

Diante das especulações sobre as **possíveis soluções jurídicas** para a terrível tragédia que se abateu sobre Santa Maria/RS em janeiro de 2013 (237 mortos e incontáveis feridos), segue uma análise do evento, mediante perguntas e respostas quanto à sua investigação e à responsabilização judicial dos eventuais culpados, que só o **devido processo legal** poderá dizer quem são.

Várias opiniões têm sido publicadas nos últimos dias por professores, advogados e juristas. Exemplos delas são esta **abordagem**, de autoria dos professores Luís Flávio Gomes e Ivan Luís Marques ([aqui](#) - conteúdo para assinantes), e esta outra de vários professores e criminalistas ([aqui](#)).

Para evitar incompreensões, esclareço que este post tem propósito **exclusivamente didático** - é endereçado aos meus alunos, para fomentar o debate acadêmico e estimular a curiosidade científica. Não tenho a pretensão de *resolver* o caso **nem quero me imiscuir** no trabalho do Ministério Público do Rio Grande do Sul, instituição que merece toda a confiança da sociedade brasileira. Tampouco pretendo influenciar quem quer que seja, ou adivinhar a decisão do Poder Judiciário gaúcho, ou antecipar condenações desta ou daquela pessoa, antes que a defesa se manifeste e o contraditório se instale. **Este blog não é tribunal e o presente post é só um despretenso estudo acadêmico de cenários possíveis.** Como disse Jânio de Freitas em sua coluna de 31/jan na Folha: "*Com licença, outro palpite*". Nada mais. Então vamos lá.

☐

## **1. Será possível determinar o número de clientes na boate na noite do fato?**

Este parece ser um dos pontos mais importantes ainda em aberto na investigação: quantas pessoas estavam na Kiss? A superlotação do estabelecimento pode ser determinante para a responsabilidade civil e criminal dos donos da festa.

O anunciado desaparecimento da caixa registradora dificultou o trabalho da Polícia. Tal conduta, se tiver sido praticada pelos donos da boate ou por alguém a mando deles, pode caracterizar o crime de **fraude processual** (art. 347, único, do CP), punido com detenção de 6 meses a 4 anos (pena em dobro), pois a inovação produziu efeito em feito criminal. Este crime é de ação penal pública incondicionada e, se provada sua prática, será julgado em conjunto com a questão principal.

No entanto, a falta dessa máquina registradora ou dos computadores (que também teriam sumido) **não impedirá** estimar o número de presentes na boate. Além do óbvio recurso à prova testemunhal e o recolhimento das comandas utilizadas na festa, várias diligências podem ser realizadas pela Polícia e/ou pelo Ministério Público para chegar-se a este dado. A mais óbvia já foi anunciada pela Polícia: redes sociais serão vasculhadas à procura de imagens postadas pelos clientes antes do incêndio ou durante ele. Celulares serão pericidados em busca de imagens ou vídeos do evento. As companhias telefônicas poderão ser notificadas a informar quantos chips diferentes foram ativados na área da boate naquela noite. Em breve, saberemos com razoável margem de certeza quantas pessoas estavam na casa de shows.

☐

## 2. Qual a imputação criminal mais provável contra os responsáveis pela tragédia?

Este tema não é nada fácil. Mas o Ministério Público do Rio Grande do Sul saberá enfrentá-lo. As opções **possíveis** são as quatro seguintes. Listo as mais **prováveis** primeiro:

a) incêndio **culposo** (por negligência, imprudência ou imperícia) com resultado morte (art. 250, §2º c/c o art. 258 do CP). A pena aqui vai de 1 ano e 4 meses a 4 anos de detenção. O crime é único, independentemente do número de vítimas. É crime de perigo comum, de competência do juízo singular; ou

b) **incêndio doloso** (dolo eventual) com resultado morte (art. 250, caput, c/c o art. 258 do CP). Nesta modalidade, a pena vai de 3 a 6 anos, aplicando-se em dobro em função do resultado morte. Ou seja, pode ir de 6 a 12 anos de reclusão e multa, pena semelhante à do homicídio simples. O crime é único, e a competência é do juízo singular; ou

c) lesões corporais **culposas** e homicídios **culposos** (não intencionais), em concurso **formal** (art. 70, caput, do CP), este com pena de 1 a 3 anos de detenção, aumentada de um sexto até a metade. Com isto, a sanção final pode chegar a 4 anos e 6 meses de detenção. O homicídio **culposo** é crime contra a vida de competência do juízo singular. Não vai a júri.

d) a hipótese de **homicídio simples doloso** (com dolo eventual) **também é possível, mas muito pouco provável**. Tese juridicamente impossível seria imputação por genocídio, por crime contra a humanidade ou algo do tipo. Estas sim seriam teses absurdas. A teorização quanto ao homicídio **simples** doloso (a forma qualificada está fora de cogitação) não é aberrante, mas certamente é de difícil comprovação.

Por isto, repito, o fato de uma tese acusatória ser **possível**, não quer dizer que ela seja **factível**, ou a mais correta, ou compatível com o quadro probatório. A sustentação de imputação de homicídio doloso em juízo, especialmente nos tribunais superiores, **teria poucas chances de êxito**, devido à inescapável **distinção entre dolo eventual** (que inspira a conduta de quem assume o risco de produzir um resultado) e a **culpa** (negligência, imprudência, imperícia), ainda que na sua forma consciente (com previsão).

Assim, entre as teses possíveis no evento de Santa Maria, as **mais plausíveis** são as que lidam com o tipo do **art. 250 do CP**: crime de perigo comum (incêndio qualificado pelo resultado morte).

☐

## 3. Dolo eventual ou culpa consciente?

Este tema está longe da unanimidade. Portanto, **desconfie de suas próprias certezas** e dos advinhos que afirmam categoricamente - como se tivessem bola de cristal - que teria havido *mera* culpa consciente ou de que o caso seria de *evidente* dolo eventual. Não deve haver espaço para discursos inquisitórios punitivistas (lei e ordem) nem para o laxismo alienado (coitadismo penal). Nenhuma dessas lógicas serve à

sociedade e ao Estado de Direito.

Segundo Assis Toledo, "*A culpa consciente limita-se com o dolo eventual (CP, art. 18, I, in fine). A diferença é que na **culpa consciente** o agente não quer o resultado nem mesmo assume deliberadamente o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, **acredita sinceramente poder evitá-lo**, o que só não acontece com erro de cálculo ou por erro na execução. No **dolo eventual** o agente não só prevê o resultado danoso **como também o aceita** como uma das alternativas possíveis.*" (Princípios Básicos de Direito Penal).

Damásio de Jesus ensina que na culpa consciente, também denominada “negligência consciente”, o “**resultado é previsto pelo sujeito, que confia levemente que não ocorra, que haja uma circunstância impeditiva ou que possa evitá-lo**”.

Para acusar alguém por **dolo eventual**, o Ministério Público deve provar inequivocamente que o agente previu o resultado (mortes), aceitou-o e agiu com indiferença em relação a tal resultado (mortes). **Sem previsibilidade, aceitação e indiferença não há dolo eventual.**

Como reconhecer o dolo eventual? --, pergunta Nelson Hungria em seus *Comentários*. A resposta é dele mesmo: “*Desde que **não é possível pesquisá-lo no 'foro íntimo' do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente, se traduz, de regra, no seu ato***”. Assim, somente a análise dos dados da realidade, dos indicadores objetivos apurados no inquérito e na ação penal, permitirá ao Ministério Público e ao Judiciário **aferir o elemento subjetivo** dos agentes, partindo do pressuposto de que os suspeitos são **pessoas normais**, e não insensíveis morais ou psicopatas.

A **casuística** mostra como é difícil distinguir a culpa consciente (com previsão) do dolo eventual.

Em dezembro de 2004, a Argentina viveu tragédia semelhante à de Santa Maria: o **incêndio na boate República Cromañon**, que resultou em 194 mortes. A ação penal foi resolvida em primeira instância com condenação dos agentes por **incêndio doloso qualificado pelo resultado**. Na página 2857 da sentença, os três magistrados do Tribunal Criminal n. 24 de Buenos Aires registraram: "*En suma, creemos haber fundado el juicio de subsunción del tipo de **incendio doloso seguido de muerte en todos sus aspectos respecto de las omisiones de Omar Chabán y Diego Marcelo Argañaraz (art. 186 inciso 5to. del Código Penal)***." Este artigo dispõe:

*“Art. 186. El que causare incendio, explosion o inundación será reprimido:*

*5º. Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.”*

Porém, em grau recursal, a sentença contra os donos da boate portenha foi modificada para **incêndio culposo seguido de morte, delito previsto no art. 189 do CP argentino, punido com pena de prisão de 1 mês a 5 anos.**

Debate similar sobre culpa consciente *versus* dolo eventual esteve presente noutro

caso de grande repercussão no Brasil: a **morte do índio Galdino dos Santos**, dos Pataxó, imolado por cinco jovens brasileiros em abril de 1997, quando dormia na rua. Mais de 90% do seu corpo foi queimado, numa "brincadeira", conforme os acusados descreveram o crime. Devido aos contornos do fato e à conduta dos agentes, prevaleceu a tese do homicídio intencional, reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em recurso interposto pelo Ministério Público contra a decisão da juíza Sandra de Santis. A julgadora desclassificara o crime e admitira a hipótese de lesão corporal seguida de morte ([aqui](#)). Ao final, **com a reversão da desclassificação**, os maiores de idade foram julgados pelo tribunal do júri de Brasília e condenados por homicídio qualificado. Um parecer de **Damásio de Jesus** sobre a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente foi utilizado pelo MPDFT no recurso em sentido estrito. Leia-o [aqui](#).

Tal dilema também é recorrente nos casos de **homicídio no trânsito**, quando o agente conduz veículo automotor e mata outrem. Exemplo recente é o do ex-deputado estadual Luiz Fernando Ribas Carli Filho, do Paraná, acusado da morte de dois jovens em Curitiba em 2009, em virtude de uma colisão. A acusação que pesa contra ele é de duplo homicídio **doloso** com dolo eventual, em função da suposta embriaguez ao volante e da alta velocidade em área urbana. Em 31/jan, o Tribunal de Justiça do Paraná confirmou que esse réu irá a júri popular ([aqui](#)).

☐

#### **4. É possível cumular a acusação de incêndio qualificado pelo resultado com a de homicídio?**

Creio que não. Aparentemente, os suspeitos deram causa a **um incêndio que resultou em várias mortes**. O critério de especialidade importaria a aplicação do art. 250 do CP (incêndio) combinado com o art. 258 do mesmo código (resultado morte), seja por preterdolo ou por culpa.

Em prevalecendo a tese de incêndio na forma qualificada pelo resultado, **não** incide o concurso formal (art. 70, CP) e muito menos o concurso material (art. 69, CP). O crime é **único**.

Neste sentido, vejamos o que o STF decidiu em 1995 na **Extradição 654**, solicitada pelos Estados Unidos. O extraditando fora acusado de incêndio doloso com resultado morte e quatro homicídios autônomos (os mesmos que resultaram do incêndio). O STF deferiu sua extradição em parte, **decotando** da imputação os homicídios autônomos. Restou apenas a acusação de incêndio doloso, correspondente ao art. 250 do CP brasileiro, c/c o art. 258. Eis a ementa:

"Extradição. 2. Cidadão americano denunciado, perante o **Tribunal Superior do Condado de King, Seattle, Estado de Washington**, usa, como autor de quatro crimes de homicídio de primeiro grau, "ao cometer e procurar cometer o delito de incêndio criminoso do primeiro grau, e no decorrer da prática desse delito, e para facilitá-lo, bem como na sua fuga imediata após praticá-lo", sendo posteriormente aditada a denúncia para acusar o extraditando por incêndio criminoso do primeiro grau, de igual

modo, crime doloso da classe 'A'. 3. Para efeito da dupla tipicidade dos fatos, com vistas à extradição, a maioria do tribunal decidiu que a hipótese e de incêndio criminoso do primeiro grau, segundo o direito do Estado requerente, a que corresponde à figura do delito de incêndio doloso definida no art. 250 do Código Penal brasileiro, combinado com seu parágrafo 1º, inciso I, e com o art. 258 do mesmo código, pelo resultado morte de quatro pessoas. 4. Em consequência disso, a decisão da maioria do Tribunal não teve, diante do quadro descrito, como configurada hipótese de incêndio criminoso do primeiro grau, somado a quatro homicídios do primeiro grau autônomos. **5. O Tribunal deferiu, desse modo, por maioria de votos, em parte, a extradição requerida, pelo delito de incêndio criminoso do primeiro grau, com os resultados que teve de quatro mortes e suas consequências segundo a lei norte-americana; porém, sem a acusação agregada de quatro crimes de primeiro grau.** 6. A minoria do Tribunal, de acordo com o voto do relator, deferia a extradição, nos termos do pedido formulado pelo Estado requerente, para que o extraditando pudesse ser processado e julgado, na conformidade da denúncia e seu aditamento, segundo a lei americana, sem estabelecer qualquer ressalva. 7. A decisão da Corte, por último, não prevê qualquer restrição quanto a possibilidade da prisão perpétua." (Ext 654, relator Min. Néri da Silveira, Tribunal pleno, julgado em 30/11/1995).

Ξ

### **5. Os suspeitos devem responder por ação ou omissão?**

Depende da posição de cada um deles no episódio: donos da festa, músicos, produtor da banda e funcionários públicos. Há aqueles que podem responder por **ação**. É o caso das pessoas que utilizaram o artefato pirotécnico, por exemplo.

Outros podem ser responsabilizados por **omissão**, com base no **art. 13, §2º, do CP**, que cuida da **relevância causal da omissão**. Este dispositivo equipara a omissão à ação. Aqueles que se omitiram nos seus deveres legais ou contratuais, podem ser responsabilizados criminalmente como causadores das mortes e das lesões, pois assumiram a posição de "garantes" (ou garantidores) da **não ocorrência** do resultado. Tais pessoas descumpriram o dever jurídico de agir a tempo para **impedir** o resultado lesivo. Podendo agir e não o fazendo, são considerados seus causadores. É o que se chama de crime comissivo por omissão, ou delito omissivo impróprio.

Segundo Paulo Queiroz, os pressupostos desta **excepcional imputação** são: a) posição de garante e, portanto, o dever de agir para evitar o resultado; b) a possibilidade de agir; e c) a causação de um resultado imputável ao omitente. Ele próprio critica a regra, que denomina de "cláusula geral vaga e antigarantista", tachando-a de inconstitucional diante dos princípios da legalidade penal, da proporcionalidade da pena e de sua pessoalidade. Lembro, contudo, que outras democracias admitem os crimes omissivos impróprios. Exemplos são a Alemanha e a Argentina.

## 6. Cabe prisão preventiva no caso da boate Kiss?

Em regra, **não cabe** prisão preventiva nos crimes **culposos**.

Somente se for possível sustentar a improvável tese de **homicídio doloso** (com dolo eventual) ou se vier a acusação de crime de incêndio doloso, é que será cabível a custódia cautelar no caso de Santa Maria, desde que presentes os demais requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.

Porém, **excepcionalmente**, há quem defenda ser possível a prisão preventiva nos crimes **culposos**. Isto ocorreria no caso do art. 366 do CPP (réu revel citado por edital e que não comparece em juízo nem constitui defensor); e também na hipótese de descumprimento de medida cautelar pessoal anteriormente fixada (art. 282, §4º, c/c o art. 312, parágrafo único, CPP); ou ainda na **hipótese de dúvida quanto à identificação civil do suspeito** (art. 313, único, do CPP).

Esta última é a posição de Andrey Borges de Mendonça. O prof. Renato Marcão também é um dos que sustenta o cabimento da preventiva em crime culposo "**por descumprimento injustificado de cautelares restritivas, independentemente da satisfação dos requisitos do art. 313, I e II, do CPP, pois, do contrário, o sistema de cautelares pessoais cairia no ridículo, a tal ponto de restar impossível qualquer consequência jurídica àquele que deixasse solenemente de pagar a fiança fixada e também deixasse de cumprir medida cautelar restritiva fixada por ocasião da liberdade provisória concedida**".

No caso em tela, **se culposo o delito** (incêndio ou homicídio) não haverá lugar para a prisão preventiva, salvo para quem admite as exceções acima listadas.

De todo modo, a custódia preventiva é sempre medida **excepcional**, não podendo servir como antecipação de pena, uma vez que o réu, por pior que seja o seu crime, tem direito à presunção de inocência.

## 7. Cabe prisão temporária neste caso?

A **Lei 7.960/89** regula a prisão temporária, cabível por 5 dias, prorrogáveis por igual período, nos crimes comuns nela listados, ou por até 30 dias, também prorrogáveis, nos crimes hediondos (art. 2º, §4º da Lei 8.072/90).

Somente é possível a temporária nos **crimes listados na Lei 7.960/89**. O único delito compatível com a tragédia de Santa Maria que ali se vê é o homicídio doloso. Não se pode impor tal custódia no homicídio culposo nem no crime de incêndio (seja culposo ou doloso), porque nenhuma destas infrações penais consta do rol do artigo 1º, inciso III, da Lei, que tem rol **taxativo**.

Assim, é evidente que a 1ª Vara Criminal de Santa Maria acolheu pedido da Polícia ou do Ministério Público de prisão temporária de quatro suspeitos com base na suspeita de que os agentes presos (os donos da boate, o cantor e o produtor da banda) teriam cometido **237 homicídios dolosos em concurso formal**. Como disse, é uma tese possível, mas de sucesso **muito pouco provável** nas instâncias superiores, diante

do quadro doutrinário e da concepção pretoriana prevalente. E é sem dúvida uma opção motivada pelo clamor público.

Mais surpreendente é que, em 01/fev, a Justiça gaúcha prorrogou a prisão temporária dos quatro suspeitos por **mais 30 dias**. Disto, pode-se deduzir que agora o caso da boate Kiss está sendo conduzido pela Polícia como se fosse homicídio doloso **qualificado** (crime hediondo) (!), porque somente nas infrações arroladas na Lei 8.072/90 é viável a prisão temporária com tal prazo.

Na lista do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos e nas infrações equiparadas, o único delito que teria remota proximidade com a tragédia de Santa Maria é o homicídio qualificado do art. 121, §2º, CP, hipótese exótica e de configuração absolutamente **improvável**. Teríamos um homicídio qualificado com dolo eventual. Que qualificadora seria esta? Delito praticado mediante emprego de fogo? Delito praticado por motivo torpe? Delito praticado mediante recurso que impediu a defesa das vítimas? Não consigo admitir esta solução e não será surpresa se o TJ/RS conceder **habeas corpus** aos presos para cassar a temporária antes do trintídio.

☐

### **8. São cabíveis medidas cautelares pessoais distintas da prisão?**

Sim, mesmo quando culposo o crime, os suspeitos ou réus podem sujeitar-se a **medidas cautelares pessoais diversas da prisão**, aquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP. São exemplos a fiança, o monitoramento eletrônico, a proibição de ausentar-se da comarca por determinado período, a proibição de deixar o País (combinada com o recolhimento de passaporte), o recolhimento domiciliar, a suspensão do exercício de função pública ou atividade; etc.

Cabe ao Ministério Público requerer ao juiz criminal a imposição de uma ou mais de uma dessas medidas cautelares, observando critérios de **necessidade e adequação**. Tais restrições são preferíveis à prisão. Esta só deve ser decretada em último caso e, substancialmente, nos crimes dolosos.

☐

### **9. Os suspeitos, se condenados, vão para a cadeia?**

A pena privativa de liberdade é um **fetiche** para muitos. Nem sempre a prisão é necessária. Oxalá **um dia** possamos nos livrar as cadeias. Mas, por enquanto, é o que temos para crimes graves ou violentos e o quadro presente é o seguinte:

a) Se o Ministério Público denunciar os suspeitos por delito **culposo** e se eles forem condenados, possivelmente **não irão** para a cadeia. O art. 44, inciso I, do Código Penal garante aos condenados por crime **culposo** (não intencional) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, qualquer que seja a pena final. Estas sanções consistem em multa, **prestação de serviços à comunidade**, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, conforme os arts. 43 a 49 do Código Penal.

Presumo que os suspeitos sejam primários. Logo, em caso de condenação por delito culposo, os sentenciados só cumprirão pena privativa de liberdade, se a Justiça

criminal entender que a sua "*culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade*" ou "*os motivos e as circunstâncias*" indicarem que a substituição da pena **não é suficiente** para a reprovação (art. 44, inciso III, do CP). A quantidade de vítimas e a extensão da tragédia podem ser motivos para recusar a aplicação de sanção alternativa. Mas vale lembrar que, no caso do voo Gol 1907, que caiu em 2006, a Justiça Federal de Sinop/MT condenou os réus e aplicou-lhes **penas alternativas**, apesar da morte de 156 pessoas, entre passageiros e tripulantes.

b) se os suspeitos forem denunciados pelo Ministério Público por crime de incêndio **doloso** seguido de morte (opção razoável) ou por múltiplos homicídios **dolosos cometidos em concurso formal (opção improvável)**, eles cumprirão algum tempo de prisão em regime semi-aberto ou fechado, caso sejam condenados (art. 33 do CP).

Obviamente, estas ideias não passam de especulação, uma vez que não conhecemos as provas dos autos e os implicados gozam da **presunção constitucional de inocência** e assim devem ser considerados, até que haja uma acusação (art. 129, I, CF) pelo MP/RS, a ampla defesa e um julgamento pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), do qual não caiba mais recurso.

☐

## **10. A Defensoria Pública tem legitimidade para atuar no caso?**

Sim, sem dúvida, tanto na defesa **criminal** dos acusados juridicamente pobres (se houver), quanto na assistência jurídica às vítimas sem recursos para custear honorários advocatícios, nas ações reparatórias no juízo **cível**.

Foi em função desta última atribuição que a **Defensoria do Rio Grande do Sul** propôs ação cautelar para congelar os bens existentes em nome dos proprietários da boate Kiss e da empresa mantenedora. O objetivo final é garantir a existência de patrimônio disponível para a indenização (dano material, moral e estético) às famílias das vítimas mortas e aos sobreviventes da tragédia, desde que sejam identificados como economicamente hipossuficientes.

As pessoas que não sejam juridicamente pobres devem constituir advogados para os mesmos fins.

☐

## **11. As famílias e as vítimas sobreviventes têm direito a reparação civil?**

Sim, **não há a menor dúvida**. A Defensoria Pública poderá cuidar disto, assim como advogados contratados pelas famílias. Caberá reparação pelo dano material e moral, incluído o dano estético nos que sofreram queimaduras.

A obrigação de reparar o dano tem fundamento direto no **Código Civil** (art. 927 do CC), e também no Código Penal (art. 91, inciso I), neste caso como efeito de eventual condenação criminal.

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

A responsabilidade civil por essa tragédia poderá ser imputada ao Estado, ao



Município e/ou aos empresários e produtores da festa, assim como a integrantes da banda, tudo a depender da apuração, garantida a ampla defesa. Aqui a competência é do **Juízo cível**. Contudo, havendo condenação criminal, o juiz penal deve estipular na sentença o **valor mínimo** devido para reparação do dano *ex delicto*. É o que diz o art. 387, IV, do CPP.

Com o trânsito em julgado da sentença **penal** condenatória, as vítimas e famílias ofendidas podem **executar a sentença criminal no juízo cível** para haver a reparação devida, nos termos do art. 63, único, do CPP e do art. 475-N, inciso II, do CPC.

☐

## **12. O que o Ministério Público pode fazer para promover a Justiça neste caso?**

a) propor **ação penal pública** contra os causadores da tragédia, tendo em conta as imputações **mais prováveis** (incêndio doloso, incêndio culposo ou homicídio culposo). A missão de definir a acusação é do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS). A instituição poderá optar também por imputar aos suspeitos o crime de homicídio doloso, com dolo eventual, tese que seria incomum e surpreendente e levaria os réus a júri popular.

b) requerer a imposição de **medidas cautelares patrimoniais** previstas no CPP, como o arresto, o sequestro e a hipoteca legal, a fim de preservar bens dos acusados que sirvam para a reparação do dano decorrente do crime e para o pagamento de eventuais multas penais e despesas processuais. Cumulativamente ou não, o MP/RS pode promover a aplicação de **medidas cautelares pessoais** diversas da prisão (arts. 319 e 320 do CPP) em face dos suspeitos. A competência em ambos os casos é do juízo criminal.

c) propor **ação de improbidade administrativa** (Lei Federal n. 8.429/92 – LIA) contra os agentes públicos que, devendo evitar esse terrível acidente, tenham-se omitido ou (não se sabe) tenham sido corrompidos para facilitar o funcionamento da boate (o que é uma mera suposição). As sanções prevista na LIA vão desde a perda do cargo até a imposição de multa civil, passando pela suspensão dos direitos políticos. A competência é do juízo cível.

d) firmar termo de ajustamento de conduta (TAC) ou apresentar **ação civil pública** com pedido de obrigação de fazer contra o Município e/ou o Estado, para que haja rigor na fiscalização de estabelecimentos de uso coletivo, sem prejuízo de pedido reparatório em proveito de fundo de direitos coletivos ou difusos, e para que equipem os órgãos de defesa civil.

e) ajustar TAC ou propor ação civil pública (assunto a cargo do MPT) para regularização das condições de trabalho dos funcionários desses estabelecimentos. O **meio ambiente do trabalho** saudável deve incorporar critérios de segurança à saúde e à integridade física dos trabalhadores.

☐

## **13. As famílias das vítimas podem atuar como assistentes de acusação?**

Podem, se quiserem, embora não precisem. No sistema brasileiro, crimes como este

são de **ação penal pública**, o que significa que o **Ministério Público assume a acusação em nome da sociedade e das vítimas** (art. 129, I, CF).

Porém, é direito das vítimas e dos seus familiares fazer-se representar no processo criminal, primordialmente para assegurar a reparação civil. Segundo o art. 268 do CPP, "*Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31*". Estas pessoas são, pela ordem, os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os irmãos. As vítimas sobreviventes (lesionadas) podem atuar em seus próprios nomes. Para isto, sobreviventes e familiares dos falecidos que assim desejem devem **constituir advogados** e estes é que atuarão ao lado do Ministério Público na acusação.

O Rio Grande do Sul tem **uma plêiade de grandes criminalistas**, cuja participação no feito como patronos dos assistentes de acusação seria saudada por todos: André Luís Callegari, Andrei Zenkner Schmidt, Aury Lopes Junior, Cezar Roberto Bittencourt, Luciano Feldens, entre tantos.

Teoricamente, pode haver **237 assistentes**, sem contar as vítimas sobreviventes! Cada um deles teria vista dos autos e prazos para manifestação. Para não atrasar o processo penal, é preferível que nos processos com **pluralidade de ofendidos**, os assistentes atuem por meio de **um representante da classe**, por eles indicado. Não há previsão legal para a participação em juízo de uma associação civil de parentes de vítimas, na posição de assistente do Ministério Público. Todavia, esta parece ser uma **solução aceitável**, em nome da ordem processual e do legítimo direito dos familiares e ofendidos de acompanharem a tramitação da ação penal até final sentença. A organização da assistência deste modo reduz os prazos de tramitação do feito e é compatível com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição, que assegura a todos o direito à **razoável duração do processo** e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. *Este* pode ser um de tais meios.

☐

#### **14. O que o Congresso Nacional pode fazer?**

Aprovar uma **legislação nacional anti-incêndio e para tratamento de situações de pânico**, que se aplique também, como regra geral, aos municípios brasileiros, inclusive para tornar mais clara a responsabilidade civil e administrativa de empresários e funcionários públicos.

Não é necessário modificar leis penais. Incremento da resposta penal em geral não é a solução para situações desta ordem. Ademais, além do **projeto de Lei 236/2012**, do novo Código Penal (apelidado de projeto Sarney), já tramitam na **Câmara dos Deputados** propostas, apresentadas em 2012, como resultado do trabalho ordenado da Subcomissão Especial sobre Crimes e Penas instalada naquela casa parlamentar por iniciativa do deputado Alessandro Molon, com a participação de vários órgãos e entidades nacionais, inclusive a **Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)**, nas pessoas dos membros José Robalinho Cavalcanti e Janice Ascari.

Um desses projetos, o **PL 4893/2012**, altera o Código Penal, aumenta penas e inclui formas qualificadas para os crimes de homicídio simples, homicídio culposo, homicídio doloso, induzimento ao suicídio, lesão corporal, lesão corporal culposa, maus tratos. Se aprovada tal proposta, a pena do **homicídio culposo passará a ser de 1 a 4 anos de detenção**. Hoje é de 1 a 3 anos.

Já o PLS 236/2012 (novo Código Penal) propõe a figura do homicídio culposo com **culpa gravíssima**, com pena de 4 a 8 anos de prisão:

Culpa gravíssima

§ 5º Se as circunstâncias do fato demonstrarem que o agente não quis o resultado

morte, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade, a

pena será de **quatro a oito anos de prisão**.

Quanto ao incêndio doloso, a pena no **PLS 236/2012** seria de 2 a 6 anos de prisão. Diante do resultado morte, haveria **cúmulo material** (art. 198 do projeto).

☐

## **15. O que o Poder Executivo pode fazer?**

O que já deveriam e poderiam ter feito antes desta tragédia todas as prefeituras brasileiras: cumprir rigorosamente as **posturas municipais** e não permitir a abertura - ou determinar o fechamento -- dessas arapucas e armadilhas existentes Brasil afora, que ameaçam tornar-se palcos de tragédias semelhantes àquela que se abateu sobre Santa Maria e chocou o mundo. Prédios e espaços públicos também entram na lista.

Cumprir regras de ordenamento, uso e ocupação do solo, assim como os códigos municipais de edificações pode **prevenir crimes**. Ninguém quer usar o Código Penal como primeira opção para a tutela da vida em sociedade. As regras de direito administrativo, se devidamente implantadas e cumpridas, **teriam evitado essas 237 mortes**. Isto é prevenção penal. Cabe aos chefes do Poder Executivo incorporar políticas de adequação à lei (*compliance* no sentido de prevenção criminal), para redução de danos à coletividade.

Ademais, é preciso que os **corpos de bombeiros** sejam bem estruturados em todo o País, o que não acontece nem mesmo nas capitais. A sociedade espera que o Estado **aja**. Enfim, espera que **haja** Estado, para prover segurança pública no seu mais amplo sentido.

☐

## **16. Há algum caso que sirva de paradigma processual para a tragédia de Santa Maria?**

Sim. Processos como este tendem a ser muito trabalhosos. Por isto, é bom conhecer os caminhos que serão percorridos. O caso da boate *República Cromañon*, de Buenos Aires, é um excelente modelo quanto aos temas que deverão ser debatidos nos processos que terão curso na comarca de Santa Maria/RS, no Tribunal de Justiça

gaúcho e depois no STJ e no STF.

Em 2004, **194 pessoas morreram** quando a boate portenha *República Cromañon* pegou fogo. Mais de 1400 ficaram feridas. As semelhanças entre os casos de Buenos Aires e Santa Maria são espantosas:

- a) a casa de shows de Buenos Aires estava superlotada. Nela cabiam 1.031 pessoas, mas 4.500 estavam presentes na noite do incêndio;
- b) havia problemas de segurança no espaço, inclusive falta de extintores e saídas de emergência insuficientes;
- c) o incêndio ocorreu durante a apresentação de uma banda de rock (*Callejeros*), quando foram utilizados fogos de artifício dentro da boate;
- d) um artefato pirotécnico atingiu o teto da boate, pondo fogo no isolamento acústico inflamável. As chamas se propagaram rapidamente, produzindo-se fumaça muito espessa e tóxica;
- e) centenas de pessoas ficaram presas no ambiente tóxico e morreram asfixiadas, pisoteadas ou queimadas.

Relata a **sentença condenatória** (p. 14): *“Estos factores motivaron que los concurrentes se agolparan, empujaron y pisaran tratando de salir. Así se formaban verdaderas 'pilas humanas' dentro del salón, especialmente cerca de las puertas de salida. Esas pilas compuestas por personas que iban cayendo unas sobre otras dificultaron aún más la salida del lugar y provocaron lesiones a muchas de los asistentes que lograron salir con vida.”*.

O caso abalou a Argentina e motivou a **cassação do governador da Cidade Autônoma de Buenos Aires**, e a instauração de processos civis e criminais contra o poder público, seus agentes, os donos da boate (entre eles Omar Chabán) e os músicos da banda *Callejeros*.

Em juízo, as teses criminais variaram desde o homicídio com dolo eventual até o incêndio culposo. A hipótese do homicídio foi **descartada** diante da *“imposibilidad de demostrar no caso concreto que Chabán agiu com **dolo eventual de lesão**”*.

Em primeiro grau, o Tribunal Criminal n. 24 da Justiça Nacional em Buenos Aires (*Tribunal Oral en lo Penal n. 24*) condenou o dono da casa de shows, Omar Chabán, por **incêndio doloso qualificado pelo resultado morte e corrupção ativa**, e absolveu os músicos. O art. 186 do CP argentino assim dispõe:

*“Art. 186. El que causare incendio, explosion o inundación será reprimido:*

*5°. Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.”*

Na sentença condenatória, o tribunal registrou que: *“[...] todas estas circunstancias que desde aquí no se pretenden negar, sirven para sustentar que Chabán no tenía dolo eventual respecto de la muerte de las personas. **Pero del peligro común, como resultado típico de la figura básica del incendio, si era plenamente consciente y lo***

*aceptó. Ello alcanza para afirmar el dolo de peligro.”* (p. 2823).

Julgando recursos da defesa e do Ministério Público Fiscal, a Corte de Cassação Penal alterou a condenação de Chabán para **incêndio culposo seguido de morte** (art. 189 do CP platense) e corrupção ativa e também reformou a sentença para condenar os integrantes da banda Callejeros pelo mesmo crime, do qual todos haviam sido absolvidos.

A sentença proferida em 19 de agosto de 2009 tem **3467 páginas**. Os juízes Marcelo Roberto Álvero (presidente), Raúl Llanos y María Cecilia Maiza afirmaram expressamente sua **fé garantista**, com base nas lições de Ferrajoli (p. 3450 da sentença): "*En nuestra deliberación y posterior decisión han influido fuertemente las enseñanzas de Luigi Ferrajoli, tal vez el autor más destacado de este último período en la dinámica del proceso constitucional*".

Abro um parêntese. O sistema processual argentino tem peculiaridades. Sendo uma federação, cada Província (equivalentes aos nossos Estados) tem o seu próprio Código de Processo Penal e, tal como aqui, a sua própria **Justiça Provincial**. Há também um CPP nacional, que é aplicado pelos juízes da **Justiça Nacional** (existente na Capital Federal) e pelos magistrados da **Justiça Federal**. O Código Penal, todavia, é único para todas as 23 províncias e a Cidade Autônoma de Buenos Aires. Outro traço distintivo em relação ao Brasil é a existência de **órgãos colegiados em primeiro grau** para julgamentos criminais. Aqui só existem na Justiça militar, no tribunal do júri e excepcionalmente na Lei 12.694/2012. Chamados tribunais penais (*tribunales orales en lo penal*), são compostos por três julgadores e correspondem às nossas varas criminais, embora estas sejam unipessoais (um juiz togado). Todavia, estas diferenças não afetam o interesse de examinar a solução dada pela Justiça portenha ao trágico evento de 2004 (leia-a [neste link](#)).

Eis um ótimo material para um **estudo de caso**, tendo em conta as similitudes entre o direito penal argentino e o brasileiro e a identidade dos autores que inspiram os sistemas jurídicos dos dois países.

E

## **17. Quais serão as possíveis teses defensivas**

Só há um processo **justo** quando presente a defesa técnica efetiva, realizada por advogado ou defensor público. Todo homem tem direito de defender-se. E nesta causa haverá grandes criminalistas. O Rio Grande do Sul é um celeiro deles.

As teses a serem apresentadas pela defesa **dependem do que disser a acusação**. Normalmente, em casos assim parte-se para a negativa de autoria; a afirmação da atipicidade da conduta deste ou daquele acusado; a alegação de erro sobre elementos do tipo (art. 20 do CP); a inexigibilidade de conduta diversa; a veiculação de pedido de desclassificação do crime doloso para culposo; a inconstitucionalidade dos crimes omissivos impróprios; etc. A criatividade dos defensores seguramente será maior do que a minha.

De imediato, imagino que as defesas preparam a impetração de **habeas corpus**, para atacar o decreto de prisão temporária de 30 dias.

## 18. A decisão final vai demorar?

Muito provavelmente sim. **O caso é complexo e o caminho será longo até as instâncias finais em Brasília.** Quanto maior a demora, maior o risco de impunidade em função da **prescrição** da pretensão punitiva. Os prazos prescricionais são muito exíguos no Brasil (art. 109, do CP), variando de 3 a 20 anos. Quanto mais leve o delito, menor o prazo da prescrição.

Assim, se os réus forem acusados por **homicídio culposo** ou por **incêndio culposo**, o prazo para a conclusão de cada uma das etapas do processo não poderá ser superior a **8 anos** (art. 109, IV, CP). Caso contrário, extingue-se a punibilidade.

A existência de uma **infinidade de recursos criminais** (veja [este post](#): "*Arre égua. Que demora*") será mais um fator a contribuir para a demora da solução judicial: culpados ou inocentes? Obviamente, todo réu tem direito ao **duplo grau de jurisdição**, para reexame das causas decididas em primeiro grau. Seguramente, esse processo penal será levado ao Tribunal de Justiça em Porto Alegre e depois em recurso especial ao STJ e em recurso extraordinário ao STF, sem prejuízo da via do habeas corpus e dos recursos ordinários.

Para antever o resultado, basta lembrar o caso **bem mais simples** do ex-jogador Edmundo, o "Animal". Ele foi condenado por homicídio culposo por haver matado 3 pessoas num acidente de trânsito em 1995. A **prescrição ocorreu em 2007**, e tal evento foi reconhecido pelo STF no agravo de instrumento 794.971/RJ, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa ([aqui](#) e [aqui](#)).

Por outro lado, se a Promotoria gaúcha imputar aos suspeitos o crime de homicídio **doloso** (eventual), o prazo prescricional será de **20 anos**, contado em cada intervalo legal (art. 117, CP). Porém, o procedimento criminal será **mais prolongado**, pois então adotar-se-á o rito bifásico, próprio do tribunal do júri. Contudo, uma tal imputação seria **incomum e surpreendente**.

## 19. Qual o juízo competente para o caso de Santa Maria?

Não estando presente qualquer das hipóteses do art. 109 da Constituição, a competência é da **Justiça Estadual** do Rio Grande do Sul. Portanto, a atribuição para a ação penal é do Ministério Público daquele Estado (MP/RS).

a) se o MP/RS apresentar denúncia por homicídio **doloso** (dolo eventual), a competência para julgamento será do tribunal do júri da comarca de Santa Maria (local do fato). Contudo, é improvável que isto ocorra, pois aparentemente os elementos configuradores do homicídio simples intencional não estão presentes;

b) se a imputação for por homicídio **culposo**, incêndio doloso ou incêndio culposo, a competência será de uma das varas criminais comuns da mesma comarca, e não do júri. Teoricamente, a 1ª Vara Criminal de Santa Maria estará preventiva porque decidiu sobre as prisões temporárias.

Embora o crime de incêndio **culposo** em sua modalidade **simples** seja **infração penal**

**de menor potencial ofensivo** (art. 250, §2º, CP), está **descartada** a competência do Juizado Especial Criminal, por dois motivos. Primeiro porque o fato é de grande complexidade (art. 77, §2º, c/c o art. 66, único, da Lei 9.099/95), o que por si só já afastaria o procedimento sumariíssimo. Depois porque - e isto é o mais importante - o delito em tela é qualificado pelo resultado morte e, neste caso (art. 258, CP), a pena máxima em abstrato supera o limiar dos 2 anos de prisão, teto das infrações penais de menor gravidade (art. 61 da Lei 9.099/95). Logo, em nenhuma hipótese haverá julgamento pelo JECRIM.

Por outro lado, só há uma possibilidade de julgamento desta causa pela Justiça **Federal**. É na **remotíssima hipótese** de incidência do art. 109, inciso V-A, da CF, o polêmico **incidente de deslocamento de competência (IDC)**, que só é cabível quando presentes simultaneamente a inércia das autoridades locais (o que evidentemente não se dá) e grave violação a direitos humanos que o Estado brasileiro tenha-se comprometido a proteger.

☐

## **20. Se um caso como este for julgado pelo júri pode haver julgamento realmente justo?**

A **publicidade opressiva** pode viciar o devido processo legal, na medida em que **jurados** - em geral leigos - podem contaminar-se pela pressão da opinião pública, quebrando sua imparcialidade.

Uma solução comumente empregada para superar a parcialidade do júri é o **desaforamento**, com base no art. 427 do CPP.

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

Porém, este problema só se evidenciaria em Santa Maria se o caso pudesse ser levado a júri popular, o que é possível, mas **muito pouco provável**, pois, para isto, deverá haver acusação e pronúncia por homicídio **doloso**, decididamente uma opção **incomum** no cenário que se apresenta.

☐

## **21. É necessário punir os responsáveis por essa tragédia?**

A punição criminal não trará as vítimas de volta. Mas, se vier, a condenação cumprirá o papel de assentar a intensa **reprovabilidade** das condutas dos eventuais réus e assegurar a reparação civil. Servirá de **indicativo** para que outros cidadãos se acautelem e não deem lugar a atrocidades de igual natureza em detrimento de seus semelhantes. Servirá também de lenitivo para as famílias enlutadas, um breve alento diante de tanto lamento. Por menor que seja a pena dos responsáveis pela tragédia (e

elas não serão altas), uma condenação também é um **exemplo**, e estes, como se sabem, convencem e arrastam. Enfim, mais importante que castigar os réus pelo que fizeram, será evitar que outros eventos deste tipo se repitam.

Certo é que, no plano pessoal, os indivíduos responsáveis por essa tragédia já estão sendo **juogados nos tribunais de suas próprias consciências**. Dificilmente esses suspeitos terão vida normal em Santa Maria depois de tudo isto. Depressão, somatização de doenças em virtude do estresse, auto-desterro, tentativas de suicídio não são eventos incomuns quando um homem médio se vê enredado numa tragédia tão horrenda. Um sentimento de culpa desta monta pode aniquilar um ser humano. Claro que esta dor **não** é comparável à das famílias das vítimas, mas não pode ser negligenciada.

Numa pessoa normal, a cela onde se cumpre uma pena de prisão pode ser mais espaçosa que o cativado mental que acorrenta o homem ao remorso e ao arrependimento. **Mas isto não é escusa absoluta para ninguém**. A lei penal brasileira não prevê o **perdão judicial** (art. 107, IX, CP) de forma ampla e irrestrita. Esta causa extintiva de punibilidade deve estar expressa em lei, como, por exemplo, no art. 121, §5º, do CP, especificamente no **homicídio culposo**:

"§5º - Na hipótese de **homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena**, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente **de forma tão grave** que a sanção penal se torne desnecessária."

Portanto, quanto aos outros crimes possíveis, e tendo em conta esses **quadros psíquicos**, o que pode ocorrer na individualização de eventual pena é a admissão, em favor dos réus, de uma **atenuante inominada** (art. 66 do CP): "*Art. 66 - A pena poderá ser ainda **atenuada** em razão de **circunstância relevante**, anterior ou **posterior ao crime**, embora não prevista expressamente em lei.*"

Ξ

## 22. Alguma conclusão?

Nenhuma! São só palpites, sem aspirações de solucionar o caso em linhas tão ligeiras, e **sem intromissão** no trabalho alheio, especialmente no esforço da Polícia e do Ministério Público do Rio Grande do Sul, onde valorosos promotores vigiam em defesa da sociedade.

O que todos esperamos é que a **Justiça prevaleça** e que as dores das famílias das vítimas sejam ao menos minoradas. Embora em grau muito menor, os suspeitos também sofrem. Uns mais, outros menos. Em situações assim – é o que diria Donne –, quando os sinos dobram, **todos perdem**. Todos nós.