda das hipóteses – patamar de 16% para a menor pena aqui fixada – e 05 anos, 07 meses e 17 dias, na hipótese mais gravosa, isto é, considerada a mais elevada das reprimendas e o percentual mais elevado, de 25% para a progressão, sem contar, em qualquer caso, benefícios prisionais como a remição, com capacidade de diminuir em praticamente um terço cada qual destes patamares. Logo, trata-se de resposta punitiva que se pretende racionalizada, equilibrando os riscos de excessos, sem olvidar a perniciosidade equivalente de redundar em pura brandura.

O regime inicial de cumprimento das penas há de ser o **fechado**, em vista dos patamares aqui fixados.

(vii) Fixadas as penas de cada qual dos réus, exsurge tema de



singular relevância, concernente à viabilização de decretação da prisão dos acusados, até então em condição de liberdade, na medida em que condenados pelo Tribunal do Júri. Na espécie, tudo pareceria simplificado, levando-se em conta as penas fixadas, numa leitura textual do artigo 492, I, e, do Código de Processo Penal, segundo o qual, em caso de condenação, o juiz “(...) **no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas**, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. Na mesma esteira, soma-se a normatiza que estabelece, para tais casos, que o apelo do condenado ostente exclusivamente o efeito devolutivo – **não o suspensivo**.

Não é suficiente, contudo, a exposição do ditame legal. Cabe explicar o seu fundamento e deixar demarcado o porquê, neste caso, como em vários outros de julgamento pelo Júri, ainda antes do advento deste dispositivo legal, **sempre entendi** pela execução provisória da condenação exarada pelo Tribunal popular.

Para começar, a condenação aqui estabelecida, sabe-se, tem via de apelo estreita, porquanto a decisão proferida pelo Júri é inalterável, só podendo ensejar, quando muito, um novo julgamento, dada a natureza constitucional de sua instituição e a soberania dos veredictos.

Sobretudo quando da decisão de pronúncia houve recurso pela Defesa, o qual, ao manter a remessa do acusado a Plenário, intuitivamente revelou presentes indícios de autoria, parece certo que, com a condenação, e já sendo firme o juízo do Tribunal sobre os indícios de autoria, tanto que mantida a pronúncia, **pelo mérito qualquer recurso não ensejará provimento. O contrário desvirtuaria a lógica**. Noutros termos, e voltados os olhos a este caso concreto: é seguro dizer, por imperativo lógico, que nenhum Tribunal poderá confrontar a decisão dos jurados, no que assentado o dolo eventual na conduta dos réus; do mesmo modo, desembaraçar a autoria afirmada é algo que exsurge interdito no exame de recursos, pela singular circunstância de que, acerca destes temas, houve decisão categórica do Júri, órgão constitucionalmente competente para o efeito, decisão essa precedida de avaliações do Tribunal de Justiça e do próprio Superior Tribunal de Justiça, os quais, para além



dos limites cognitivos impostos pela atribuição constitucional do Júri, adstringem-se àquilo que eles próprios, no momento oportuno, decidiram. Numa palavra: **se foi dito haver indícios de autoria, indícios de tipificação dolosa, e isso tudo é afirmado pelo Júri, seria um contrassenso terrível afirmar-se que, em alguma medida, a decisão dos Jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.**

Não é sem razão que, em julgamento recente, por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 118.770, relator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, desenvolveu a tese de que, sendo a rigor inalterável a decisão condenatória do Tribunal do Júri, poder-se-ia, a partir de então, deflagrar-se a execução da pena, com a prisão do acusado em Plenário.

Há muitos anos, repito, **sustento** a imediata execução da pena, após a condenação pelo Júri, entendimento agora balizado pela **lei** e pelo **Supremo Tribunal Federal**, embora deva ser dito que, tal qual ocorreu no caso concreto, se me afigure como premissa para tanto tenha havido recurso da decisão de pronúncia, o que, só por si, no tangente à viabilidade da autoria, terá passado pelo duplo grau de jurisdição.

Conforme referido alhures, num outro enfoque, é preciso, também, na linha do entendimento de HÖRNLE, compreender que a atribuição de culpa enseja um juízo de desaprovação, que outrossim se apresenta como uma **mensagem para a vítima** – ou para seus familiares, o que, digo eu, **estará jungido não somente ao resultado dos julgamentos, mas também às providências que lhe são correlatas.**

Ou seja, a condenação contém um juízo sobre a extensão dos direitos da vítima e sobre a demarcação de sua esfera, frente à ação do ofensor, assinalando, então, que a vítima não necessita aceitar a conduta que violou um direito seu⁶¹. HÖRNLE, a partir disso, critica um modo de conceber a pena pautado exclusivamente num cálculo instrumental de eficiência, na medida em que este

61 HÖRNLE, Tatjana. *Die Opferperspektive bei der Strafzumessung*. In: Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Bernd Schünemann und Markus Dirk Dubber (Hrsg.). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 175-200.



olvida um cogitável direito da vítima em relação à punição do delinquente⁶².

ESER igualmente refere que o delito se deve compreender não apenas como uma lesão geral ao Direito, senão como, ademais, uma violação de interesses concretos, de maneira que a correspondente sanção necessita, mais além de finalidades estatais genéricas, atender à reparação individual consoante o ponto de vista da vítima, que, pois, mostrar-se-ia como parte essencial da sanção penal⁶³.

Na medida em que proferido juízo condenatório, de estreita possibilidade de modificação, pelo Júri, **contraria a intuição elementar, e, portanto, as expectativas fundadas do lesado e de seus familiares, a potencial extração, em favor dos réus, da mesma condição que eles, familiares, ostentavam ao ingressar no Plenário de julgamento, qual seja a da liberdade.** Inexplicável, pois, para o senso comum, que o acusado condenado pelo Júri, mormente quando a pena é expressiva, tenha, para si, nenhuma consequência após o julgamento, como se nenhum julgamento tivesse havido.

Isto para não dizer, de modo sintético, e como puro *obiter dictum*, que a ciência dos réus quanto à condenação e à margem quase nenhuma para a sua mudança implicam, à guisa de *id quod plerumque accidit*, um risco inescandível de evasão ou fuga, que se não pode desconsiderar.

Por tudo isso, merece referência, mais uma vez, a decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 118.770:

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, *d*). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, *c*), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. Diante disso, **não viola o princípio da presunção de inocência ou**

62 HÖRNLE, *Subsidiarität...*, p. 36-7.

63 ESER, Albin. *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*. Sonderdruck aus: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel Dieter Heuter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996, p. 1023.



da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso.

Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

4. *Habeas corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. **Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.**

Não desconheço as discussões que se seguiram ao precedente, bem como, por evidente, não estou a olvidar o tratamento que o tema vem recebendo em decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais, embora num sentido diverso, merecem todo respeito. De dizer-se, contudo, que, num exame não exauriente de variadas decisões, em muitos casos o que se colhe é a asserção de que, embora deveras imodificável pelo mérito as decisões do Júri, isto não inibiria o reconhecimento de nulidades processuais, a impedir, então, a concretização da prisão. Ora, *data venia*, o argumento da nulidade está colocado erradamente, porque, a rigor, nulidade corresponde ao descumprimento das normas legais, e, neste aspecto, a presunção que se estabelece é a de que o magistrado ou magistrada condutor de processos de Júri atuou em conformidade com os ditames normativos, e não os afrontando. Quando se diz que, pela virtualidade de um processo ser nulo, não se pode dar a devida consequência à decisão, no fundo institui-se, ainda que involuntariamente, um desprestígio exacerbado à atuação da magistratura de primeiro grau, como se propendesse, na regra, ao cometimento de nulidades, e não ao esforço tendente à efetiva marcha de seus processos.

Parecem muito importantes as linhas traçadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no voto que proferiu no RE 1.235.340, em que a matéria vem sendo discutida no Supremo Tribunal Federal. É de se notar que, para o Ministro Barroso, sequer se haveria de cogitar da baliza imposta, qual seja a de a condenação



suplantar os quinze anos, para viabilizar-se a execução provisória das decisões do Júri. *In verbis*:

“42. Conquanto as modificações introduzidas pelo Pacote Anticrime reforcem as conclusões centrais desenvolvidas neste voto (sobre a exequibilidade das condenações do júri e a ausência, como regra geral, de efeito suspensivo ao recurso de apelação), não há como negar que a nova redação do art. 492 do CPP impôs limitação indevida (15 anos de reclusão) para que seja possível dar concreção à soberania do Júri.

43. A redação original do Projeto de Lei nº 882/2019, apresentado pelo Poder Executivo, não estabelecia qualquer tipo de limitação temporal à observância das decisões do Júri. Ao contrário disso,

teve como objetivo central fazer inserir na legislação processual penal a orientação jurisprudencial adotada por esta Corte, a partir do HC 118.770, para o qual fui designado redator para o acórdão, julgado pela Primeira Turma, em 07.03.2017. No ponto específico, a proposição legislativa levou em consideração a “soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e a usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados e que justificam um tratamento diferenciado...” Todavia, ao final do processo legislativo, na forma de substitutivo ao Projeto de Lei 10.372-A, de 2018, fez-se inserir na nova redação do art. 492 do CPP o limite mínimo de 15 anos de reclusão para a execução da pena, em que pese desacompanhada da respectiva justificativa.

(...) 44. A ideia de restringir a execução imediata das deliberações do corpo de jurados ao quantum da resposta penal representa, em última análise, a relativização da própria soberania que a Constituição Federal conferiu aos veredictos do Tribunal popular. Se, de fato, são soberanas as decisões do Júri, não cabe à lei limitar a concretização e o alcance dessas mesmas deliberações. Limitar ou categorizar as decisões do Júri, além de contrariar a vontade objetiva da Constituição, caracteriza injustificável ofensa ao princípio da isonomia, conferindo tratamento diferenciado a pessoas submetidas a situações equivalentes.

(...) 46. Em síntese: o fundamento da exequibilidade das decisões tomadas pelo corpo de jurados não está no montante da pena aplicada pelo



respectivo Juiz-presidente, mas na soberania conferida aos veredictos do Tribunal popular, por vontade expressa do texto originário da Constituição. Por esse conjunto de razões, deve ser conferida interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, para excluir a limitação de quinze anos de reclusão contida nos seguintes dispositivos do art. 492 do CPP, na redação da Lei nº 13.964/2019: (i) alínea “e” do inciso I; (ii) parte final do § 4º; (iii) parte final do inciso II do § 5º”.

Embora convirja para o alvitre de que o balizamento da pena é mesmo equivocado, não o reputo afastado do nível das opções legislativas e, mais ainda, como já frisado, entendo que ter havido recurso da decisão de pronúncia se afigura como um critério importante para fazer despoletar a segregação após a decisão do Tribunal do Júri.

Seja como for, neste mesmo RE há o importante voto do Ministro Dias Toffoli, que, a par de concluir que: “*entendo, desde sempre, que, nos crimes julgados pelo tribunal do júri, em razão da estatura constitucional desse órgão do Judiciário, mormente a soberania dos veredictos, a condenação deve ser imediatamente cumprida*”, ainda acentuou que: “*no caso dos crimes dolosos contra a vida, mais notoriamente nos de homicídio, a celeridade da resposta penal é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover segurança jurídica, dar satisfação social e cumprir sua função de prevenção geral*”.

É de geral sabença que este julgamento, no Supremo Tribunal Federal, ainda não se concluiu, havendo voto em sentido contrário, do Ministro Gilmar Mendes.

Eis o quadro: **desde sempre, este subscritor entendeu pela exequibilidade das decisões do Júri, máxime já tendo havido desprovimento de recurso da pronúncia; há lei, expressa, viabilizando a execução da condenação superior a quinze anos, como na espécie, nos casos do procedimento de Júri; há precedente do Supremo Tribunal Federal neste sentido e, na discussão mais recente, em RE, dois votos favoráveis à tese já foram proferidos, constituindo, até essa altura, maioria.**

Presume-se a constitucionalidade das leis. Há de se prestar



reverência às vítimas e aos familiares dos que pereceram, conferindo mínima efetividade a um julgamento que acontece muitos anos após os fatos. Até quando esperar, se refutado este ponto de vista? A trilha recursal das múltiplas instâncias brasileiras já foi percorrida após a conclusão da primeira fase do procedimento e sê-lo-á novamente, parece indubitável, mormente se o manejo de recursos for a garantia de que durante a sua tramitação os acusados não sofrerão quaisquer consequências. Isto tudo não se pode aceitar.

Cumprir a lei, presumi-la constitucional, seguir precedente do Supremo Tribunal, estar de acordo com votos de Ministros, tratar vítimas, familiares e sobreviventes, com consideração e respeito, reputando justa a sua reivindicação por algum grau de punição, tudo isso não se pode afigurar desarrazoado. **O processo penal não pode servir exclusivamente àqueles que claudicam, que delinquem, que violam as leis.**

Dadas todas essas considerações, **estou determinando a imediata execução das penas impostas aos acusados, de maneira que, em seu desfavor, devem ser expedidos os competentes mandados de prisão.** Presos que sejam os réus, formem-se os PECs provisórios. Observa-se que não é necessário o uso de algemas na prisão dos acusados, os quais deverão ser tratados com dignidade.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome dos réus no rol de culpados, formem-se os PECs., preencha-se e envie-se o B.I.E. e comunique-se a condenação ao T.R.E.

Ao término da leitura dessa decisão, recebi a notícia acerca da concessão da liminar em *habeas corpus* preventivo impetrado pela Defesa de ELISSANDRO, estendendo-se os efeitos aos demais réus MAURO, MARCELO e LUCIANO, de modo que, mantenho a decisão, porém, suspendo a execução da pena.

Publicada na Sessão, com os presentes intimados.

Porto Alegre, 10 de dezembro de 2021.

ORLANDO FACCINI NETO
Juiz-Presidente.