



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Parecer nº 20.180/2019/GAB/AM

RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.039/RS

Colendo Superior Tribunal de Justiça

Relator : Ministro Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma
Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrente : Associação Dos Familiares de Vitimas e Sobreviventes da Tragedia de Santa Maria - AVTSM - Assistente de Acusação
Advogado : Ricardo Ferreira Breier e outros
Recorrido : Elissandro Callegaro Spohr
Advogado : Leonardo Sagrillo Santiago
Recorrido : Luciano Augusto Bonilha Leao
Recorrido : Marcelo de Jesus Dos Santos
Advogado : Gilberto Carlos Weber
Advogado : Omar de Tarso Obregon e outros
Recorrido : Mauro Londero Hoffmann
Advogado : Mario Luis Lirio Cipriani e outros
Advogado : Bruno Seligman de Menezes
Agravante : Elissandro Callegaro Spohr
Advogado : Jader da Silveira Marques e outros
Agravante : Mauro Londero Hoffmann
Advogado : Mario Luis Lirio Cipriani e outros
Agravado : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. **BOITE KISS**. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS. FALSO TESTEMUNHO. FRAUDE PROCESSUAL. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA DEFESA. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

I) RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO.

DECOTE DAS QUALIFICADORAS EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DA DEFESA. INVIABILIDADE. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS QUE PERMITEM A MANUTENÇÃO DAS ADJETIVADORAS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. *JUDICIUM ACCUSATIONIS*. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. ART. 615, § 1º, DO CPP. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO SOMENTE DIANTE DE INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO À AUSÊNCIA DE

ANIMUS NECANDI. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO E DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA TESE NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DEFENSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DA QUESTÃO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ULTERIORES. HOMICÍDIO TENTADO E DOLO EVENTUAL. COMPATIBILIDADE. PRECEDENTES.

1 - O decote de qualificadoras por ocasião da decisão de pronúncia só estará autorizado quando forem manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo nos elementos cognitivos dos autos, o que não é a hipótese dos autos, em que se encontram provas de que os delitos foram praticados por motivo torpe e meio cruel.

2 - Colhe-se da jurisprudência do STJ que *“a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo a existência do crime e indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme o mandamento contido no art. 413 do Código Processual Penal”* (REsp 1742172/RS, Rel. Jorge Mussi, DJe 01/02/2019).

3 - A etapa atinente à pronúncia é regida pelo princípio *in dubio pro societate* e, por via de consequência, estando presentes indícios de materialidade e autoria do delito, o feito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, pena de usurpação de competência constitucional do Júri.

4 - A acusação não pode ser considerada desprovida de lastro probatório mínimo e, uma vez que na fase inicial não se exige juízo de certeza, diante de indícios do cometimento de crimes dolosos contra a vida impõe-se a manutenção da pronúncia e o prosseguimento do julgamento no Tribunal do Júri, competente para decidir a causa.

II) AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE MAURO LONDERO HOFFMANN.

RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EMBARGOS INFRINGENTES ULTERIORES. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMILITUDE FÁTICA. VIOLAÇÃO AOS ARTS 155 E 413, DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. VOTO MAJORITÁRIO QUE CONSIDEROU A PROVA ORAL CARREADA AOS AUTOS, BEM ASSIM COTEJOU OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS AMEALHADOS DURANTE A INSTRUÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. A PRONÚNCIA CONSISTE EM MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO, BASTANDO PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO E INDÍCIOS DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO DO AGENTE. JUÍZO DE SUSPEITA. INAPLICABILIDADE DO ART. 155, DO CPP. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1 - A Corte Especial deste Superior Tribunal assentou que cabe ao recorrente, após o julgamento dos embargos infringentes, ratificar os termos do apelo especial anteriormente interposto ou apresentar novo recurso,

mesmo em âmbito criminal (AgRg no MS n. 15.445/RS, Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 8/11/2010).

2 - É entendimento pacífico do STJ que a parte deve proceder o cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas.

3 - Quanto à alegada violação dos arts. 155 e 413 do Código de Processo Penal, sob fundamento que as provas incoativas teriam sido produzidas somente em fase inquisitorial, é ver que o tribunal de origem, com base nas provas constantes dos autos, concluiu que *“o voto majoritário debruçou-se sobre toda a prova oral carreada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Presença de elementos colhidos no curso do inquérito que, ainda que parcialmente, foram endossados pela prova judicializada, conforme constou do aresto embargado. Ausência de elementos concretos que descredibilizem os depoimentos colhidos perante a autoridade policial”*. A reforma do entendimento demandaria, necessariamente, a análise de conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial (por incidência da Súmula 7/STJ).

4 - A orientação jurisprudencial é no sentido de que a decisão de pronúncia comporta juízo de admissibilidade da acusação, para o qual devem concorrer a prova da existência do fato (materialidade) e os indícios acerca da autoria ou participação do agente, consoante dispõe o art. 413 do CPP. Constitui a pronúncia, portanto, juízo fundado de suspeita, que apenas e tão somente admite a acusação. Não profere juízo de certeza, necessário para a condenação, motivo pelo qual o óbice do art. 155 do CPP não se aplica à referida decisão. Incidência da Súmula 83/STJ.

III) AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR.

NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 201 E 411, DO CPP. PREJUDICIALIDADE. ULTERIOR JULGAMENTO DA QUESTÃO NOS AUTOS DO RHC 40.587/RS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE, EM ALGUNS CASOS, DA DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS INCOATIVOS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 31 E 268, AMBOS DO CPP. ADMISSIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. ESPECIFICIDADE DOS FATOS EM APURAÇÃO QUE AUTORIZAM O DEFERIMENTO DO PLEITO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1 - O presente agravo em recurso especial não merece ser conhecido, visto que o agravante não refutou, de forma clara e suficiente, os fundamentos do decisum agravado, o que faz incidir, no caso, a Súmula nº 182/STJ.

2 - A nulidade por afronta aos arts. 201 e 411, do CPP, a despeito da mudança de contexto alegada pela Defesa, já foi impugnada através do RHC nº 40.587/RS, tendo esse Superior Tribunal desprovido o recurso.

3 - A denúncia não precisa expor, pormenorizadamente, todos os fatos delituosos, mas sim trazer à apreciação do Poder Judiciário os apontamentos pertinentes e suficientes para o início da instrução criminal. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia que descreve os fatos supostamente imputados aos acusados com as circunstâncias que lhes permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, como se observa na presente hipótese.

4 - Se é certo, do ponto de vista estritamente legal, que a lei processual não prevê a admissão, como assistente da acusação, de pessoa - física ou jurídica - que não guarde com a vítima aquela relação próxima de parentesco, parece razoável, como bem asseverou o TJ/RS, a ideia de se ampliar as hipóteses legais e admitir a referida entidade como assistente do Ministério Público, sobretudo quando a denúncia arrola 877 vítimas, sendo praticamente inviável exigir-se a habilitação de cada ofendido e de cada familiar das vítimas falecidas.

5 - É pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que “*não caracteriza ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal, a decisão que adota como razões de decidir os fundamentos lançados no parecer do Ministério Público*” (AgRg no RHC 100.942/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 04/12/2018)

ANTE O EXPOSTO, OPINA ESTE ÓRGÃO MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM), A FIM DE POSSIBILITAR O PROSSEGUIMENTO DO PROCESSAMENTO DO FEITO NO JUÍZO NATURAL - TRIBUNAL DO JÚRI -, CONSTITUCIONALMENTE COMPETENTE PARA JULGAMENTO; E PELO CONHECIMENTO DO AGRAVO INTERPOSTO POR MAURO LONDERO HOFFMANN, E CONHECIMENTO PARCIAL DO INTERPOSTO POR ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, PARA NÃO CONHECER DE AMBOS RECURSOS ESPECIAIS.

I – DO RELATÓRIO

1. Trata-se de recursos especiais interpostos pelo **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** (fls. 16.899/16.937 e 17.718/17.769) e pela **Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria/AVTSM** (fls. 17.782/17.791), com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento a recurso

em sentido estrito interposto por **Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão** e deu provimento aos embargos infringentes interpostos pela Defesa, rejeitando, na sequência, os embargos declaratórios ministeriais, e de agravos em recurso especial interpostos por **Mauro Londero Hoffman** (fls. 18.126/18.134) e por **Elissandro Callegaro Spohr** (fls. 18.147/18.178), contra decisão que inadmitiu os recursos especiais interpostos (fls. 18.037/18.117).

2. Extrai-se dos autos que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra **Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão** por incurso, por 242 vezes, nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, e no mínimo 636 vezes (nº de sobreviventes identificados) nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, na forma dos arts. 14, inc. II, 29, caput, e 70, primeira parte, todos do Código Penal), **Renan Severo Berleze, Gérson da Rosa Pereira** como incursos nas sanções do art. 347, parágrafo único, na forma do art. 29, caput, ambos do Código Penal e **Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer** nas sanções descritas no art. 342, § 12, do Código Penal, por terem todos, em tese, contribuído com os eventos ocorridos no conhecido incêndio na Boate Kiss, ocorrido em 27 de janeiro de 2013, que levou a óbito 242 vítimas.

3. Finda a instrução, o MM. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria acolheu a peça acusatória, sob fundamento da configuração de indícios suficientes da materialidade do fato e possibilidade de percepção prévia do dano, pronunciando, assim, os acusados **Elissandro Callegaro Spohr, Luciano Augusto Bonilha Leão, Mauro Londero Hoffmann e Marcelo de Jesus dos Santos**, por suposta prática de 242 homicídios duplamente qualificados, e pela tentativa de, no mínimo, 636 homicídios duplamente qualificados (arts. 121, §2, incisos I e III), na forma dos arts. 14, inciso II, art. 29, caput e art. 70, primeira parte, todos do Código Penal (fls. 15.594/15.788).

4. Irresignados, interpuseram recursos em sentido estrito os acusados **Marcelo de Jesus dos Santos** (fls. 15.908/15.989), **Mauro Londero Hoffmann** (fls.

15.995/16.235), Elissandro Callegaro Spohr (fls. 16.236/16.368) e Luciano Augusto Bonilha Leão (fls. 16.376/16.406).

5. Nas razões defensivas, **Marcelo de Jesus dos Santos** aduziu configurado erro de proibição, narrando que as ações se deram por erro de tipo induzido por terceiro e que faria jus à impronúncia; **Mauro Londero Hoffmann** alegou omissão na decisão de pronúncia quanto ao dolo eventual e a figura de tentativa, bem como buscou atribuir efeitos infringentes ao *decisum* recorrido, afastando as tentativas e as qualificadoras; **Elissandro Callegaro Spohr** aduziu nulidade processual por inépcia da exordial acusatória e irregularidades na instrução, pugnando pelo afastamento das qualificadoras. Por fim, a defesa de **Luciano Augusto Bonilha Leão** sustentou impor-se a impronúncia, apontando que as teses defensivas não foram devidamente apreciadas.

6. Contrarrazões devidamente apresentadas pelo MP/RS (fls. 16.408/16.417), pelos Assistentes de Acusação Neri Machado Pereira e Leones de Jesus Pereira (fls. 16.436/16.437) e pela AVTSM (fls. 16.438/16.440), bem como pela PGJ/RS às fls. 16.451/16.526, todas no sentido de se negar provimento aos recursos interpostos pelos acusados.

7. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, rejeitou as preliminares e, por maioria, deu parcial provimento aos recursos, para afastar da pronúncia as qualificadoras relacionadas na denúncia, vencido o Relator, que também dava parcial provimento aos recursos para desclassificar os delitos, consoante a seguinte ementa (fls. 16.577/16.710):

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIOS. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. PRELIMINARES DE NULIDADE. INVALIDADES NÃO CONSTATADAS. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. RECONHECIMENTO DE POSSÍVEL DOLO EVENTUAL NA CONDUTA DOS RÉUS. SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA. QUALIFICADORAS AFASTADAS. JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL. PRELIMINARES DESACOLHIDAS À UNANIMIDADE.

1. Diante do elevado número de vítimas (no caso, 878 ofendidos), não é inepta a denúncia que descreve de forma global os fatos ocorridos, sendo despicienda a repetição da narrativa para cada ofendido individualmente. Questão já decidida no âmbito desta Corte. A ausência de oitiva de algumas

das vítimas, por si só, não conduz à impronúncia dos réus. Inteligência dos artigos 201, *caput*, e 401, § 1º, ambos do Código de Processo Penal. Invalidez rejeitada, que tampouco caracteriza “nulidade por acumulação”.

2. Viável, no caso concreto, a habilitação de pessoa jurídica como assistente de acusação. Ação penal *sui generis* em que a associação dos familiares engloba as pessoas autorizadas a habilitarem-se como assistentes de acusação na forma dos artigos 31 e 268 do Código de Processo Penal. Inviabilidade de habilitação individual de cada familiar das vítimas. Solução prudencial, também considerando o vetor duração razoável do processo. Questão já apreciada por esta Corte. Nulidade afastada.

3. Prescindível, no sistema penal brasileiro, a oitiva de todas as vítimas no curso da ação penal, mormente diante do elevado número de ofendidos, em que a oitiva de todas as vítimas prejudicaria a marcha processual e também a tramitação dos demais feitos de que se ocupa a Vara de origem. Julgando necessária a oitiva de alguma das vítimas que não depuseram em juízo, cabe à defesa arrolar as pessoas que queira ouvir, justificando a necessidade. Tratando-se de concurso formal de crimes, desnecessária, sobremaneira, a oitiva de todas as vítimas. No contexto de evento multitudinário, ouvidas 114 vítimas sobreviventes, ao longo de 31 audiências, o esgotamento do universo das 636 vítimas nesta condição não passaria de adição, sem acrescentar qualquer sentido relevante à narrativa processual. Questão já analisada nesta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça. Nulidade rejeitada.

4. A ausência da defesa do réu Elissandro em audiência para oitiva de testemunha por carta precatória na Comarca do Rio de Janeiro/RJ, não configurou, em concreto, nulidade por cerceamento de defesa. Conforme as informações contidas nos autos, devido ao atraso da Magistrada que realizaria a solenidade, o advogado que patrocina a defesa de Elissandro retirou-se do Foro. Deste modo, pese a justificativa, não pode a defesa arguir nulidade para a qual contribuiu, nos termos do artigo 565 do Código de Processo Penal. Se a oitiva da testemunha era tão relevante, cabia à defesa sopesar a possibilidade de permanência no local. Invalidez rechaçada.

5. Autorização do Conselho da Magistratura de regime de exceção para a condução do presente processo, possibilitando que o Magistrado que preside a ação penal fosse ao juízo deprecado ouvir as testemunhas, não havendo nulidade a ser reconhecida. Solução prudencial que possibilita plena cognição ao juiz natural da causa. Ademais, a defesa não recorreu da decisão do Conselho da Magistratura, estando a questão fulminada pela preclusão.

6. Ausência de omissão da sentença quanto à responsabilização penal de outros agentes. Decisão de pronúncia em que o Magistrado observou o disposto no artigo 417 do Código de Processo Penal, tendo o Ministério Público ratificado as promoções de arquivamento e esclarecido que a instrução não trouxe elemento novo a modificar sua “*opinio delicti*”. Ademais, a responsabilização de terceiros já foi discutida nas instâncias cabíveis, com o arquivamento dos feitos. Ausência de nulidade a ser reconhecida.

7. Pese a controvérsia, juridicamente viável imputação de homicídio tentado mediante dolo eventual, não havendo incompatibilidade a priori. Doutrina e jurisprudência. Não se trata, de todo modo, de impossibilidade jurídica do pedido. Precedentes das Câmaras Criminais e do Primeiro Grupo. Nulidade rejeitada.

MÉRITO. PRONÚNCIA. DECISÃO POR MAIORIA.

8. Tipicidade subjetiva. Dolo eventual. Suporte fático que, no conjunto da obra, na pluralidade de consciências e vontades materializadas em ações e omissões, no plano geral do evento como apresentado, torna plausível a estrutura típica que vem de nortear o contraditório deste processo, não sendo possível descartar, a priori, que os réus tenham assumido o risco de produzir os resultados descritos na denúncia. Possibilidade de que os réus tenham assumido o risco do resultado morte dos presentes na Boate Kiss, que se renovava a cada atividade e que, na noite do fato, teria se incrementado (somando-se às condições prévias) pelo acúmulo de pessoas cuja

aglomeração capturas[s]e à vista desarmada e se exponenciou pelo manejo da pirotecnia. Risco, em tese, perceptível que, nada obstante, não teria afetado o desejo dos réus de que as coisas seguissem seu rumo, prosseguindo nas condutas perigosas de explorar de modo temerário um clube noturno e de realizar apresentações artísticas inerentemente arriscadas. Ausência de circunstâncias externalizadas que indubitavelmente apontassem a confiança dos réus de que não se produziriam as mortes, caso, como aconteceu, se desencadeasse um incêndio.

9. Dolo eventual que pode ser evidenciado na conduta dos réus Elissandro e Mauro, que teriam concorrido para o crime supostamente implantando a espuma altamente inflamável e tóxica, contratando o show que sabiam incluir fogos de artifício, mantendo a casa noturna superlotada, sem condições de evacuação e segurança e equipe de funcionários sem treinamento obrigatório.

10. Em relação aos réus Luciano e Marcelo, o agir mediante dolo eventual é plausível por terem, em tese, concorrido para o evento adquirindo e acionando, num local que conheciam bem, fogos de artifício para ambientes externos e direcionando o artefato aceso para o teto da boate, que distou, diante da coreografia, poucos centímetros, e foi o que iniciou a queima do revestimento inflamável.

11. A análise conjunta das condutas imputadas aos réus, ainda que decotadas parte das imputações, permite que sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, havendo elementos nos autos que tornam plausível a imputação de crimes dolosos contra a vida cometidos mediante dolo eventual. Razoável imputar, na situação concreta que se desenhou - com diversas condições letais como concausas (várias construídas assincronicamente) -, que as escolhas e condutas realizadas pelos réus tenham conformado uma decisão pela possível lesão à vida daqueles jovens.

12. Tentativas de homicídio possíveis no caso em tela. A denúncia, no 2º § do item 1, descreveu que, dado início ao ato de matar as vítimas [desencadeado o fogo e a emissão de gases tóxicos], as mortes não se consumaram por circunstâncias alheias aos atos voluntários praticados pelos réus, “pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz”. A imputação encontra guarida tanto na prova oral (vítimas e médicos), na reconstrução da dinâmica do evento, quanto nos autos de exame de corpo de delito e outros documentos, dando conta dos malefícios pela inalação da fumaça e também de queimaduras sofridas.

QUALIFICADORAS AFASTADAS.

13. As qualificadoras imputadas na denúncia, em relação aos quatro réus, devem ser afastadas da apreciação dos jurados. Ausentes circunstâncias concretas que revelem, no injusto imputado, especial censurabilidade ou perversidade.

14. Não se discute que, no mais das vezes, a ganância pode ensejar o reconhecimento do motivo torpe, na medida em que reprovável a conduta daquele que, para auferir ganho ou lucro excessivo, ambicionado de forma desmedida, comete o homicídio. Contudo, na hipótese dos autos, inexistente a qualificadora na forma em que descrita na denúncia e reconhecida na sentença de pronúncia. Em relação aos acusados Elissandro e Mauro, o lucro é inerente à atividade empresarial. Não parece possível, isoladamente, considerar reprovável, no modelo de livre iniciativa (Constituição Federal, art. 1º, inc. IV), o interesse de lucrar com a casa noturna. A colocação da espuma, por outro lado, diferente do sustentado na denúncia, não ensejou economia, mas sim plus de custo para os sócios da casa noturna, com o fito de evitar o fechamento do estabelecimento, diante das dificuldades em realizar o isolamento acústico do local. Por outro lado, a superlotação da boate naquela noite, ainda que pudesse indicar o desejo dos acusados de obter lucro excessivo no empreendimento, foi um dos elementos que sustentou a plausibilidade de que os acusados possam ter agido mediante dolo eventual, assumindo o risco de produzir os resultados lesivos. É dizer, a reprovação

sobre o fato de terem permitido a entrada de mais pessoas do que o local comportava foi sopesada na configuração da tipicidade subjetiva. Se chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria delibado o bis in idem, que é vedado. Não há, nestes moldes, como concluir que a motivação dos agentes mereça especial reprovação que autorizasse o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe. A especial reprovação do injusto, não pelo resultado, mas pela conduta que animou os réus, é que deve ser ponderada - neste caso, foi o conjunto da obra que permitiu uma imputação por dolo eventual. Precedente do STJ.

15. Em relação aos acusados Luciano e Marcelo, de forma similar, a motivação torpe deve ser afastada, à míngua de elementos suficientes para que se conclua por sua configuração. Inicialmente, não há em princípio reprovação extraordinária na opção por um produto mais barato por parte do consumidor, na busca de atingir seus interesses (compra, pela banda, de material mais em conta, para futuras apresentações) - desconsiderada, neste momento, a impropriedade do artefato para uso interno. Porém, justamente a opção pelo artefato de utilização externa, inadequado, é um dos vetores preponderantes a indicar que os acusados podem ter assumido o risco de matar as vítimas. Pelo que, analogamente, não é de se permitir sua dupla valoração. Qualificadora rechaçada.

16. Tangente à qualificadora relacionada aos meios de execução do crime - fogo e asfixia - também ausentes elementos pertinentes para submissão aos jurados. No caso dos autos, inexistem indicativos de que o dolo eventual imputado aos acusados abrangesse a asfixia das vítimas, uma vez que, pese altamente inflamável a espuma utilizada no revestimento acústico da boate, o gás tóxico liberado não é consecutório empiricamente à disposição da consciência, no desdobramento (tanto, evidentemente, não rompe o nexo de causalidade). Ou seja, embora os acusados possam ter admitido o risco de causar a morte das vítimas, não há provas nos autos de que tenham, suficientemente, admitido a possibilidade de asfixiar as pessoas para causar-lhes excessivo sofrimento. O âmbito do direito penal rechaça a imputação objetiva, ausente supedâneo adequado para considerar que o plano de conduta dos agentes abarcasse a asfixia dos ofendidos a ponto de tornar especialmente mais reprovável o injusto. Precedente do STJ.

17. No que se relaciona com o emprego de fogo, não cabe, a símile, submeter aos jurados a qualificadora do inciso III do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal. Os réus Marcelo e Luciano, objetivamente, seriam os responsáveis pelo emprego de fogo no interior da boate, tendo sido o manejo do centelhador o estopim do evento danoso. Ademais, a utilização dos artefatos pirotécnicos, em tese, era de conhecimento dos acusados Elissandro e Mauro. Contudo, no caso dos autos, o emprego da pirotecnia no interior de uma casa noturna lotada é um dos intensos vetores para o reconhecimento do dolo eventual na conduta dos agentes. Ainda, neste espectro, não parece que os acusados desejassem, mediante incêndio, causar excessivo sofrimento às vítimas. Mesmo que se cogitasse que o fogo teria causado perigo comum (imputação que não é articulada na denúncia), a solução não seria outra. A coletividade exposta a perigo pelo evento danoso consubstanciou-se nas 878 vítimas apontadas na exordial acusatória. Ou seja, a situação de perigo realizou-se nos resultados lesivos, pelos quais os acusados estão a responder, integralmente. Conclusão contrária delibaria, de novo, bis in idem. Qualificadora afastada.

JÚRI COMO GARANTIA INSTITUCIONAL.

18. Há, na Constituição Federal, garantias institucionais típicas, exemplar o caso do Tribunal do Júri. Nesta matriz constitucional, legitima-se, a partir da eficácia irradiante da decisão constituinte fundamental, que o papel dos juízes togados sofra certas restrições, limitado, nesta fase processual, a verificar a viabilidade acusatória, certo que no plano da adequação típica (juízo normativo), sem descurar da prova da materialidade e dos indícios de autoria (juízo empírico). Ultrapassado tal limiar, o chamado filtro de racionalidade,

segue-se, como corolário da soberania do Tribunal do Júri, que é a sociedade, em sua pluralidade e por íntima convicção, que deve decidir, em última instância, qual vertente probatória há de prevalecer e qual pauta normativa passará a vincular os cidadãos para casos futuros e situações semelhantes. Quanto ao juízo de valor nuclear deste caso, se as condutas imputadas nas circunstâncias concretas, em seu conjunto, significam que os réus assumiram o risco do resultado morte das vítimas, é pergunta a ser formulada e a sociedade não está mais desaparelhada do que a magistratura de carreira para respondê-la. É dizer, enfim, que, meio a contrapelo das naturais inclinações humanas, até mesmo a certeza do magistrado técnico a respeito da questão de fundo a ser julgada é secundária, cedendo ao espaço democrático reservado à sociedade, cujo veredicto ocorrerá em sigilo e por íntima convicção.

PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, POR MAIORIA.

8. Irresignado, o MP/RS opôs embargos de declaração (fls. 16.722/16.741), a fim que as qualificadoras fossem restabelecidas. O TJ/RS, no entanto, desacolheu os embargos opostos, nos termos da seguinte ementa (fls. 16.748/16.768):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. OMISSÃO NO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. INOCORRÊNCIA.

1. Pretende o embargante, em sede de embargos de declaração, a rediscussão do mérito da causa, o que é vedado. A decisão atacada analisou todos os elementos presentes nos autos, de modo a preponderar os relevantes e, direta ou indiretamente, rebateu todas as teses ora sustentadas, decidindo, expressamente, pelo afastamento das qualificadoras. Inviável, neste contexto, atribuir-se efeitos modificativos ao presente recurso de embargos declaratórios.

2. Qualificadoras compreendidas como circunstâncias que revelam especial censurabilidade ou perversidade na conduta dos réus, o que não decorre da imagem global do fato apurado.

3. Qualificadora do motivo torpe revelado pela ganância que foi fundamentadamente afastada pelo acórdão embargado em relação aos quatro réus. Colocação de espuma inapropriada que representou ônus aos sócios da boate, que pretendiam evitar o fechamento do estabelecimento comercial. A ausência de investimento na prevenção de incêndio e a instalação das barras de ferro que teriam impedido a evacuação das vítimas, conforme referido expressamente no acórdão, não indicam especial reprovação do injusto a autorizar o reconhecimento da qualificadora. Investimentos estéticos que, no máximo, poderiam incrementar a assunção de risco de produção do resultado morte, não revelando especial vilania ou repugnância. Suposta ordem para que as vítimas fossem impedidas de sair enquanto não pagassem as despesas que foi afastada inclusive da imputação de dolo eventual, ausente prova a confortá-la.

4. Eventual escolha pelo material pirotécnico mais barato e respectiva utilização pelos réus Luciano e Marcelo que foi sopesada e considerado, modo fundamentado, como insuficiente a autorizar o reconhecimento da qualificadora. Opção pelo fogo de artifício mais barato que foi considerado para fins de configuração de dolo eventual, deixando claro o acórdão a inviabilidade de nova consideração do mesmo fato para o reconhecimento da qualificadora, sob pena de indevido *bis in idem*.

5. Ausência de omissão no afastamento da qualificadora do meio cruel/asfixia. Elementos contidos nos autos que permitem a conclusão de que o dolo eventual imputado aos réus não abrangeu a asfixia, visto que a liberação de gás tóxico não era consectário empiricamente à disposição da consciência dos acusados. Restou claro, deste modo, que não há nos autos prova de que os acusados tivessem assumido o risco de asfixiar as vítimas, para causar-lhe maior sofrimento, seja pelo gás liberado pela espuma ou por aquele decorrente da queima de outros objetos da boate.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

9. Também opôs **embargos de declaração** o acusado **MAURO LONDERO HOFFMANN** (fls. 16.774/16.790), que restaram desacolhidos, conforme a ementa transcrita (fls. 16.796/16.817):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. BOATE KISS. TRIBUNAL DO JÚRI. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Pretende o embargante, em sede de embargos de declaração, a rediscussão do mérito da causa, o que é vedado. A decisão atacada analisou todos os elementos presentes nos autos, de modo a preponderar os relevantes e, direta ou indiretamente, rebateu todas as teses ora sustentadas, decidindo, expressamente, pela pronúncia do réu Mauro.

2. O alcance do art. 155 do Código de Processo Penal é limitado pela jurisprudência dos tribunais superiores nos procedimentos do Tribunal do Júri. Certo que, salvo situações escancaradas de falso testemunho, manipulação, distorção ou coação, não se tem, para efeitos de pronúncia, como fazer preponderar, necessariamente, a nuance que exsurge em juízo, cabendo aos Jurados escolher, dentre as diversas camadas narrativas que se sedimentam nos autos, aquelas que fazem melhor sentido de acordo com sua pauta normativa e com o contexto geral que avaliam.

3. Em relação ao embargante, o voto majoritário debruçou-se sobre toda a prova oral carreada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Presença de elementos colhidos no curso do inquérito que, ainda que parcialmente, foram endossados pela prova judicializada, conforme constou do aresto embargado. Ausência de elementos concretos que descredibilizem os depoimentos colhidos perante a autoridade policial. Competência constitucional do Tribunal do Júri para sopesar o cabedal probatório.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

10. O acusado **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** também opôs **embargos de declaração** (fls. 16.821/16.834), sob o fundamento de ter a C. Primeira Câmara Criminal do TJ/RS se omitido quanto à análise de arguição de nulidades elencadas pela defesa na oportunidade daquele recurso em sentido

estrito. O órgão julgador, às fls. 16.844/16.854, acolheu parcialmente os aclaratórios, sem alteração, todavia, do resultado do julgamento.

11. O **MP/RS** interpôs recurso especial (fls. 16.899/16.935) contra o acórdão proferido no recurso em sentido estrito e embargos declaratórios sucessivos, sob fundamento de negativa de vigência ao art. 121, § 2º, incisos I e III, do Código Penal, e aos arts. 74, § 1º, e 413, *caput* e § 1º, ambos do Código de Processo Penal, bem como recurso extraordinário (fls. 16.937/16.952), sob alegação de contrariedade ao art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal. Ademais, foi apresentada petição de ratificação (fl. 16.954/16.962) aos recursos especial e extraordinário interpostos.

12. O acusado **MAURO LONDERO HOFFMANN** também interpôs recurso especial (fls. 17.417/17.446), sob fundamento de dissídio jurisprudencial e violação aos arts. 155 e 413 do CPP. Ademais, interpôs, ainda, recurso extraordinário (fls. 17386/17413), com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da CF, sob alegação de violação aos princípios do contraditório, da presunção de inocência e da responsabilidade penal subjetiva.

13. Interpôs, também, recurso especial contra o *decisum* no recurso em sentido estrito, o acusado **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** (fls. 17.296/17.344), com fundamento no art. 105, III, alínea “c” da CF, e recurso extraordinário (fls. 17.346/17.383), com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da CF, sob fundamento de nulidade do julgamento, por ausência de fundamentação e nulidade do julgamento por ofensa ao art. 52, XXXVII, LIV, LV, da CF/88.

14. Em face do julgamento do recurso em sentido estrito e declaratórios, os acusados **MARCELO DE JESUS DOS SANTOS** (fls. 16.871/16.894), **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR** (fls. 16.962/17.028), **MAURO LONDERO HOFFMANN** (fls. 17.031/17.275) e **LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO** (fls. 17.280/17.294), opuseram, ainda, **embargos infringentes**.

15. O MP/RS (fls. 17.486/17.512) e a AVTSM - ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (fl. 17527), assim como LEONES DE JESUS DE OLIVEIRA PEREIRA e NERI MACHADO PEREIRA (fl. 17.529), apresentaram as devidas impugnações aos embargos infringentes, opinando pelo seu conhecimento e desacolhimento.

16. O 1º Grupo Criminal do TJ/RS acolheu os Embargos Infringentes de nº 70075120428 (fls. 17.533/17.627), *“para conhecer dos embargos, exceto no que tange a um dos recursos que é conhecido apenas em parte, para dar provimento à inconformidade da defesa e desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, nos exatos termos do voto vencido quando do julgamento dos recursos em sentido estrito”* (fl. 17.599), consoante a ementa seguinte:

EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CRIMES DE HOMICÍDIO. INCÊNDIO EM ESTABELECIMENTO NOTURNO. ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE FATOS DOLOSOS. INCONFORMIDADE DA DEFESA DOS RÉUS. DIVERGÊNCIA RESTRITA À NATUREZA DOLOSA DAS INFRAÇÕES PENAIS.

1. Fatos delituosos relativos a incêndio em estabelecimento noturno na comarca de Santa Maria. Réus pronunciados pela prática de homicídios qualificados, consumados e tentados, que agiram na condição de sócios da casa noturna, e como integrantes de uma banda musical que se apresentou na oportunidade, levando a efeito "show" pirotécnico com emprego de fogos de artifício, o que deu azo a incêndio que terminou por causar a morte e lesões dos frequentadores.

2. Circunstâncias fáticas que não podem ser havidas como demonstrativas de agir doloso pelos denunciados, ora pronunciados. O emprego de fogos de artifício impróprios para o local, o fato de o ambiente interior do imóvel encontrar-se revestido de madeira, cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, a superlotação com número de pessoas além da capacidade, a inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situação de emergência, somadas ao fato de que dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido o "show" pirotécnico, sem nenhum incidente, constituem dados que informam agir culposo em sentido estrito a ser examinado pelo juiz singular competente.

3. Conduta dolosa que, à luz do disposto no art. 18, I, do CP, exige a manifestação da vontade em relação ao resultado morte. Assumir o risco de produzir a morte significa aprovar o resultado, o que não restou evidenciado nos autos. Regra do art. 413 do CPP que impõe ao juiz a pronúncia do acusado, quando convencido da materialidade do fato (não de qualquer fato, mas de fato que configure crime doloso contra a vida), e quando verificar presentes indicativos suficientes da autoria. Dever do juiz em declinar os fundamentos por que vê, na espécie delituosa, a

existência de agir doloso na conduta do agente do crime. Impossibilidade de pura e simplesmente transferir-se o exame do elemento volitivo do fato aos jurados. Desclassificação da espécie que se impõe para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri.

4. Recurso, de um dos réus, que transcende os limites da divergência, postulando a absolvição do acusado. Impossibilidade. Não pode o recurso ser conhecido quanto ao pedido de absolvição, vez que ultrapassa os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito.

RECURSOS CONHECIDOS, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

17. O **MP** opôs **embargos de declaração com efeitos infringentes** às fls. 17634/17659, o qual o Primeiro Grupo Criminal do TJ/RS, à unanimidade, rejeitou (fls. 17679/17690), nos termos da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO JULGADO. PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES E DE PREQUESTIONAMENTO.

Matéria devidamente analisada, inexistindo qualquer ambigüidade, obscuridade, omissão ou contradição no julgado. Ainda que para fins de prequestionamento, têm os embargos declaratórios como requisito a ocorrência dos pressupostos previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal. Inexistente ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão, não podem ser acolhidos os embargos declaratórios, que não se prestam à rediscussão da matéria já julgada.

EMBARGOS DESACOLHIDOS. UNÂNIME.

18. Às fls. 17718/17768, o **MP/RS** interpôs, então, **recurso especial**, com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da CF, sob argumento de contrariedade aos arts. 74, §1º, e 615, §1º, parte final, ambos do CPP, negativa de vigência aos arts. 18, I, 121, *caput*, e 121, *caput*, c/c o art. 14, II, todos do CP, e aos arts. 74, § 1º, e 413, *caput*, ambos do CPP, e contrariedade ao art. 419, *caput*, do CPP. Interpôs, ainda, **recurso extraordinário**, com fundamento no art. 102, III, 'a', do permissivo constitucional, sob alegação contrariedade aos arts. 5º, XXXVIII, 'd', LV e LVII, e 129, I, ambos da Constituição Federal (fls. 17.699/17.716).

19. **Recurso especial da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM)** às fls. 17.782/17.791, sob alegação de violação aos art.s 413, § 1º, e 615, § 1º, ambos do CPP.

20. Sobreveio **juízo de admissibilidade** pela Corte de origem (fls. 18.037/18.117), tendo o Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul admitido os recursos especiais do Ministério Público estadual e da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria/AVTSM, negando seguimento, porém, aos recursos especiais interpostos por Elissandro Callegaro Spohr, sob entendimento que o acórdão recorrido estaria em conformidade com o entendimento das Cortes Superiores, e por Mauro Londero Hoffmann, por perda de objeto ante a não ratificação do apelo especial após o julgamento dos embargos infringentes. Foi assim ementada a decisão (fls. 18.037):

RECURSOS ESPECIAIS. HOMICÍDIOS. TENTATIVAS DE HOMICÍDIOS. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. VOTO DIVERGENTE. IN DUBIO PRO SOCIETATE.

RECURSOS ADMITIDOS. NULIDADES. DENÚNCIA. INÉPCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS. OITIVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. ADMISSÃO. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. PERDA DE PROVA SUBSTANCIAL. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. VERBETE Nº 83 DA SÚMULA DO STJ. PRECATÓRIAS. JUIZ NATURAL. OFENSA. VERBETE Nº 283 DA SÚMULA DO STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. RECURSO NÃO ADMITIDO.

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. INDÍCIOS DE AUTORIA. TRIBUNAL DO JÚRI. COMPETÊNCIA RESERVADA. RECURSOS ADMITIDOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 339 DO STF. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO ADMITIDO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. ALTERAÇÃO DO JULGADO. RATIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSOS NÃO CONHECIDOS.

21. Daí a interposição de **agravo em recurso especial** por **Mauro Londero** (fls. 18.127/18.135) e **Elissandro Callegaro** (fls. 18.146/18.178), buscando seja dado seguimento aos recursos obstados.

22. Vieram, então, os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

Estes, em síntese, os fatos.

II – DO PARECER

23. Trata-se de **recursos especiais** interpostos pelo **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** e pela **Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria/AVTSM** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu parcial provimento a recurso em sentido estrito e deu provimento a embargos infringentes posteriormente opostos, e de **agravos em recurso especial** interpostos por **Mauro Londero Hoffman** e por **Elissandro Callegaro Spohr** contra decisão que inadmitiu os recursos especiais interpostos por estes.

24. Tem-se dos autos que **Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos, Luciano Augusto Bonilha Leão** foram pronunciados por incursão no art. 121, § 2º, incs. I e III (242 vezes), e no art. 121, § 2º, incs. I e III, na forma dos arts. 14, inc. II, 29, caput, e 70, primeira parte, todos do Código Penal (no mínimo 636 vezes - nº de sobreviventes identificados), **Renan Severo Berleze, Gérson da Rosa Pereira** como incurso nas sanções do art. 347, parágrafo único, na forma do art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, **Élton Cristiano Uroda e Volmir Astor Panzer** nas sanções descritas no art. 342, § 1º, do Código Penal, por terem todos, em tese, contribuído com os eventos ocorridos no incêndio na Boate Kiss, ocorrido em 27 de janeiro de 2013, que levou a óbito 242 vítimas.

25. Irresignada, a Defesa interpôs recurso em sentido estrito (Marcelo de Jesus dos Santos às fls. 15.908/15.989, Mauro Londero Hoffmann às fls. 15.995/16.235, Elissandro Callegaro Spohr às fls. 16.236/16.368 e Luciano Augusto Bonilha Leão às fls. 16.376/16.406), ao qual foi dado parcial provimento, afastando da sentença de pronúncia as qualificadoras.

26. Opostos embargos de declaração pelo MINISTÉRIO PÚBLICO e por MAURO LONDERO, restaram desacolhidos às fls. 16.748/16.768 e 16.796/16.817, respectivamente. ELISSANDRO CALLEGARO opôs, também,

embargos declaratórios, que foram parcialmente acolhidos sem alteração do julgamento (fls. 16.844/16.854).

27. Daí a interposição de recurso especial pelo MINISTÉRIO PÚBLICO (fls. 16899/16935), MAURO LONDERO (fls. 17.417/17.446) e ELISSANDRO CALLEGARO (fls. 17.296/17.344).

28. Em face dos acórdãos proferidos no recurso em sentido estrito foram ainda opostos embargos infringentes, os quais foram acolhidos, após empate na votação, pelo Tribunal de Justiça (fls. 17.533/17.627), *“para conhecer dos embargos, exceto no que tange a um dos recursos que é conhecido apenas em parte, para dar provimento à inconformidade da defesa e desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, nos exatos termos do voto vencido quando do julgamento dos recursos em sentido estrito”* (fl. 17.599). Opostos declaratórios pelo Ministério Público, foram rejeitados (fls. 17.679/17.690).

29. Em face do acórdão proferido nos embargos infringentes e embargos declaratórios seguintes, o Ministério Público e a Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) interpuseram, então, recurso especial (fls. 17.718/17.768 e 17.783/17.791).

30. Decisão de admissibilidade dos recursos especiais do Ministério Público e da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) às fls. 18.037/18.117 e, obstados os recursos de MAURO LONDERO e ELISSANDRO CALLEGARO, sobrevieram agravos de fls. 18.127/18.136 e 18.147/18.179.

31. Segue a apreciação dos recursos aviados pelas partes.

I - RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E DA ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM)

32. Aduz, o Ministério Público, negativa de vigência ao artigo 121, § 2º, incisos I e III, do Código Penal, e aos artigos 74, § 1º, e 413, *caput* e § 1º, ambos do Código de Processo Penal (fls. 16.899/16.935), violação aos arts. 74, § 1º, 413, *caput*, e 615, § 1º, parte final, do Código de Processo Penal, aos arts. 18, I, 121, *caput*, e 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal, e contrariedade ao art. 419, *caput*, do Código de Processo Penal (fls. 17.718/17.769), e, a Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), violação aos arts. 413, § 1º, e 615, § 1º, ambos do Código de Processo Penal (fls. 17.782/17.791).

I.I - IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS EM SEDE DE PRONÚNCIA QUANDO NÃO FOREM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES

33. De início afasta-se a incidência da Súmula 7/STJ, na espécie.

34. O STJ reconhece a diferença entre reexame de provas e reavaliação probatória. Na reavaliação, o Tribunal Superior parte do que já foi estabelecido no julgamento *a quo*, sem revolver as provas. Faz apenas a qualificação jurídica do que está descrito no acórdão recorrido a respeito do material probante. No reexame de matéria fática, há necessidade de se verificar se as conclusões a que chegaram os julgadores do Tribunal de Apelação estão embasadas nas provas produzidas nos autos (EDcl no AgRg no AREsp 18092 / MA, Rel. Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/11/2015).

35. Sobre o assunto, confira-se: a) EDcl no REsp 1.202.521/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 12.12.2014; b) AgRg no REsp 1.434.027/PR, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 20.5.2014, DJe 5.6.2014; c) REsp 1.362.456/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques,

Segunda Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 28.6.2013; d) AgRg no AREsp 19.719/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.9.2011; e e) REsp 1.211.952/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 25.3.2011.

36. Não se trata, na espécie, de reexame de provas, visto que o cerne da questão, no ponto, é tão somente verificar se o tribunal de origem possui competência para fazer o decote da qualificadora. Análise de questão de direito, pois.

37. É ver que o afastamento de qualificadoras por ocasião da decisão de pronúncia só estará autorizado quando forem manifestamente improcedentes, isto é, quando completamente destituídas de amparo nos elementos cognitivos dos autos, o que não é a hipótese dos autos.

38. Eis a orientação jurisprudencial sobre o tema, *verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. DECOTE DAS QUALIFICADORAS. PROVAS INDICIÁRIAS. PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se conhece de recurso especial quando se constata que, além de o acórdão recorrido estar em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça, a atrair a incidência da Súmula n. 83, também é o caso de incidência da Súmula n. 7, ambas do STJ.

2. Após a análise das circunstâncias fáticas relacionadas à conduta praticada, a Corte local entendeu que há elementos suficientes para respaldar a pronúncia do agravado nos termos da denúncia.

3. Em processo por crime doloso contra a vida, caso existam incertezas a respeito da incidência de qualificadoras, não é facultado ao juízo singular dirimi-las, visto que a competência para tanto é do juiz natural da causa, valer dizer, o Tribunal do Júri.

4. Somente é cabível a exclusão das qualificadoras, na decisão de pronúncia, quando manifestamente improcedentes, uma vez que cabe ao Tribunal do Júri, diante dos fatos narrados na denúncia e colhidos durante a instrução probatória, a emissão de juízo de valor acerca da conduta praticada pelo réu.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 813.200/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 06/06/2016).

39. No mesmo sentido: *HC* 228.924/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 09/06/2015; *HC* 355.364/PI, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis

Júnior, DJe 03/08/2016; AgRg no REsp 1581666/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/09/2017.

40. Na espécie, o tribunal de origem afastou a qualificadora de **motivo torpe** por entender que não há *“como concluir que a motivação dos agentes mereça especial reprovação que autorizasse o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe”* (fl. 16.691), conforme o seguinte excerto transcrito:

Em relação aos acusados Elissandro e Mauro, observo que o lucro é inerente à atividade empresarial. Não me parece possível, isoladamente, considerar reprovável, no modelo de livre iniciativa (Constituição Federal, art. 12, inc: IV), o interesse de lucrar com a casa noturna. A colocação da espuma, por outro lado, diferente do sustentado na denúncia, não ensejou economia, mas sim plus de custo para os sócios da casa noturna, com o fito de evitar o fechamento do estabelecimento, diante das já noticiadas dificuldades em realizar o isolamento acústico do local.

Por outro lado, a superlotação da boate naquela noite, ainda que pudesse indicar o desejo dos acusados de obter lucro excessivo no empreendimento, foi um dos elementos que sustentou a plausibilidade de que os acusados possam ter agido mediante dolo eventual, assumindo o risco de produzir os resultados lesivos. É dizer, a reprovação sobre o fato de terem permitido a entrada de mais pessoas do que o local comportava foi sopesada na configuração da tipicidade subjetiva. Se chamada novamente, em desfavor dos réus, estaria delibado o bis in idem, que é vedado.

41. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nas razões do Recurso Especial, aponta validamente que *“a pronúncia é decisão interlocutória mista que consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, cuja aplicação do princípio in dubio pro societate determina que a resolução de eventuais dúvidas deve ser reservada à apreciação do Tribunal do Júri, inclusive no que diz respeito às adjetivadoras, que somente podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes”*, sendo impossível, pois, na espécie, identificar essa manifesta improcedência (fl. 16.910).

42. Com efeito, na hipótese dos autos, não é a qualificadora manifestamente improcedente, como se vê do trecho transcrito a fls. 16913/16914, *verbis*:

O projeto técnico do engenheiro Miguel Teixeira Pedroso, fls. 2451 a 2453 (volume 11), **não teria indicado a colocação de espuma para isolamento acústico, mas sim a implantação de madeira compensada sob placas de lã de vidro**. O engenheiro, em suas

declarações de fls. 824/826 **referiu que inclusive alertou Elissandro que não se faz isolamento acústico com espuma de borracha.**

Ouvido em juízo, Miguel relatou que a primeira coisa que falou para o Kiko quando teve contato com a boate é que **a espuma não era um isolante acústico, que podia colocar tudo fora**, referindo, inclusive, que **se ele colocasse espuma "estragaria a boate"**. Falou que nunca indicou a utilização de espuma para isolamento acústico. Referiu que toda a espuma que existia na Kiss quando foi contratado foi retirada, ou seja, **toda a espuma presente na boate no dia da tragédia foi colocada após a sua participação**. Referiu ser absolutamente contra a colocação de qualquer tipo de espuma (audiência do dia 27/06/2014).

O engenheiro Samir, ouvido em juízo no dia 30/05/2014, relatou que foi contratado para fazer um laudo de isolamento acústico, solicitado pela prefeitura, para a concessão do alvará. Falou que não estavam conseguindo reduzir o ruído de dentro da casa noturna, e, em uma reunião com o Dr Ricardo Lozza foi proposto fazer um TAC com um projeto acústico. Como era um caso mais complexo, indicou o engenheiro Pedroso para a realização do projeto, que foi contratado pelo Kiko. Falou que ele apenas executou o projeto elaborado pelo engenheiro Pedroso. Recorda que antes de começarem a executar o projeto, **o engenheiro Pedroso esteve no local e pediu para que retirassem toda a espuma que tinha lá, pois não servia para nada de isolamento acústico, que era o problema a ser combatido**. Recorda de ter feito um forro de gesso, cuja finalidade era unicamente estética. **Negou que o Kiko tenha comprado espuma dele, pois a espuma que ele vende é de outro tipo, muito mais cara. Ninguém da boate comprou espuma dele**. Falou que em nenhum momento o projeto do engenheiro Pedroso fala em espuma. Sabe que o engenheiro Pedroso marcou várias vezes com o pessoal da boate para fazer a medição do som, mas ninguém aparecia. Falou que sua única participação foi a colocação do forro de gesso com lã de vidro, que depois disso não teve mais contato com a boate. **Sabe que as normas da ABNT falam que as espumas têm que passar no teste de inflamabilidade e toxicidade, e era essa a espuma que vendia**. Reiterou que é mentira que o Kiko comprou espuma dele. Sabe que a lã de vidro e as placas de gesso não pegaram fogo no incêndio da boate. Referiu que sua primeira participação foi ainda com o proprietário Tiago Mutti, acredita que em 2009, que seria o revestimento de gesso. Que nas duas ocasiões que trabalhou na boate foi com a colocação de gesso. Falou que o gesso e a lã de vidro não liberam nenhuma substância tóxica. Negou que vendesse espumas em "rolo" e falou que não vende espumas de colchão. Marcos José, perito criminal do IGP, referiu que **a espuma utilizada na boate não continha elementos "anti-chama"**, explicando que, **na comparação com as espumas que contêm o retardante de chamas**, a espuma utilizada na Kiss queimou bem mais rápido (audiência do dia 25/09/2015).

Nesse contexto, a opção por espuma, em especial uma que não continha retardante de chamas, **deu-se por economia**, circunstância que, ao menos, indica a presença do desvalor da conduta, marcada

pela ganância, capaz de conferir, assim, razão à manutenção da adjetivadora do motivo torpe na espécie.

Mas não é só. A denúncia, ao descrever a qualificadora prevista no inciso I do §2º do artigo 121 do Código Penal, elenca a ausência de investimentos em segurança no combate ao fogo como motivo também evidenciador da avidez por ganho econômico que pautou a conduta dos acusados Elissandro e Mauro.

(destaques do original)

43. Conclui o Ministério Público Estadual apontando que **“o órgão fracionário desconsiderou uma gama de elementos que evidenciavam que os sócios da boate fizeram uma série de opções para otimizar o ganho em detrimento da segurança. Com efeito, há farto material probatório no sentido de que os funcionários do estabelecimento não receberam qualquer treinamento acerca de procedimentos inerentes ao correto controle de situação de acidentes e desastres, aspecto que contribuiu, sobremaneira, à proporção da tragédia aqui tratada”** (fl. 16.915).

44. Assim, vigendo na fase da pronúncia a aplicação do princípio *in dubio pro societate*, a resolução de eventuais dúvidas deve ser reservada à apreciação do Tribunal do Júri, inclusive no que diz respeito às adjetivadoras, que somente podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes (fl. 16.919).

45. De fato, verifica-se a existência de indícios a evidenciar a qualificadora do motivo torpe. Desta forma, deve ser mantida a qualificadora, cabendo ao Tribunal do Júri a emissão de juízo de valor acerca das condutas praticadas pelos réus.

46. Pelos mesmos argumentos deve ser mantida a qualificadora do meio cruel.

47. Aduz, sobre a questão, o recorrente, às fls. 16.934/16.935, *verbis*:

Como se percebe, os próprios adminículos probantes trazidos no acórdão ora atacado afiguravam-se suficientes para identificar a assunção de risco conduta dos agentes, restando difícil deduzir de que base fática se extrai a genérica afirmação de que "não há nos autos prova de que os acusados tivessem assumido o risco de asfixiar as vítimas, seja pelo gás liberado pela espuma ou por aquele decorrente da queima de outros objetos da boate" (fls. 14.869 e verso).

Ora, ficando assente na decisão colegiada todos os elementos que apontavam o risco assumido pelos agentes na produção de incêndio de grandes proporções na casa noturna, inegável, também, a assunção de provocar a morte das vítimas por asfixia pela inalação de fumaça, sendo esta (fumaça) corolário lógico da queima de qualquer material.

Assim, em juízo de admissibilidade, perfeitamente possível pronunciar os acusados por homicídio qualificado pelo emprego meio cruel, vez que evidente o sofrimento desnecessário a que foram submetidas as vítimas durante a execução da ação criminosa, caracterizando a precitada qualificador

Portanto, havendo vertente probatória - reconhecida pelo próprio acórdão -a respaldar a presença da qualificadora, a consequência jurídica deveria ter sido a confirmação da decisão de pronúncia, visto que tal decisão interlocutória consubstancia mero juízo de suspeita, em que a aplicação do princípio *in dubio pro societate* determina que a resolução de eventuais dúvidas deve ser reservada à apreciação do Tribunal do Júri, inclusive no que diz respeito às adjetivadoras, que somente podem ser excluídas, insiste-se, quando manifestamente improcedentes, desde que inexistente substrato probante algum a lhes dar respaldo, o que in casu não se configura.

Por tais razões, tem-se que o acórdão recorrido, ao afastar a adjetivadora referente ao emprego de meio cruel, negou vigência ao artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal, e aos artigos 74, caput e §1º, 413, caput e §1º, do Código de Processo Penal.

48. Assim, havendo indícios que permitam identificar a qualificadora de “*meio cruel*”, também deve ser mantida, para a devida análise pelo Tribunal do Júri.

I.II – VIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NA FASE DO *JUDICIUM ACCUSATIONIS* DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI.

49. Quanto à alegada contrariedade aos arts. 74, §1º, e 615, §1º, parte final, do CPP, aduz o recorrente, às fls. 17.732 e seguintes, que:

a) “no julgamento levado a efeito pelo Primeiro Grupo Criminal do Tribunal local, foram obtidos 04 votos favoráveis ao acolhimento dos embargos infringentes defensivos (desclassificação das imputações para outros delitos, diversos da competência do Tribunal do Júri), e, igualmente, 04 votos no sentido de rejeitar as inconformidades defensivas (manutenção da pronúncia dos réus)” (fl. 17732);

b) “no ordenamento pátrio, vige o princípio do *in dubio pro reo*, ensejando, assim, que todo decreto condenatório deve ser pautado pelo juízo de certeza acerca da autoria delitiva, incumbindo à acusação a demonstração da existência do fato típico, incluindo-se aí o elemento subjetivo (*dolo ou culpa*), bem como de sua autoria, porque, quanto aos réus, milita em seu favor a presunção de não culpabilidade” (fl. 17733);

c) “a pronúncia, como decisão fundada na admissibilidade a acusação, constitui juízo de suspeita, pautado na comprovação da materialidade delito e em indícios suficientes de autoria, e não juízo de certeza, exigido unicamente para condenação”;

d) necessidade de aplicação do princípio do *in dubio pro societate* à etapa de admissão da acusação no procedimento do Tribunal do Júri;

e) “a competência constitucional do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e o *in dubio pro societate* dela extraído determinam a inaplicabilidade do disposto no §1º do artigo 615 do Código de Processo Penal à fase de pronúncia, especialmente porque, vênua pela insistência, a dúvida (empate de votos) acerca da existência de indícios suficientes acerca da participação do acusado em crime doloso contra a vida resolve-se em favor da coletividade”.

50. A tese trazida pelo recorrente coaduna-se com a orientação do STJ no sentido de que “a decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo a existência do crime e indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que **as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme o mandamento contido no art. 413 do Código Processual Penal**” (REsp 1742172/RS, Rel. Jorge Mussi, DJe 01/02/2019).

51. Assim, a argumentação do recorrente não diverge da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, fixada no sentido de que a etapa atinente à pronúncia é regida pelo princípio *in dubio pro societate* e, via de consequência, estando presentes indícios de materialidade e autoria do delito, o feito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, pena de usurpação de competência.

52. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FEMINICÍDIO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. DISPARO ACIDENTAL. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DE CRIME DOLOSO. SUBMISSÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÃO EM ABSOLUTA CONVERGÊNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. A decisão agravada não destoou da massiva jurisprudência desta Corte, construída no sentido de que ‘*Na fase de pronúncia rege o princípio do in dubio pro societate, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência*’ (AgRg no AREsp n. 1.284.963/PR, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/8/2018, DJe 20/8/2018).

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.759.206/RO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe de 25/09/2018.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE NULIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. POSSIBILIDADE. CORROBORADO POR OUTRO MEIOS DE PROVA. PRONÚNCIA. TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ.

[...]

II - **Na fase de pronúncia rege o princípio do *in dubio pro societate*, em que havendo indícios de autoria e da materialidade do homicídio, deve-se submeter ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência.**

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1.011.574/ES, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe de 19/02/2018.)

53. Frise-se que, nesta fase processual, basta a existência de **indícios** de materialidade e autoria.

54. Como alegado no recurso ministerial a exclusão do julgamento pelo Tribunal do Júri poderá ocorrer somente quando não houver absolutamente nenhum elemento que indique a presença do dolo de matar, direto ou eventual, o que não é a hipótese dos autos.

55. Se assim fosse, aliás, a decisão haveria ocorrido por unanimidade. O empate no julgamento dos embargos infringentes indica, ao contrário, a existência de indícios do crime doloso contra a vida, divergindo os julgadores sobre a existência de culpa consciente ou dolo eventual.

56. Assim, de fato, como exposto no apelo nobre, existindo qualquer indício que aponte no sentido da possibilidade de existência do dolo, deve o acusado ser submetido a julgamento pelo Júri.

57. Na espécie, havendo indícios suficientes para o pronunciamento dos acusados, uma vez que, em caso de dúvida, impera o princípio do *indubio pro societate*, cabe ao Júri Popular o exame da questão. Com efeito, repita-se o entendimento desta Corte Superior: **“as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade”¹**.

1 REsp 1742172/RS, Rel. Jorge Mussi, DJe 01/02/2019.

58. No mesmo sentido, o entendimento do STF:

Penal. Processual Penal. Procedimento dos crimes da competência do Júri. *Idicium acusatōnis. In dubio pro societate*. Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte.

1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos.

2. **Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria.**

3. **A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri.**

4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência.

(...)

7. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 540.999, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 20.6.2008).

59. Ademais, a despeito da previsão legal da prevalência da decisão mais favorável ao réu, constante do art. 615, §1º, parte final, do Código de Processo Penal², deve se observar a necessidade de proceder **interpretação sistemática** do dispositivo, modalidade hermenêutica que visa coordenar a lei interpretada com todo o ordenamento jurídico, notadamente para constatar a função que ela exerce.

60. Nesse sentido, “*é preciso buscar na interpretação sistemática e teleológica da lei, harmonizar os diversos textos normativos vigentes, dando sentido e coerência ao sistema jurídico*”³

61. Com esta premissa, necessário se faz analisar a aplicabilidade ou não desta regra (de decisão mais favorável ao réu em caso de empate, em se

2 Art. 615. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

3 MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio: Legislação Penal Especial, 6ª ed., Atlas, 2002, cap. 4, nº. 15, pág. 149.

tratando de fato, ao menos em tese, passível de caracterizar crime doloso contra a vida), diante do ordenamento jurídico como um todo, que aponta para a incidência de princípio contrário, qual seja, o do *in dubio pro societate*, tendo em vista a fase em que se encontra o processo e a existência de indícios da ocorrência de crime de competência do Tribunal do Júri.

62. Entende-se correta, portanto, a afirmação do recorrente no sentido de que “o órgão fracionário da Corte a quo, ao proclamar, diante do empate de votos havido, resultado mais benéfico aos réus, acabou por contrariar os artigos 74, §1º, e 615, §1º, ambos do Código de Processo Penal, sobretudo porque indevida a repercussão de referida disposição legal (Art. 615, §1º, CPP) na fase do *judicium accusationis*, a qual, repisa-se, é regida pelo princípio do *in dubio pro societate*” (fl. 17.737).

I.III - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. CABIMENTO SOMENTE DIANTE DE INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO À AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI*.

63. Quanto à alegação de negativa de vigência aos arts. 18, inciso I, 121, *caput*, 121 *caput*, c/c art. 14, inciso II, do CP, e arts. 74, §1º, 413, *caput*, e contrariedade ao art. 419, *caput*, do CPP, sua apreciação guarda relação com a lógica argumentativa já exposta acima.

64. Para fins de complementação, vejamos a sentença de pronúncia a fls. 15674/15675, *verbis*:

O Juízo de Acusação destina-se à instrução preliminar do feito, a fim de que o Juiz Togado emita um juízo prévio acerca da natureza dos fatos. A segunda fase do procedimento tem finalidade que se deduz a partir de seu próprio nome: "preparação do processo para julgamento em Plenário". Por fim, a terceira fase, Juízo da Causa, destina-se, efetivamente, ao julgamento do processo pelo Tribunal do Júri.

No caso em testilha, o presente processo encontra-se na fase do Juízo de Acusação.

Imputado a alguém a suposta prática de um crime doloso contra a vida, em tese, a competência para julgar será do Tribunal do Júri.

Contudo, é certo, em alguns casos, após dilação probatória, constata-se claramente a impossibilidade de ser apreciado pelo Júri, por fugir de sua competência.

Por essa razão, a legislação coloca à disposição do Juiz a possibilidade de decidir se o processo e seus supostos autores serão julgados pelo Tribunal do Júri. Isso porque,

A finalidade da existência de uma fase preparatória de formação da culpa, antes que se remeta o caso à apreciação dos jurados, pessoas leigas, recrutadas nos variados segmentos sociais, é evitar o erro judiciário, seja para absolver, seja para condenar. Porém, fundamentalmente, para evitar a condenação equivocada. Afinal, o Estado se comprometeu a evitar o erro judiciário e, não sendo possível, envidará esforços para repará-lo (art. 5Q, LXXV, CF). Por tal motivo, além da garantia fornecida pela inicial persecução penal, consubstanciada, como regra, no inquérito policial, para que se receba, com justa causa, a denúncia ou queixa, exige-se uma instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado.

Em outras palavras, o papel do Magistrado no juízo da acusação é filtrar, à luz do Direito posto na legislação e aprimorado pelo trabalho doutrinário, o que é de competência do Tribunal do Júri.

Processualmente, diz-se que **é o momento em que, obrigatoriamente, o Juiz resolve a questão da admissibilidade ou não da acusação: se admissível, pronuncia-se o(s) réu(s); se de plano não admissível, a depender do que indicarem as provas, pode-se proferir uma decisão de absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação. Nada mais lógico: a instrução preliminar é realizada para identificar a existência, provável e/ou possível de um crime da competência do Tribunal do Júri, afastando acusações infundadas, levianas, temerárias e/ou desprovidas de lastro probatório mínimo.**

65. A acusação, no caso dos autos, não pode ser considerada, de modo algum, desprovida de lastro probatório mínimo. Na espécie, não se tem - nem seria o momento em que se torna exigível -, o juízo de certeza. Há, contudo, indícios do cometimento de crimes dolosos contra a vida, o que autoriza a pronúncia e o prosseguimento do julgamento no Tribunal do Júri, competente para decidir a presente causa.

66. Especificamente quanto à desclassificação pelo acolhimento da tese de inexistência de dolo, esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que **"em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser calcada em prova por demais sólida. No iudicium accusationis, inclusive, a eventual dúvida não favorece o acusado, incidindo, aí, a regra exposta na velha parêmia in dubio pro societate"** (HC 321.354/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 23/08/2016).

67. Verifica-se que, *"consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal"* (AgRg no AREsp 693.045/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 22/09/2015).

68. Ora, segundo Guilherme de Souza Nucci⁴, *"é preciso destacar que o controle judiciário sobre a admissibilidade da acusação necessita ser firme e fundamentado, tornando-se inadequado remeter a julgamento pelo Tribunal do Júri um processo sem qualquer viabilidade de haver condenação do acusado"*. Discorre o doutrinador sobre o tema, *verbis*:

A dúvida razoável, que leva o caso ao júri, é aquela que permite tanto a absolvição quanto a condenação. Assim, não é trabalho do juiz togado "lavar as mãos" no momento de efetuar a pronúncia, declarando, sem qualquer base efetiva em provas, haver dúvida e esta dever ser resolvida em favor da sociedade, remetendo o processo a julgamento pelo Tribunal Popular. Cabe-lhe, isto sim, filtrar o que pode e o que não pode ser avaliado pelos jurados, zelando pelo respeito ao devido processo legal e somente permitindo que siga a julgamento a questão realmente controversa e duvidosa. Esta, afinal, é a função do *judicium accusationis* – fase de instrução – pelo qual passaram as partes, produzindo provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

69. Quanto à desclassificação, Nucci explica que *"o juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal"*. E completa:

Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Páginas 695 e 702.

no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana.

Grifos nossos

70. Veja-se, ainda, dos ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira⁵, que *“não se pode perder de vista que a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, conforme exigência e garantia constitucional. Por isso, **só excepcionalmente é que tal competência poderá ser afastada.** Na fase de pronúncia, o que se faz é unicamente o encaminhamento regular do processo ao órgão jurisdicional competente, **pela inexistência das hipóteses de absolvição sumária e de desclassificação.** Essas duas decisões, como visto, exigem a afirmação judicial de certeza total quanto aos fatos e à autoria – por isso são excepcionais”*.

71. Ainda segundo Pacelli, o afastamento da competência do Tribunal do Júri *“somente é possível por meio de convencimento judicial pleno, ou seja, por meio de juízo de certeza, sempre excepcional nessa fase”*.

72. Assim, havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete à Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal (AgRg no AREsp 965.572/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 19/05/2017).

73. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1588984/GO, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016; AgRg no REsp 1547927/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta

5 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Página 697.

Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 05/11/2015; HC 353.473/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016.

74. Temos, portanto, que **a decisão que desclassifica o delito e modifica a competência do juízo somente deverá ser proferida em caso de crystalina certeza quanto à inoccorrência de quaisquer dos crimes previstos no art. 74, §1º, do CPP, sob pena de ofensa à soberania dos veredictos e à competência do júri para apreciar os crimes dolosos contra a vida** (REsp 1350098 / DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/12/2014).

75. Deste modo, **só se admite a desclassificação da conduta criminosa para delito estranho à competência do Tribunal do Júri, sem usurpação de competência do Conselho de Sentença, se o Juízo da Pronúncia se deparar com provas que evidenciem, sem qualquer esforço de análise das circunstâncias fáticas ou subjetivas, a ausência de dolo caracterizador de crime contra a vida** (Edcl no AgRg no RESP n. 1359451/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 12/6/2013).

76. Assim, conclui-se que o acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, não sendo possível se afirmar que, na hipótese dos autos, houve *“crystalina certeza quanto à inoccorrência de quaisquer dos crimes previstos no art. 74, §1º, do CPP”*, pois, se assim fosse, repita-se, a decisão nos embargos infringentes teria sido proferida por unanimidade, sem qualquer dúvida quanto à existência de dolo, na espécie.

I.IV - COMPATIBILIDADE ENTRE A FORMA TENTADA DO DELITO DE HOMICÍDIO E O DOLO EVENTUAL.

77. Quanto à alegação de negativa de vigência aos arts. 121, *caput*, c/c art. 14, II, e 18, I, do CP, e 413, *caput*, do CPP, e contrariedade ao art. 419, *caput*, também do CPP, aduz inicialmente, o recorrente, que o acórdão recorrido não traz qualquer conclusão explícita sobre a aplicação da tese (de incompatibilidade entre a forma tentada do delito de homicídio e o dolo eventual)

ao caso em exame, “*não se podendo inferir da ementa, dispositivo ou tira de julgamento qualquer indicação de que a argumentação expendida, no ponto, teve força judicante no resultado do julgamento*”.

78. Aponta, também, que a análise dos embargos infringentes deve ficar limitada à matéria objeto de divergência e, “*não tendo havido dissenso entre os julgadores da Primeira Câmara Criminal da Corte a quo sobre a (in)compatibilidade do dolo eventual e a tentativa, tem-se que a menção feita à aludida tese não passou de mero discurso retórico*”.

79. De fato, descaberia a análise da compatibilidade ou não da tentativa com o dolo eventual nos embargos infringentes, pois a matéria não sujeitou-se a divergência na decisão embargada.

80. *Ad argumentandum tantum*, verifica-se que a matéria foi bem fundamentada em sede de recurso em sentido estrito, às fls. 16.678/16.684, *verbis*:

Pese a controvérsia, há boa doutrina a confortar, expressamente, tal compatibilidade. Na referência romano-germânica, matriz de nosso direito penal, entre autores alemães e portugueses, a possibilidade dogmática da figura tentada com dolo eventual parece-me majoritária. Como paradigma, a lição de Figueiredo Dias, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: “Tentativa e dolo eventual. De algum modo no outro extremo se posicionam autores para quem a tentativa é incompatível com o dolo eventual: a decisão criminosa em causa na tentativa só poderia ser imputada ao agente nos quadros do dolo directo, mesmo sob a sua forma mais estrita, a da intenção. A doutrina maioritária, portuguesa e estrangeira, acompanhada de resto pela jurisprudência nacional dominante, não aceita esta restrição. Do nosso ponto de vista, com razão: quer porque a 'decisão' a que se refere a art. 23º-1 não tem de (nem deve) ser entendida em termos diferentes e mais exigentes do que aqueles que valem para qualquer tipo de ilícito doloso, que **exige sempre ser integrado por uma 'decisão', não necessariamente por uma 'intenção'**; quer porque **não existe nenhuma incompatibilidade lógica e dogmática entre o tentar e cometer um facto doloso e a representação da realização apenas como possível, conformando-se o agente com ela; quer porque, decisivamente, estão nestes casos colocadas as mesmas exigências político-criminais, a mesma 'dignidade punitiva' e a mesma 'carência de pena' que justificam a punibilidade de qualquer tentativa (...)** na desistência o agente abandona o dolo do facto, **na tentativa com dolo eventual o dolo persiste, inexistindo por conseguinte aqui qualquer factor susceptível de diminuir a dignidade penal do facto.** Devendo assim concluir-se que, **tal como, em geral, no delito consumado (supra, 132 Cap., § 34 e ss.), na tentativa o dolo pode assumir qualquer uma das suas formas: intencional, necessária ou eventual.**”

(...)

No Brasil, os mais ilustres comentaristas de meados do século XX, da Era Vargas ao período militar, vão na mesma toada. É clássica a posição de Nelson Hungria, acompanhada, por exemplo, por Aníbal Bruno: **"Tentativa e dolo eventual. Do mesmo modo que é conciliável com o dolo de ímpeto, a tentativa também o é 'com o dolo eventual. Este ponto de vista é inquestionável em face de nosso Código, que equiparou o dolo eventual ao dolo direto. Se agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível; é claro que este entra na órbita de sua volição** (veja-se nº 73): logo, 'se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é negável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente improfícua (tentativa branca). Mas, repita-se: **a dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa.**"; "O elemento psicológico-normativo da culpabilidade na tentativa é o dolo. Mas o dolo do crime consumado (...) Dolo direto ou dolo eventual, que valem o mesmo em nosso Direito. Querer o resultado e assumir o risco de produzi-lo se equivalem."

Na redemocratização, a posição continua firme. Para ilustrar, Heleno Cláudio Fragosos: **"Na tentativa, o tipo objetivo é incompleto; o tipo subjetivo é o mesmo exigido para o crime consumado, podendo inclusive ser constituído pelo dolo eventual.** Se este é suficiente para a consumação do crime é também bastante para a tentativa correspondente." Na mesma linha Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: "A tentativa requer sempre o dolo, isto é, o querer do resultado. Não há razão alguma para excluir o dolo eventual da tentativa: há tentativa de homicídio quando se joga uma granada de mão sobre alguém e não se consegue matá-lo, mas, também, quando se lança uma granada de mão contra um prédio, sem preocupação com a possível morte do morador, que dorme próximo à janela." Mais recentemente, e invocando as lições de Nelson Hungria, Cleber Masson (p. 330, reconhecendo o autor a existência de posições pela inadmissibilidade): "Orienta-se a doutrina pelo cabimento da tentativa nos crimes cometidos com dolo eventual, equiparados pelo art. 18, I, do Código Penal, no tocante ao seu tratamento, ao dolo direto. **A dificuldade de prova do início da execução de um crime que não se consuma por circunstâncias alheias ao entendimento do agente é questão de natureza processual, em nada interferindo na tipicidade do fato "**

Para não me alongar, Nucci, que consigna, logo de plano: **"é perfeitamente possível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto"**. Com efeito, (i) o agente pode ingressar no estágio de execução movido pela assunção do risco e não necessariamente por uma vontade clara e direta de atingir o resultado; (ii) o dolo eventual poderia até recair sobre elemento normativo do tipo - na dúvida sobre ser coisa sua ou alheia, o agente assume o risco do furto e, surpreendido nesta atividade (que periclitou o bem jurídico da mesma forma que ocorreria no caso de dolo direto), configurada tentativa de furto; (iii) 'Busca-se, em verdade, transformar a mente humana em algo mais hermético do que efetivamente é. **Há, em nosso entender, zonas cinzentas do querer, totalmente compatíveis com a previsão legal do dolo eventual.** Em outras palavras, é perfeitamente viável a atuação do agente que, buscando determinado resultado, admite como possível a ocorrência de outro, que, embora não desejado diretamente, é assimilado, acolhido, sufragado, ainda que camufladamente."

Nucci exemplifica com o sujeito que desfere vários tiros numa delegacia de polícia, para atemorizar vizinhança e policiais; ele não quer, de forma direta, matar este ou aquele agente (pode nem saber se há algum de plantão), mas assume tal risco: "A representação do resultado morte passa-lhe na mente, ainda que como resultado secundário, admitido no íntimo, ou mesmo

ignorado, quando não deveria sê-lo, o que permite a configuração de uma tentativa de homicídio caso o bem jurídico vida tenha efetivamente corrido risco.”

(...)

Creio que é imprescindível, mormente em face da tutela do bem jurídico vida, provimento prudencial pelo Poder Judiciário, em campo minado pela divergência jurisprudencial e por alguma polêmica doutrinária. Penso, no particular, que **a tentativa recusada a priori significa assumir a existência de um "dolo especial de tentativa", o que nos conduziria ao paradoxo temporal do elemento subjetivo - que está, previamente, orientando a conduta, seja de matar premeditadamente alguém, seja de explorar de modo temerário um clube noturno (ou apresentar-se artisticamente assim), assumindo o risco de mortes em caso de incêndio.**

De um modo ou de outro, o dolo já está lá, orientando a conduta, como decisão pela possível lesão ao bem jurídico vida (Roxin), e não pode, com a devida vênia, ser imputado secundum eventum, isto é, a mesma conduta é considerada homicídio se a vítima morre, mas lesão corporal se o sujeito é socorrido com eficácia, para ilustrar.

Nesta lógica, **o dolo, direto ou eventual, há de ser aferido no momento da conduta e não pode variar em face do resultado que, tantas vezes, é aleatório, como no exemplo da maior ou menor eficácia do resgate médico.** No dolo eventual," nomeadamente em fatos complexos e eventos multitudinários, parece evidente que o resultado - por fatores alheios à vontade do agente - pode variar/flutuar pelas diversas vítimas, ou, sendo uma única vítima, de acordo com circunstâncias tão particulares como a resistência orgânica do sujeito passivo ou a maior ou menor rapidez do socorro. Pondero, todavia, figurando duas vítimas atingidas pela mesma conduta do sujeito ativo, que não faria sentido afirmar que, no mesmo substrato de vida, o agente cometeu dois crimes claramente distintos em termos de tipicidade subjetiva (homicídio e lesão corporal), para o que seria necessário atribuir-lhe vontade bifronte (a ser exercida, pior, antes que se soubesse o que vai acontecer com cada vítima individualizada).

(...)

81. Com efeito. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que se afigura compatível com o dolo eventual a modalidade tentada, mesmo no âmbito do delito de homicídio. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1711927 / SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 15/08/2018; AgInt no REsp 1668017/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/9/2017; HC 308.180/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 20/9/2016; AgRg no REsp 1199947/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 17/12/2012; AgInt no REsp 1668615/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/2/2018.

II - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE MAURO LONDERO HOFFMANN

82. Preenchidos os requisitos legais, deve ser conhecido o agravo em recurso especial, passando-se à análise deste.

83. O recurso especial, interposto com fundamento na alínea “c” do art. 105, III, da Constituição Federal (fls. 17.417/17.446), não foi admitido pela ausência, após o julgamento dos embargos infringentes, de **ratificação** do recurso especial anteriormente interposto (fls. 18.109/18.114).

84. De fato, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a exigência de ratificação do recurso especial prematuramente interposto *“não seria mero formalismo, pois é requisito de admissibilidade do recurso especial o esgotamento das vias ordinárias, que só ocorre após a apreciação dos embargos opostos”* (REsp n. 965.871/SC, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 2/4/2012).

85. A Corte Especial deste Superior Tribunal assentou que cabe ao recorrente, após o julgamento dos embargos infringentes, ratificar os termos do apelo especial anteriormente interposto ou apresentar novo recurso, mesmo em âmbito criminal (AgRg no MS n. 15.445/RS, Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 8/11/2010).

86. A decisão de não admissibilidade do recurso especial ressalta a modificação de entendimento, no sentido de que há o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. Desse modo, acolhidos os embargos infringentes para desclassificar os fatos para outros que não aqueles da competência do Tribunal do Júri, constata-se a alteração que conduz à necessidade de ratificação do recurso especial anteriormente interposto.

87. Nesse sentido, a contraminuta apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, às fls. 18.234/19.235, *verbis*:

Ocorre que, embora ataque o fundamento elencado na decisão monocrática, os argumentos esgrimidos no agravo não abalam a decisão recorrida.

Com efeito, como bem ponderado na decisão agravada, repisando argumentação expendida nas contrarrazões ministeriais, da leitura atenta dos artigos 1.024, §5º, e 1.044, §2º, ambos do Diploma Processual Civil de 2015, percebe-se que somente é dispensável a ratificação recursal quando não alterada a conclusão do julgado em sede de julgamentos dos embargos infringentes ("§5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação. (...) §2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação:)."

No particular, cumpre destacar que, no julgamento da Questão de Ordem suscitada no REsp 1.129.215/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16 de setembro de 2015, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça concluiu que "a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior".

Posteriormente, na sessão de 1º de julho de 2016, a Corte Especial cancelou a Súmula 418, a qual previa a inadmissibilidade do "recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação". Aprovou, entretanto, o enunciado da Súmula n.º 579, segundo a qual "Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior".

A partir de então, tem prevalecido essa orientação. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO CONTRA PARTE UNANIME DE ACÓRDÃO RECORRIDO. EMBARGOS INFRINGENTES DA DEFESA. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NA CONCLUSÃO DO JULGADO EMBARGADO. RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA -BASE. EXASPERAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE CAUSAS DE AUMENTO SOBEJANTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência da Corte evoluiu no sentido de que a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior (AgRg nos EAREsp 300.967/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 20/11/2015).

2. Admite-se a valoração de majorantes sobejantes, não utilizadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1663124/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

Assim, considerando que houve alteração do julgado após a interposição do recurso especial pelo recorrente, imperativa era a ratificação da insurgência para que pudesse ser conhecida. Não se preocupando a defesa com tal perspectiva, o não conhecimento de sua irresignação especial era, efetivamente, o único caminho a ser trilhado.

88. Alega-se, ainda, que *“o Recurso Especial tratou da situação relativa à possibilidade de absolvição do acusado, por ausência de dolo ou culpa, sendo indevida sua responsabilização a qualquer título penal, ao passo que o objeto dos embargos infringentes, em razão da limitação da divergência do voto minoritário, dizia respeito apenas às hipóteses de responsabilização de dolo ou culpa, não sendo possível, na via daqueles infringentes, tratar a ausência de responsabilização penal, tese defendida pelos recorrentes”*.

89. Observa-se, contudo, que, apesar de serem diferentes os pedidos no recurso especial e nos embargos infringentes, a matéria aduzida no apelo nobre foi analisada pelo tribunal de origem no julgamento dos embargos.

90. Ao analisar a possibilidade de desclassificação da conduta por ausência de dolo, com reconhecimento da culpa consciente, o tribunal *a quo*, no julgamento dos embargos infringentes, afirmou que *“há prova suficiente nos dois sentidos discutidos neste processo: ou os acusados agiram com culpa ou com dolo eventual”* (fl. 17.612). Afastada, portanto, a tese de absolvição em razão de alegada ocorrência de responsabilidade objetiva (sem dolo ou culpa).

91. Extrai-se, ainda, da decisão, à fl. 17.621, o entendimento de que *“o somatório de tais condutas à evidência ensejou o resultado, o que, por si só, não enseja a conclusão de que tal resultado foi previsto pelos agentes, senão a de que deveriam esses tê-lo previsto, com o que deixaram de observar dever objetivo de cuidado, situando-se a conduta na esfera da culpa, tão-somente”*. Assim, ainda que indiretamente, a tese arguida no recurso especial foi tratada no julgamento dos embargos infringentes, sendo pois reconhecida, no mínimo, a ocorrência da culpa na prática das condutas.

92. Logo, na espécie, impõe-se reconhecer não afastada a necessidade da exigência de ratificação do recurso antes interposto, porquanto alterado o resultado do julgamento em face dos embargos infringentes opostos concomitantemente ao apelo nobre. Era, portanto, de rigor o não conhecimento do recurso especial.

93. Ademais, o recurso especial encontra óbice ao conhecimento, também, na **ausência de demonstração da divergência jurisprudencial**.

94. Para se comprovar o dissídio jurisprudencial suscitado no recurso especial deve haver o adequado e necessário cotejo analítico entre as decisões apresentadas como paradigmas e o caso em questão, nos moldes regimentais e jurisprudenciais hodiernamente exigidos por essa Augusta Corte Superior de Justiça, o que não foi realizado pelo recorrente, impedindo, portanto, o conhecimento do apelo especial.

95. É entendimento pacífico do STJ que a parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas, como ocorre no caso sob análise.

96. Evidenciada, portanto, a ausência de satisfatória comprovação da similitude fática entre a decisão ora impugnada e a paradigma, não deveria ser admitido o recurso especial, também, por esse argumento.

97. Quanto à alegada **violação dos arts. 155 e 413 do Código de Processo Penal**, aduz-se no recurso especial que *“o acórdão recorrido agarrou-se unicamente a elementos produzidos na fase inquisitorial, porquanto nem minimamente renovados em juízo”* (fl. 17.442).

98. É ver que o tribunal de origem, com base nas provas constantes dos autos, concluiu que *“o voto majoritário debruçou-se sobre **toda a prova oral carregada aos autos, cotejando-a com outros elementos colhidos ao longo da instrução e, fundamentadamente, entendeu pela presença de indícios suficientes de sua autoria nos fatos descritos na denúncia, nos exatos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Presença de elementos colhidos no curso do inquérito que, ainda que parcialmente, foram endossados pela prova judicializada, conforme constou do aresto embargado. Ausência de elementos concretos que descredibilizem os depoimentos colhidos perante a autoridade policial”*** (fl. 16.796), de modo que a reforma do entendimento demandaria, necessariamente, a análise de conjunto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial (por incidência da Súmula 7/STJ).

99. Ademais, apontou o tribunal *a quo* que “o alcance do art. 155 do Código de Processo Penal é limitado pela jurisprudência dos tribunais superiores nos procedimentos do Tribunal do Júri. Certo que, salvo situações escancaradas de falso testemunho, manipulação, distorção ou coação, não se tem, para efeitos de pronúncia, como fazer preponderar, necessariamente, a nuance que exsurge em juízo, cabendo aos Jurados escolher, dentre as diversas camadas narrativas que se sedimentam nos autos, aquelas que fazem melhor sentido de acordo com sua pauta normativa e com o contexto geral que avaliam”.

100. Com efeito. A orientação jurisprudencial é no sentido de que a decisão de pronúncia comporta juízo de admissibilidade da acusação, para o qual devem concorrer a prova da existência do fato (materialidade) e os indícios acerca da autoria ou participação do agente, consoante dispõe o art. 413 do CPP. Constitui a pronúncia, portanto, juízo fundado de suspeita, que apenas e tão somente admite a acusação. Não profere juízo de certeza, necessário para a condenação, motivo pelo qual o óbice do art. 155 do CPP não se aplica à referida decisão.

101. Demais disso, essa Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que é possível admitir a pronúncia do acusado com base em indícios derivados do inquérito policial, sem que isso represente afronta ao art. 155 do CPP. Nesse sentido: *HC 435977/RS*, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 24/5/2018; *HC 362.113/RS*, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 23/09/2016; *HC 314.454/SC*, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 17/02/2017; *HC 320.535/DF*, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 26/09/2016; *AgRg no AREsp 422.032/MG*, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23/8/2017; *AgRg no AREsp n. 683.010/ES*, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/8/2015; *AgRg no REsp 1202124/RS*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 01/10/2012.

102. Assim, tem-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, portanto, a

incidência da Súmula nº 83/STJ, segundo a qual *“não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”*.

103. Importante esclarecer, por fim, que *“a Súmula 83 não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea 'c' do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea 'a”* (AgRg no Ag 1.151.950/DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 29/4/2011).

104. Ante o exposto, opina este Órgão Ministerial pelo conhecimento do agravo para não conhecer do recurso especial interposto por Mauro Londero Hoffmann.

III - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DE ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR

105. O agravo em recurso especial interposto por Elissandro Callegaro Spohr não merece ser integralmente conhecido, visto que o agravante não refutou, de forma clara e suficiente, os fundamentos do *decisum* agravado, o que faz incidir, no caso, a Súmula nº 182/STJ.

106. É o entendimento dessa Colenda Corte Superior que *“a impugnação à decisão deve ser clara e suficiente a demonstrar o equívoco na sua negativa, não bastando aduzir a inaplicabilidade dos óbices sumulares, devendo ser esclarecida, por exemplo, a desarmonia do julgado com a jurisprudência da Corte Superior ou ainda a desnecessidade de uma incursão na seara probatória”* (AgRg no AREsp nº 425.292/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/09/2014).

107. Alegou-se no recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, a, da CF, negativa de vigência aos arts. 31, 41, 201, 222, 268, 381, III, 411 e 619, do Código de Processo Penal, bem como contrariedade ao art. 1º, do Pacto de São José da Costa Rica e ao art. 5º, LIV, da Constituição da República.

108. O recurso foi inadmitido sob entendimento de que incidentes os enunciados das Súmulas nºs 83/STJ e 283/STF.

109. É ver, porém, que no tocante à nulidade da inquirição de testemunhas pelo Juiz titular da Vara Criminal da Comarca deprecante, com ofensa ao princípio do juiz natural, ocasião em que o TJ/RS invocou a aplicação da Súmula nº 283/STJ, o agravante limitou-se a reafirmar o quanto posto inicialmente no recurso especial, no sentido de que “*NÃO HÁ, EM LEI, PREVISÃO PARA QUE O JUÍZO DEPRECANTE VIAJE PARA INÚMEROS MUNICÍPIOS E REALIZE AS AUDIÊNCIAS QUE CABERIAM AO JUÍZO DEPRECADO*” (e-STJ fl. 18167).

110. Desse modo, claro está que a Defesa não infirmou, no ponto, os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial interposto, pelo que o agravo não merece conhecimento.

111. Vale registrar, ainda, que a **nulidade por afronta aos arts. 201 e 411, do CPP**, a despeito da mudança de contexto alegada pela Defesa, já foi impugnada através do **RHC nº 40.587/RS**, no qual Elissandro figurou como recorrente, postulando, dentre outros, a oitiva de todos os ofendidos e informantes indicados pela Defesa nos autos da ação penal, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa – pleito idêntico ao formulado no recurso especial.

112. Em 1º de setembro de 2015, a Col. Sexta Turma negou provimento ao recurso, consoante decisão assim ementada:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. INCÊNDIO NA BOATE KISS. ART. 121, § 2º, I E III, (241 VEZES) E ART. 121, § 2º, I, C/C O ART. 14, II (636 VEZES), TODOS DO CÓDIGO PENAL. OITIVA DE TODAS AS VÍTIMAS. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA DENÚNCIA SEM ADITAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. OITIVA DE INFORMANTES. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. DENÚNCIA EXTEMPORÂNEA. EXTENSA INVESTIGAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE. EXCLUSÃO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Muito embora o art. 201 do CPP tenha previsto que o ofendido será ouvido sempre que possível, a oitiva de todas as vítimas não é prova imprescindível para a condenação. O processo penal brasileiro pauta-se pelo princípio do

livre convencimento motivado, podendo o magistrado fazer livre apreciação da prova, desde que apresente de forma clara as suas razões de decidir.

2. Na hipótese, além de não ser necessária a oitiva das 636 vítimas, a adoção dessa medida traria grave prejuízo não só à marcha processual, como também à regular tramitação dos demais feitos de que se ocupa a Vara de origem.

3. Ainda que, em razão de erro material, tenha ocorrido modificação na denúncia – com a retirada do nome de Bruna Caponi do rol de vítimas fatais, e sua inclusão entre as vítimas sobreviventes, além da inclusão da vítima fatal Thailan de Oliveira, confundida com outra vítima fatal (Thailan Rehbein) –, tal retificação não implicou alteração substancial da denúncia, uma vez que os fatos imputados aos acusados permaneceram os mesmos.

4. Não há previsão legal, no rito do Tribunal do Júri, para oitiva de informantes, nada obstante a que – como ocorreu na espécie – o Juízo consigne que os informantes, se necessário, serão ouvidos como testemunhas do júri.

5. A jurisprudência desta Corte já assentou que o prazo previsto no art. 46 do Código de Processo Penal é impróprio, o que significa dizer que, excepcionalmente, admite-se que sofra sensível dilação, desde que o atraso esteja devidamente justificado. Por se tratar de feito complexo, com extenso inquérito policial, mostra-se extremamente razoável o atraso de 1 dia para o oferecimento da denúncia.

6. A consequência legal para o atraso no oferecimento da denúncia seria, quando muito, a abertura de prazo para a propositura de ação penal privada subsidiária da pública e não o indeferimento do rol de testemunhas apresentado.

7. Recurso não provido.

113. O agravo, neste particular, pois, também não deve ser conhecido, por reiterativo.

114. Noutra vertente, o agravante sustenta, no recurso especial, que o v. acórdão recorrido, ao afastar a arguição de **inépcia da denúncia, teria violado o art. 41, do CPP.**

115. Compulsando-se os autos, verifica-se que a alegada inépcia da denúncia foi enfrentada no julgamento do **HC nº 70054351861**, pela Primeira Câmara Criminal, relator o Des. Manuel José Martinez Lucas, publicado no DJ 5101 18/06/13, oportunidade em que o TJ/RS entendeu que, diante do elevado número de vítimas, não é inepta a denúncia que descreve de forma global os fatos ocorridos, sendo despicienda a repetição da narrativa para cada ofendido individualmente, *verbis*:

(...)

4. O que, na verdade, particulariza a denúncia no caso vertente - e aí reside a inconformidade do impetrante - é a circunstância de que, ao contrário do que é feito usualmente, não houve a descrição de cada

fato alegadamente delituoso em relação a cada uma das vítimas, mas a descrição global dos fatos, com todas as vítimas, mortas e feridas, arroladas no já mencionado Anexo I.

Trata-se efetivamente de forma não habitual de narrativa dos fatos delituosos, mas que, a meu juízo, longe está de tornar inepta a denúncia, além de ser plenamente justificada, diante das peculiaridades do episódio ali relatado.

De início, é de observar-se que o art. 41 do Código de Processo Penal, como já se viu, não faz qualquer alusão à vítima, o que é razoável, porque inúmeros delitos sequer têm vítima determinada, como, por exemplo, o tráfico de drogas e o porte ilegal de arma de fogo, para ficar apenas no âmbito da competência desta Câmara Criminal.

Daí se extrai que, havendo duas ou mais vítimas, não há imposição legal de que, em relação a cada uma delas, haja a descrição do fato, especialmente quando as condutas e os resultados forem idênticos, como ocorre na hipótese presente.

Ora, sendo gigantesco o número de vítimas consideradas pelos Drs. Promotores de Justiça - 241 mortos e 636 feridos - e estando as condutas dos réus devidamente especificadas na peça preambular e apontadas como causadoras daqueles múltiplos resultados danosos, somente um formalismo estéril e anacrônico poderia justificar a exigência de que toda aquela descrição fosse repetida *ipsis litteris* 877 vezes, tornando interminável a peça acusatória inicial.

Aliás, se se admite, conforme iterativa jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, que, havendo pluralidade de agentes e não se podendo individualizar precisamente a conduta de cada um, a denúncia possa conter narrativa genérica, com muito mais razão, havendo pluralidade de vítimas e sendo idêntica a conduta delituosa, se há de admitir uma descrição que prefiro chamar de global, e não genérica, como faz o douto impetrante.

É certo que impressiona a situação daquelas vítimas pinçadas pelo impetrante (Leonardo de Lima Machado, Vinicius Montardo Rosado, Rafael de Oliveira Dorneles, Rodrigo Rizzi, Guilherme Ferreira da Luz, Eduardo Buriol de Oliveira) que, segundo se apurou, saíram da boate e a ela retornaram, com o nobre intuito de salvar vidas, e que, por desgraça, acabaram sucumbindo ao fogo e à fumaça tóxica, e também de pessoas arroladas como vítimas para depor e que não constam da relação de vítimas do Anexo I.

Em relação a esses ofendidos, são pertinentes as indagações formuladas na presente impetração. Trata-se, porém, a meu juízo, de questões de fato, que serão examinadas no juízo processante, no momento oportuno, não constituindo causa de inépcia da inicial, nem podendo ser examinadas na via estreita do *habeas corpus*.

116. Com efeito. A denúncia não precisa expor, pormenorizadamente, todos os fatos delituosos, mas sim trazer à apreciação do Poder Judiciário os apontamentos pertinentes e suficientes para o início da instrução criminal. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia que descreve os fatos supostamente

imputados aos acusados com as circunstâncias que lhes permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, como se observa na presente hipótese (e-STJ fls. 3/13):

“1) Homicídios consumados e tentados:

No dia 27 de janeiro de 2013, por volta das 03h15min, na Rua dos Andradas, nº 1.925, Bairro Centro, em Santa Maria, nas dependências da boate Kiss, os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO, em conjunção de esforços e com ânimos convergentes, **mataram** as pessoas nominadas no ANEXO 1 (clientes e funcionários da boate), causando-lhes as lesões descritas nos respectivos autos de necropsia, os quais consignam morte por asfixia por inalação de gases tóxicos (monóxido de carbono e cianeto) e queimaduras.

Nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução descritas acima, os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO **deram início ao ato de matar** as vítimas relacionadas no ANEXO I (nºs 242 a 877, no mínimo), o que não se consumou por circunstâncias alheias aos atos voluntários que praticaram, pois as vítimas sobreviventes conseguiram sair ou foram retiradas com vida da boate, sendo submetidas, outras tantas, a tratamento médico eficaz.

Na ocasião, durante uma festa de universitários denominada "Agromerados", houve a realização do show da banda "Gurizada Fandanguera", tendo todos os denunciados concorrido, conforme adiante descrito, para a utilização de um fogo de artifício identificado como "Chuva de Prata 6" (laudo pericial nº 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5836 a 5840), cujas centelhas entraram em contato com a espuma altamente inflamável (laudo pericial nº 15209/2013, fls. 5685 a 5692 do anexo XXVI) que revestia parcialmente paredes e teto do estabelecimento, principalmente junto ao palco, desencadeando fogo e emissão de gases tóxicos, que foram inalados pelas vítimas, as quais não conseguiram sair do prédio a tempo em razão das péssimas condições de segurança e evacuação do local, acabando intoxicadas pela fumaça.

As vítimas foram surpreendidas pelo fogo em seu momento de diversão, sem saber que estavam dentro de um verdadeiro "labirinto", pois a boate dispunha de uma única porta, não apresentava saída adequada ou sinalização de emergência, sendo que a disposição das paredes e das grades supostamente orientadoras de fluxo formaram "bretes" que inviabilizaram a evacuação, ficando as vítimas sem saber para onde fugir, muitas delas acabando por ingressar em um dos banheiros, de onde não puderam escapar, por confundi-lo com uma possível saída.

1.1) Individualização das condutas:

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

(...)

1.2) O dolo eventual:

Os denunciados ELISSANDRO, MAURO, MARCELO e LUCIANO AUGUSTO assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal, a saber:

a) o fogo de artifício era sabidamente inapropriado para o local, pois se destinava a uso externo (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5836 a 5840);

b) o ambiente também era visivelmente inapropriado para shows desse tipo, pois, além de conter madeira e cortinas de tecido (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5819), a espuma usada como revestimento do palco era altamente inflamável e tóxica, sem qualquer tratamento antichama (laudo pericial n° 15209/2013, fls. 5685 a 5692 do anexo XXVI);

c) apesar dessas condições, o fogo de artifício foi acionado no palco, perto das cortinas e a poucos centímetros da espuma que revestia o teto (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5910 e 5916);

d) consoante imagens, testemunhas e somatório do número de vítimas, a boate estava superlotada, com número de pessoas bem superior à capacidade pericialmente apurada (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fl. 5914);

e) a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência adequada (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5911 e 5912);

f) a única saída disponível apresentava dimensões insuficientes para dar vazão às pessoas;

g) a única saída disponível estava obstruída por obstáculos de metal do tipo guarda-corpo que restringiam significativamente a passagem (laudo pericial n° 12268/2013, fls. 5757 a 5918 do anexo XXVII do IP, mais especificamente fls. 5896, 5897 e 5901);

h) os funcionários da boate não tinham treinamento para situações de emergência) os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo, cumprindo ordem prévia e geral dos proprietários ora denunciados, em razão do não pagamento da despesa;

j) os exaustores estavam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica, que acabou direcionando-se para a saída, justamente onde as pessoas se aglomeraram para tentar deixar o prédio.

1.3) Qualificadoras:

Os crimes foram cometidos mediante **meio cruel**, haja vista o emprego de fogo e a produção de asfixia nas vítimas.

Os crimes foram praticados por **motivo torpe**, ganância, pois ELISSANDRO e MAURO, além de economizarem com a utilização de espuma inadequada como revestimento acústico e não investirem em segurança contra fogo, também lucraram com a superlotação do estabelecimento, chegando a desligar o sistema de ar condicionado para aumentar o consumo de bebidas; também por ganância, MARCELO e LUCIANO adquiriram o fogo de artifício indicado para uso externo (cerca de R\$ 2,50), por ser bem mais barato que o indicado para uso em ambientes internos (cerca de R\$ 50,00).

(...)

2) Crimes conexos:

(...)

3) CAPITULAÇÃO LEGAL:

Assim agindo, os denunciados incorreram:

a) **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, MAURO LONDERO HOFFMANN, MARCELO DE JESUS DOS SANTOS e LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO** 241 vezes nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, e no mínimo 636 vezes (n2 de sobreviventes identificados) nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, na forma dos arts. 14, inc. II, 29, caput, e 70, primeira parte, todos do Código Penal;
(...)"

117. Aliás, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “o *simples fato de o órgão ministerial não haver especificado o nome de cada uma das vítimas não enseja a inépcia da vestibular, uma vez que tal informação pode ser extraída das peças processuais que instruem o procedimento inquisitorial, bem como aditados à inicial até a prolação de sentença, nos termos do artigo 569 do Código de Processo Penal*” (HC 415.288/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 09/11/2017).

118. Quanto à alegada **violação aos arts. 31 e 268, ambos do CPP**, melhor sorte não socorre ao agravante.

119. Alegou-se, no recurso especial, que o Código de Processo Penal “*é expresso na determinação das pessoas que podem ingressar nos autos com pedido de habilitação e, dentre essas, não consta a possibilidade de pessoa jurídica, sendo inadmissível a homologação de pedido por um ente não relacionado na Lei Processual Penal*”. Ressaltou-se, ainda, que a Associação de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria “*sequer pode representar as vítimas das tentativas de homicídio (sobreviventes), por expressa previsão do art. 268, parte final, do CPP*” (fl. 17.321).

120. Pois bem. No tocante à possibilidade de habilitação da pessoa jurídica Associação de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria, tal matéria foi decidida pela Primeira Câmara Criminal do TJ/RS, nos autos da **Correição Parcial nº 70054289947**, em acórdão sintetizado na seguinte ementa:

CORREIÇÃO PARCIAL. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ADMISSÃO DA ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE

SANTA MARIA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA MEDIDA. DESACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COMO ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EMBORA NÃO MENCIONADA NO ROL DOS ARTS. 268 E 31 DO CPP. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. Admite-se a correção parcial como sucedâneo recursal na hipótese de decisão interlocutória que não comporta recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581 do CPP. Por outro lado, o art. 273 do mesmo diploma, de duvidosa constitucionalidade, ao menos em face da atual Carta Magna, admite temperamentos, como o mandado de segurança em caso de indeferimento da habilitação do assistente da acusação e a correção parcial na hipótese de exclusão do assistente já habilitado. No mérito, não obstante o disposto nos arts. 268 e 31 do CPP, **é razoável a admissão da associação formada entre os familiares das vítimas e os sobreviventes da tragédia da boate Kiss como assistente da acusação, mesmo porque tal pessoa jurídica representa exatamente as pessoas previstas naqueles dispositivos legais, além de que seria inviável exigir-se a habilitação individual de todos os ofendidos sobreviventes e familiares de todos os mortos.** Preliminar rejeitada. Correção parcial indeferida. (Correção Parcial Nº 70054289947, Primeira Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 08/05/2013 - grifos nossos)

121. O entendimento não merece reparo. Com efeito, se é certo, do ponto de vista estritamente legal, que a lei processual não prevê a admissão, como assistente da acusação, de pessoa - física ou jurídica - que não guarde com a vítima aquela relação próxima de parentesco, parece razoável, como bem asseverou o TJ/RS, a ideia de se ampliar as hipóteses legais e admitir a referida entidade como assistente do Ministério Público, sobretudo quando a denúncia arrola 877 vítimas, sendo praticamente inviável exigir-se a habilitação de cada ofendido e de cada familiar das vítimas falecidas.

122. Demais disso, em que pesem as divergências dentro da própria Corte, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que, *“na interpretação do referido dispositivo, deve-se tomar em consideração principalmente a finalidade da intervenção, devendo o instituto processual ser tratado como expressão do Estado Democrático de Direito e até mesmo como modalidade de controle - complementar àquele exercido pelo Poder Judiciário - da função acusatória atribuída privativamente ao Ministério Público”*. Há, portanto, que *“se mitigar o rigor na análise da presença do interesse jurídico que autorize a assistência, afastando-se a exigência consistente na absoluta vinculação entre a pretensão do interveniente e o objeto jurídico do tipo penal imputado na*

denúncia, uma vez que, diante de certas peculiaridades do caso concreto, interesses jurídicos podem assumir caráter metaindividual e, pulverizados sobre as relações que permeiam o núcleo da demanda, carecer de proteção jurídica igualmente legítima” (RMS 43.227/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 07/12/2015).

123. Cumpre destacar, por fim, que alguns doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, reputam admissível o ingresso de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, como assistentes de acusação, diante do interesse público que, por trás delas, está presente, uma vez que, na legislação atual, encontram-se precedentes nos quais a assistência por pessoas jurídicas está expressamente prevista - Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); e nos processos para apurar a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, em que é permitida a intervenção pública como assistente, nos termos do art. 2º, §1º, do Decreto-Lei nº 201/67.

124. De outro giro, quanto à **nulidade por perda da chance de realização de prova substancial mediante o uso equivocado da ferramenta *per relationem***, observa-se que o TJ/RS, quando do julgamento dos recursos em sentido estrito interpostos pelos denunciados Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Luciano Augusto Bonilha Leão e Marcelo de Jesus dos Santos, assim se manifestou (fls. 16.608/16.610):

4. Quarta prefacial. Nulidade absoluta do processo por perda da chance de realização de prova substancial.

A respeito dessa questão, valho-me, mais uma vez, e agora integralmente, do douto parecer do Dr. Procurador de Justiça, cujos fundamentos, por imelhoráveis, adoto como razões de decidir, passando a transcrevê-los:

(..)

Quanto ao suposto cerceamento de defesa ocorrido durante o cumprimento de carta precatória na Comarca do Rio de Janeiro, não há demonstração de prejuízo a ensejar a nulidade arguida.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a testemunha Walter Vilar foi devidamente inquirida, conforme fls. 1209/12811.

Por outro lado, a recusa ao adiamento da audiência não causou prejuízo à defesa, pois o réu Elissandro conta com pelo menos dois defensores atuantes no feito - os mesmos que subscrevem as razões recursais. Assim, ainda que um deles tivesse outra audiência no mesmo dia, não haveria impedimento para o comparecimento do outro à solenidade no juízo deprecado.

Aliás, conforme se verifica da fl. 12809, a defesa de fato compareceu àquela comarca para a oitiva da testemunha, mas acabou se retirando do recinto do Foro devido ao atraso da magistrada, a fim de não "perder a passagem aérea e ainda ter que se desdobrar atrás de hotel" (conforme memoriais da fl. 13987).

Sobre o incidente, transcrevo, por oportuno, aquilo que consta da ata de audiência:

"Certifico e dou fé que, com relação à petição do Advogado do primeiro denunciado (Elissandro Callegado Spohr), Dr. Jader Marques (OAB/RS 39.144), impõe-se esclarecer o seguinte: 1) a MMa. Juíza Auxiliar, Dra. Viviane Ramos de Farias, ingressou no recinto da audiência precisamente às 13:50 horas, sendo que informada que o referido causídico já se retirara; 2) Caso a MMa. Juíza Auxiliar não pudesse comparecer, a audiência seria realizada assim mesmo, já que o MM. Juiz Titular, Dr. Jorge Luiz Le Cocq D'Oliveira, encontrava-se, desde cedo, em seu gabinete; 3) A ausência daquele causídico só foi constatada porque o mesmo recolheu discretamente a sua carteira da OAB/RS (que havia sido entregue a esse Secretário) e não comunicou a nenhum servidor que iria retirar-se; 4) Se realmente existiu a informação prestada pelo Dr. Defensor Público, no sentido de que "não haveria a presença do segundo Defensor", a mesma não se revestia de caráter oficial e não impedia a realização do ato processual, já que advogados dativos poderiam ser nomeados. 5) O Dr. Lonas Stecca (OAB/RS 81501), Advogado da Assistência do Ministério Público recebeu ligação telefônica realizada pelo Dr. Jader Marques, às 14:45 horas, afirmando que não poderia retornar, pois já estava próximo do aeroporto, causando estranheza, já que sua petição foi protocolizada às 14:43 horas"

De qualquer forma, as intercorrências havidas naquela comarca e

o possível tratamento desrespeitoso recebido pelos advogados, não podem ser atribuídas ao juízo.

Parece lógico, todavia, que se a testemunha pretendida era tão importante para a defesa, o atraso da juíza poderia ter sido tolerado em prol do objetivo maior, com a posterior adoção da providências cabíveis, como a reclamação dos defensores à Corregedoria da Justiça daquele Estado.

E nesse cenário, não pode agora a parte alegar nulidade para a qual tenha dado causa ou concorrido, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal.

(...)

Não é preciso dizer mais para concluir-se pela rejeição de mais essa preliminar.

125. Aduziu-se, no recurso especial, que seria nula, por falta de fundamentação, a decisão que simplesmente se reportou a parecer ministerial, não acrescentando qualquer elemento decisório, sobretudo porque naquela audiência seria ouvida testemunha importante para a sua defesa.

126. A irresignação, todavia, não merece prosperar. A uma, porque é pacífico o entendimento nas Cortes Superiores de que *“não caracteriza ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal, a decisão que adota como razões de decidir os fundamentos lançados no parecer do Ministério Público”* (AgRg no RHC 100.942/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 04/12/2018), certo, ainda, que *“a fundamentação **per relacionem** constitui medida de economia processual e não malferre os princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões”* (Resp 1.443.593/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/06/2015). A duas, porque a a aludida testemunha foi devidamente ouvida. E a três, porque o princípio *pas de nullité sans grief* impõe a manutenção de atos que, não obstante praticados em desacordo com formalidades legais, atingem sua finalidade, de maneira que o reconhecimento de eventual nulidade implica a efetiva demonstração de prejuízo sofrido pela parte.

127. Cumpre esclarecer, por fim, que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que não está o Magistrado obrigado a refutar uma a uma as teses defensivas, não havendo que se falar em falta de fundamentação ou em ofensa ao art. 93, IX, da CF, se suficientes os argumentos utilizados para dar suporte à decisão.

128. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial em tela.

129. Por fim, diante da elevada gravidade e magnitude da tragédia de que tratam os autos, que se somam a outras que tão caro custam ao país, em

vidas humanas, este membro do Ministério Público pede venia para fazer breves e derradeiras reflexões.

130. O Salmo 133 da Bíblia, que fala acerca da virtude da vida em comunidade, cuida da bem aventurança da fraternidade e fala do orvalho que desce sobre os montes de Sião, dispondo, em enaltecimento ao viver gregário contextualizado no texto, que é ali que: “*o Senhor ordena a benção e a vida para sempre*”.

131. Em tal sentido de ideias, as circunstâncias em que ocorrida a tragédia que ora se avalia inquieta a alma, porquanto demonstra o descuro da observância de cuidados mínimos e o menoscabo da precaução na condução dos negócios privados, aviltando a dádiva do viver comum e a preocupação com o próximo que tal grandeza representa.

132. Com efeito, observamos hodiernamente, perplexos e cheios de tristeza, a repetição de tragédias, e quem tem o dever de evitá-las, pouco ou nada faz para as impedir.

133. Brumadinho ontem, hoje o alojamento dos jovens atletas no Rio de Janeiro, onde, aliás, as árvores caem, porque não são podadas, e o lixo, que é jogado e deixado nas ruas, obstrui bueiros e vai contribuir para o entupimento das galerias de águas pluviais, sujeitando a perigo de morte sobretudo a comunidade carente, levando, como consequência, à evitável perda de vidas humanas.

134. Evidencia-se, pois, atual a poesia de Castro Alves, quando, em seus versos tão profundos, na obra *Vozes d'África*, indaga: “*Deus! ó Deus! Onde estás que não respondes? Em que mundo, em qu'estrela tu t'escondes? Embuçado nos céus? Há dois mil anos te mandei meu grito, Que embalde desde então corre o infinito... Onde estás, Senhor Deus?*”

135. Não obstante, em meio a tanto descaso, é mister reconhecer que os órgãos auxiliares e o Ministério Público têm contribuído para que o Poder Judiciário aplique a lei, distribua e faça justiça.

136. Este órgão do MPF dá esse testemunho de reconhecimento público pelo empenho do *Parquet* e do Judiciário gaúcho, os quais, por sua dedicação, honram o Estado e o país.

137. Um dia perguntaram ao poeta Mário Quintana de onde ele vinha e ele respondeu: “*Venho do meu amado Rio Grande, onde o vento açoita a face*”. **Que o vento das terras gaúchas enxugue as lágrimas dos que choram por tantos mortos face a tragédia da Boate Kiss...**

Ante o exposto, opina este Órgão Ministerial pelo **conhecimento e provimento dos recursos especiais** interpostos pelo **Ministério Público** e pela **Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM)**, a fim de possibilitar o prosseguimento do processamento do feito no juízo natural – Tribunal do Júri –, constitucionalmente competente para julgamento; e pelo **conhecimento do agravo** interposto por **MAURO LONDERO HOFFMANN**, e **conhecimento parcial** do interposto por **ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR**, para **não conhecer de ambos recursos especiais**.

Brasília/DF, 14 de fevereiro de 2019.

ALCIDES MARTINS
Subprocurador-Geral da República

JV/RF/MM/DV/AL

52/52