



O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE

THE KISS NIGHTCLUB CASE: EVENTUAL DOLO X CONSCIOUS GUILT

EL CASO DEL CLUB NOCTURNO KISS: INTENCIÓN EVENTUAL X FALLA CONSCIENTE

Ianna Maria Lúcia Barbosa Xavier¹, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo¹, Juliano de Oliveira Leonel¹

e3122366

<https://doi.org/10.47820/recima21.v3i12.2366>

PUBLICADO: 12/2022

RESUMO

É indubitável que o incêndio ocorrido em 2013, na boate *Kiss*, foi uma das tragédias mais marcantes na sociedade brasileira. E, após anos de trâmites processuais, apenas no final do ano de 2021 foi proferida a sentença condenatória. Nesse sentido, o presente artigo tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo do dolo eventual e da culpa consciente no caso da sentença condenatória no incidente da boate *Kiss*, haja vista que os réus foram condenados por homicídio doloso eventual. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida, no caso da boate *Kiss*, a denúncia e a condenação por homicídio doloso eventual violaram a moderna dogmática penal no que tange a distinção entre culpa consciente e dolo eventual? Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho, com o intuito de analisar se, no caso da boate *Kiss*, o enquadramento da denúncia do homicídio doloso contrariou a moderna dogmática penal, por não ter sido aplicada a culpa consciente. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Boate *Kiss*. Incêndio. Dolo eventual. Culpa consciente.

ABSTRACT

There is no doubt that the fire that occurred in 2013 at kiss nightclub was one of the most striking tragedies in Brazilian society. And after years of procedural procedures, only at the end of 2021 was the sentencing handed down. In this sense, this article has relevance in the national context, since it returns to the study of eventual intent and conscious guilt in the case of the sentence condemning in the incident of kiss nightclub, since the defendants were convicted of eventual intentional homicide. There is a research problem: to what extent, in the case of kiss nightclub, the complaint and conviction for eventual intentional homicide violated the modern criminal dogmatics with regard to the distinction between conscious guilt and eventual intent? Thus, the objective was to do a work, with the aim of analyzing whether, in the case of kiss nightclub, the framing of the complaint of intentional homicide contradicted the modern criminal dogmatic, because conscious guilt was not applied. As for the means, the research was bibliographic, because the theoretical-methodological foundation is necessary for this work.

KEYWORDS: Kiss Nigthclub. Fire. Guilt. Intent.

RESUMEN

No hay duda de que el incendio ocurrido en 2013 en el club nocturno Kiss fue una de las tragedias más llamativas de la sociedad brasileña. Y después de años de procedimientos procesales, solo a fines de 2021 se dictó la sentencia. En este sentido, este artículo tiene relevancia en el contexto nacional, ya que retoma el estudio de la eventual intención y culpabilidad consciente en el caso de la sentencia condenatoria en el incidente de beso club nocturno, ya que los acusados fueron condenados por eventual homicidio doloso. Hay un problema de investigación: ¿hasta qué punto, en el caso del club nocturno Kiss, la denuncia y la condena por eventual homicidio intencional violaron la dogmática criminal moderna con respecto a la distinción entre culpa consciente e intención eventual? Así, el objetivo era hacer un trabajo, con el objetivo de analizar si, en el caso de la discoteca kiss, el encuadre

¹ Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE *KISS*: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

de la denuncia de homicidio doloso contradecía la dogmática criminal moderna, porque no se aplicaba la culpa consciente. En cuanto a los medios, la investigación fue bibliográfica, ya que la base teórico-metodológica es necesaria para este trabajo.

PALABRAS CLAVE: *Kiss Nightclub. Fuego. Eventual dolo. Consciente de la culpa.*

INTRODUÇÃO

Na madrugada do dia 27 de janeiro de 2013, ocorreu uma das tragédias mais marcantes da história brasileira: o incêndio na boate *Kiss*, localizada na cidade de Santa Maria, no estado brasileiro do Rio Grande do Sul. O incidente fez 878 vítimas, dentre as quais 242 chegaram a óbito, sendo 231 ainda no local.

Após aproximadamente sete anos de trâmites processuais, o julgamento ocorreu no dia 10 de dezembro de 2021, e teve como desfecho a condenação dos réus por homicídio doloso, pelo Tribunal do Júri de Porto Alegre, as penas que variaram entre 18 e 22 anos e seis meses de reclusão. Assim, tal sentença trouxe questionamentos fundamentais para a comunidade jurídica, dentre eles, se foi assertiva a aplicação do instituto do dolo eventual pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao invés da aplicação do instituto da culpa consciente.

A presente produção científica, portanto, visa responder o seguinte questionamento: em que medida, no caso da boate *Kiss*, a sentença condenatória por homicídio doloso eventual violou a moderna dogmática penal no que tange à distinção entre culpa consciente e dolo eventual?

Para isto, o presente estudo estrutura-se em três capítulos, no qual o primeiro é dedicado a uma análise doutrinária sobre a missão e os princípios constitucionais penais limitadores do poder punitivo estatal do Direito Penal dentro do Estado democrático de Direito. O segundo capítulo, por sua vez, tem como propósito refletir sobre os institutos do dolo e da culpa, além de abordar a distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente. Por fim, o terceiro capítulo volta-se à análise dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente, no caso da boate *Kiss*, à luz da doutrina.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica narrativa, qualitativa com abordagem indutiva, pois por meio de observação de fatores singulares é possível chegar a uma resposta genérica. Assim, caso os fatos se repitam a condições idênticas, os resultados serão os mesmos (MEDEIROS, 2019). A abordagem indutiva consiste no raciocínio de analisar fatos particulares para buscar uma conclusão ampla que estabelece uma posição geral. Com isso, no caso da boate *Kiss*, uma verdade é proposta; verdade comprovada para uma situação específica e que poderá ser ampliada para outras situações, os elementos serão verificados no caso desde que se repitam. Dessa forma, a conclusão é uma generalização (MICHEL, 2015).

O presente estudo é relevante para a ciência jurídica, pois foi desenvolvido com intuito de contribuir para que o dolo eventual não seja aplicado além dos seus limites em casos futuros, ou melhor, a fim de viabilizar sua utilização, de modo eficaz, sobre a ótica jurídica. Destarte, possui extrema relevância tanto social, pois o caso gerou grande repercussão nacional; assim, como acadêmica, pois,



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE *KISS*: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

permite que haja um debate jurídico sobre a divergência doutrinária clássica entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Em vista dos fatos que serão apresentados, analisar-se-á, no caso da boate *Kiss*, se a condenação por homicídio doloso eventual contrariou a moderna dogmática penal, por não ter sido aplicado o instituto da culpa consciente.

1. O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito e o Direito Penal são extremamente necessários dentro da sociedade, mesmo de modo minimizado, especialmente, quando se trata da liberdade de seus indivíduos. Dessarte, destacam-se as definições estabelecidas a respeito dos valores e princípios instituidores do Estado Democrático de Direito, até mesmo, a questão que abrange a existência do Direito Penal e sua missão neste modelo social de Estado com intuito de justificar a precisão desses mecanismos.

Isto posto, em um Estado Democrático de Direito, no tocante da norma, requer bem mais que, somente, uma prescrição formalista de submissão do indivíduo à forma do Estado. Tal como, apenas pode ser considerado como legítimo, em um Estado Democrático de Direito, a formação dos polos de controle social, posto que pressupõe ou aguarda que possua um preceito mínimo de respeito recíproco entre os cidadãos desta sociedade.

Assim, quando violado o respeito mútuo e formas sociais de conciliação não são encontradas, um posicionamento institucionalizado que assegure a segurança jurídica das relações sociais, sem infringir as diretrizes democráticas estabelecidas no modelo estatal. Além disso, inobstante a indispensável eleição de um processo legal de aplicabilidade e desenvolvimento, este modelo de assistência jurídica de caráter penal demanda para o seu êxito a adaptação de preceitos orientadores e de modos de realização e efetivação a uma indiscutível realidade social moderna.

À vista disso, em conformidade com Juarez Cirino dos Santos (2020, p. 27), "o Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de proteção (as antigas medidas de segurança, revogadas pela de lei 10.216/2001), aplicáveis aos autores de condutas incriminadas.". Destarte, o autor traz uma breve conceituação do Direito Penal o qual estando inserido em um contexto de Estado Democrático de Direito deve atender às diretrizes constitucionais abordadas a seguir.

2. Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito surge como uma forma de combater o absolutismo monárquico, limitando o poder que estava concentrado nas mãos do monarca, através do império das leis, que passaram a ser observadas por todos, cidadãos, inclusive, os governantes. Nessa senda, o próprio chefe de Estado que antes criava e julgava suas próprias leis, a partir do advento do Estado de Direito, também deveria submeter-se às normas legais, as quais possibilitaram igualdade para todos.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE K/ISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Desta forma, coube a lei trazer segurança nas relações jurídicas e livrar os indivíduos da tirania dos monarcas. Tendo em vista que, a lei era a expressão máxima da vontade dos cidadãos naquela época, esta deveria ser empregada de forma literal e gramatical por seus aplicadores, para dar-lhe fiel execução.

Ocorre que, mesmo o Estado de Direito sendo um progresso em relação ao absolutismo monárquico, ainda tinha uma lacuna a ser preenchida. Uma vez que, assegurava apenas uma igualdade formal entre os homens, deixava de lado as verdadeiras e legítimas pretensões sociais. Diante deste cenário, e com o aparecimento das constituições modernas, em contrapartida, surge o Estado Democrático de Direito, também denominado como Estado Constitucional. Neste por sua vez, há a submissão do Poder Estatal às diretrizes constitucionais, derivadas da soberania popular.

A democracia deve ser entendida como o conceito fundamental do Estado Democrático de Direito, na medida em que é materialização de valores necessários à convivência em sociedade, como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana (SILVA, 1996).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu Artigo 1º, expõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Portanto, é nítido que o Brasil não é apenas um Estado de Direito, mas um Estado Democrático de Direito. Assim, é um Estado que se submete ao Direito como fundamento primeiro de suas ações, ao mesmo tempo que busca proporcionar uma vida digna a todos os cidadãos e cidadãs por meio de seus fundamentos. Assim, o Estado de Direito o Estado possui valores sociais que decorrem da livre manifestação popular, afastando-se concepções de formalismo meramente legal, para acolher princípios de justiça social, todavia não se trata somente de um modelo legítimo instituído consoante ao Direito em seu modo de atuação (REALE, 1999).

Ainda, o primeiro artigo, em seu parágrafo único, assegura que “todo poder emana do povo”, nota-se, portanto, a essência da democracia brasileira prevista na CF/88, a qual deixa manifesta a responsabilidade assumida do Estado brasileiro com o seu povo: garantir a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, desta maneira, mais que uma igualdade formal o Estado Democrático de Direito brasileiro busca uma igualdade substancial.

2.1 A missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

É muito difícil sobressair a função que o Direito Penal tem dentro da realidade social. Para Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 94), “Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE K/ISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ianna Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro.”. Assim, o Direito Penal em uma sociedade é visto como uma amarga demanda em função dos deslizamentos cometidos pelos seus cidadãos, então, francamente, a missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito está ligada a induzir pareceres em relação a presente situação do que, rigorosamente, aguarda que seus fins sejam aceitos, compreendidos e implementados.

Por conseguinte, é relevante admitir que o Direito Penal, de fato, tem um encargo preponderante propício a garantir a veracidade de resguardo dentro do Estado Democrático de Direito, bem mais que, meramente, instituir fatos e decretar penas.

Tendo em vista que uma das funções primordiais do Direito Penal é selecionar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, em um contexto de um Estado Democrático de Direito no qual está inserido, não se admite que tal escolha seja feita levando-se em consideração critérios absolutistas, uma vez que afrontaria materialmente contra a Constituição. Digo, tal função robustece seu caráter indiscutível de última alternativa legal – *última ratio*, quando não há outro modo de resolver os conflitos, formal ou informal, finda por encarregar-se um revés.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, relata que:

Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa (BITENCOURT, 2022, p.76).

Dessa forma, feita a seleção dos bens jurídicos mais relevantes pela Constituição da República, cabe ao Direito Penal garantir a proteção de tais bens ao mesmo tempo em que respeita às garantias e direitos fundamentais assegurados pela Magna Carta, a fim de se alcançar uma justiça equitativa. Perante o exposto, vale frisar que Claus Roxin (1988, p. 76), rigorosamente, afirma que o sistema Penal deve atender, de modo simultâneo, a uma função limitadora do poder intervencionista do Estado dentro da sociedade, assim como combater aqueles fatos que este mesmo Estado delinea como inapropriados. Dessarte, a função do sistema Penal como a proteção e afirmação da vigência de bens jurídicos, indicados pela sociedade de determinada época.

Outrossim, a criação dos tipos penais atribuída ao Poder Legislativo e aplicação do Direito Penal, exercida pelos operadores do direito, devem passar pelo filtro dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Além disso, a fim de que o *ius puniendi* — poder de punir exercido pelo Estado —, não seja empreendido de maneira ilimitada, as diretrizes constitucionais evidenciadas por meio de seus princípios são essenciais.

Logo, o Direito Penal visa, habitualmente, a torná-lo mais agudo, onde é imposto a demanda de uma aplicabilidade das soluções punitivas de modo mais limitado possível. Idem, tem relevância em um grau considerável de atrocidade, ou melhor, de irracionalidade, a contestação de solução punitiva, além de deficiências do seu uso, institui-se a redução dos níveis de sua irracionalidade ao mínimo (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).

É denominada como princípio da intervenção mínima, esta linha de limitação de intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

2.2 Princípios constitucionais penais limitadores do poder punitivo estatal

Os princípios são proposições elementares e fundamentais que regem o Direito em seu caráter geral servindo de base tanto na orientação do legislador durante a produção das normas, quanto na posterior interpretação realizada pelos aplicadores do direito. Destarte, os princípios constitucionais fundamentais resguardam os direitos fundamentais do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. Desde o Art. 1º da Constituição Federal de 1988 já é possível encontrar princípios norteadores como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana, o qual ao mesmo tempo em que é princípio é também fundamento. No entanto, os princípios específicos que regem o Direito Penal são encontrados no art. 5º da nossa Carta Magna, e serão explorados em seguida.

2.2.1 Princípio da legalidade e Princípio da Reserva Legal

O princípio da legalidade está expressamente previsto no art. 1º do CP e art. 5º, XXXIX, da CF/88. De acordo com seu mandamento, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988).

Pode-se dizer, portanto, que por meio do princípio da legalidade nenhuma conduta pode ser considerada como criminosa se antes não existir uma lei que o defina como tal e que lhe impute a devida sanção. Ainda sobre o princípio da legalidade, Zaffaroni e Pierangeli (2021) leciona que “toda norma jurídica traduz uma decisão política”, portanto, cabe ao princípio da legalidade limitar a política criminal no que tange à extensão do *jus puniendi*.

Quanto ao princípio de reserva legal, consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei formal, ou seja, de acordo com as previsões constitucionais. Como é o caso do artigo 22, I da Constituição Federal de 1988 o qual estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Sendo assim, nem mesmo as tentativas de criação de normas por meio da jurisprudência são aceitas, tendo em vista que põem em risco a segurança jurídica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).

Logo, estes princípios dentro de um sistema político democrático asseguram uma proteção aos indivíduos de forma que qualquer tentativa de submeter alguém ao poder de punir do Estado, exercida por aqueles que detêm o poder, não seja tolerada, senão quando respaldada em leis formais.

2.3. Princípio da intervenção mínima e princípio da fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, aduz que o Estado só deve interceder por meio das normas incriminadoras do Direito Penal, quando for estritamente necessário, e, quando outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se insuficientes (BITENCOURT, 2022).

Destarte, é nítido o caráter subsidiário do Direito Penal, sendo o reflexo imediato da intervenção mínima. Com isso, o Direito Penal não deve atuar senão quando diante de um comportamento que



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE K/ISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

atente contra os bens jurídicos mais relevantes e previamente selecionados, logo, esse ramo jurídico deve ser o último a ser utilizado.

Ademais, insta salientar o princípio da fragmentariedade por meio do qual o Direito Penal, ao tutelar o bem jurídico, intervém somente nas parcelas em que seja necessário, em outras palavras, ele protege apenas um fragmento dos interesses jurídicos e não sua integralidade. Portanto, tão somente aquelas condutas consideradas mais graves e mais perigosas serão alvo do Direito Penal.

2.3.1 Princípio da irretroatividade da lei penal

O princípio da irretroatividade da lei penal está previsto no art. 5º, XL, da Magna Carta, que dispõe que a lei penal só retroagirá para beneficiar o acusado. Significa afirmar, desta forma, que a lei incriminadora não deve ser empregada a fatos anteriores a ela, a lei incriminadora, em regra, não poderá retroagir.

Outrossim, da leitura do referido artigo, depreende-se que a regra é que a lei penal não poderá retroagir. Contudo, a contrário sensu, verifica-se uma exceção, a lei penal retroagirá quando trazer algum benefício para o agente no caso concreto.

Tal princípio é o que predomina em termos de conflito de leis penais no tempo. Assim, a irretroatividade da lei penal é fundamental para manter a segurança jurídica, juntamente com princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, inc. XXXIX, da CF/88 (BITENCOURT, 2022).

2.3.2 Princípio da adequação social

Segundo Bitencourt (2022 *apud* WELZEL, 1987, p. 83), “o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos”. Nesse sentido, o princípio da adequação social, para o Direito Penal, consiste em tipificar condutas que tenham maior relevância social, ou seja, aquelas condutas consideradas mais nocivas à sociedade. Por conseguinte, as condutas aceitas socialmente não devem ser coibidas, a fim de que os indivíduos não tenham sua liberdade restrita pelo legislador, que no ato de sua função seletiva, verifica quais condutas humanas merecem punição estatal.

2.3.3 Princípio da insignificância

Introduzido no sistema penal por Claus Roxin em 1964, o princípio da insignificância, conhecido também como bagatela, expõe que o Direito Penal não deve preocupar-se com futilidades, de mesmo modo que não podem ser admitidos tipos penais que produzam lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já estabeleceu critérios para a aplicação deste princípio. Para isso, no caso concreto devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a ausência de periculosidade social da ação; (iii) o



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Como exemplo, tem-se a seguinte decisão da Suprema Corte em *habeas corpus*:

Penal e processual penal. Habeas corpus. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. Paciente que portava 1,8g de maconha. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 3. Precedentes: HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.3.2012; HC 127573, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 25.11.2019. 4. Ordem concedida para trancar o processo penal diante da insignificância da conduta imputada (HC 202883 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe- 187 DIVULG 17-09-2021 PUBLIC 20-09-2021)

Nesse sentido, tendo em vista que a norma incriminadora visa a proteção de um bem jurídico, a conduta do autor de um suposto tipo penal deve exigir um mínimo de lesividade ao bem jurídico resguardado, a fim de que haja relevância material e não apenas a adequação da conduta praticada à norma tipificada.

2.3.4 Princípio da ofensividade

Para o princípio da ofensividade, ou lesividade, é indispensável que haja, para que o crime seja tipificado, pelo menos um perigo efetivo de dano a um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Assim, se justifica a intervenção social apenas se existir efetivo e concreto perigo a um interesse de relevância social. Por essas razões, nas palavras de Bitencourt (2022, p. 126), “são inconstitucionais todos os crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”.

Desse modo, os efeitos do princípio da ofensividade dentro do Direito Penal buscam servir de orientação à atividade do legislador, atuando como uma barreira a fim de impedir a tipificação de condutas consideradas inofensivas, e, também, servir de critério interpretativo, fazendo com que o aplicador do direito encontre os atos ilícitos ao bem jurídico dentro de cada caso concreto.

Nesse mesmo sentido, o princípio da lesividade acaba por expressar de forma positiva o princípio da insignificância, tendo em vista que há a ausência da tipicidade material, portanto, não configura crime (SANTOS, 2020).

2.3.5 Princípio de culpabilidade

O princípio da culpabilidade remota ao axioma *nullem crimen sine culpa*, em outras palavras, não há crime sem culpabilidade, assim, não poderá ser imputado ao indivíduo crime ou pena sem que a conduta ilícita tenha sido reprovada em juízo de culpa lato senso. Dessa forma, não basta que exista apenas a responsabilidade objetiva, ou melhor, o indivíduo não pode ser responsabilizado



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

simplesmente pela produção do resultado, sem que haja o preenchimento dos requisitos do juízo de reprovação (SANTOS, 2020).

Portanto, a culpabilidade pode ser analisada sobre três dimensões: a) inadmissibilidade da responsabilidade penal objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena (BITENCOURT, 2022).

2.3.6 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade já era exigido de forma expressa, na Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789, de forma que era exigido que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do delito que foi praticado e a pena a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Assim, é decorrente do Estado Democrático de Direito, portanto, o limite da atuação estatal no que tange ao exercício do poder de restringir direitos, a fim de resguardar direitos e garantias fundamentais (BITENCOURT, 2022).

Portanto, esse princípio foi recepcionado pela Constituição Federal brasileira de 1988 estando implícito em vários de seus dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). Assim, este princípio proíbe penas excessivas ou desproporcionais em virtude do desvalor da ação ou do resultado de fato típico (SANTOS, 2020).

2.3.7 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade defende que o condenado apesar de ter alguns dos seus direitos restringidos, carrega consigo sua intrínseca dignidade. Com isso, a pena deve ser humana, onde não permite o tratamento desumano ao indivíduo condenado.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 5º, incisos XLVII e XLIX, sobre o princípio de humanidade:

Art. 5º (...) XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis

Art. 5º (...) XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL 1988)

Portanto, consoante a Bitencourt (2022, p. 71) “Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como um ser social, o que violaria flagrantemente o princípio da dignidade humana, postulado fundamental na Carta da República”.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ianna Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Tal princípio visa, portanto, resguardar a dignidade da pessoa humana, ora pois fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa forma, não se limita apenas a proibição abstrata de penas cruéis, como também se destina a coibir a execução cruel das penas permitidas legalmente, em face dos apenados (SANTOS, 2020).

3 DOLO E CULPA SOB O PONTO DE VISTA DA DOGMÁTICA PENAL

3.1 Do Dolo

3.1.1 Conceito de dolo

Em sentido técnico penal, conforme o Art. 18, inciso I, do Código Penal (BRASIL, 1940), o crime doloso é à vontade em conjunto com a realização do delito. Assim, em concordância com Welzel, toda a ação consciente é conduzida pela decisão de ação, é dizer, pela consciência do que se quer - o momento intelectual - e pela decisão a respeito de querer realizar – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real formam o dolo (PACELLI, 2019).

Consoante com a teoria finalista, o dolo inclui somente o conhecer e o querer a realização da situação objetivo descrita pelo tipo, não fazendo menção à antijuridicidade da ação, porém observa-se a intenção e a finalidade objetivada pelo autor para que seu ato ser imputada ao mesmo. Com isso, os elementos para composição da conduta são a combinação entre a ação ou omissão com o dolo ou culpa. Portanto, o dolo, tipo subjetivo, é elemento fundamental para a ação final, pois para a concretização do ato ilícito, o agente precisa ter conhecimento sobre o fato constitutivo da ação típica e necessita ter a vontade que o agente tem de realizar o delito (BITENCOURT, 2020).

3.1.2 Teorias de dolo

Em busca de se conceituar o dolo surgiram três teorias dominantes quais sejam: Teoria da Vontade, Teoria do Consentimento e a Teoria da Representação. No que diz respeito a Teoria da Vontade, de acordo com Carrara (1971 p. 73) o dolo “consiste na intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se conhece contrário à lei”, logo, o dolo nesta teoria consiste na vontade consciente (elemento intelectual) do agente de praticar o delito e produzir o resultado (elemento volitivo).

A seguir, a Teoria Assentimento trouxe a hipótese do dolo eventual, segundo o qual, o agente prevê o resultado, todavia não se importa com as consequências, assim, assume o risco de produzi-lo. Desta forma, para esta teoria, o dolo exige que o agente aprove o resultado, além de considerá-lo como possível (PRADO, 2019).

Por último tem-se a Teoria Representação, a qual assegura que para a existência do dolo é suficiente apenas a previsão do resultado como certo ou provável. Ocorre que, até mesmo Von Liszt e Frank, defensores desta teoria reconheceram que somente a possibilidade de se prever o resultado, ou seja, sua representação, não era suficiente para a configuração do dolo (BITENCOURT, 2022).

Assim, está disposto no art. 18, inciso primeiro do Código Penal: “Diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Desta forma, o Código Penal brasileiro



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE K/ISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

adotou, conforme exposto no artigo mencionado, a teorias da vontade (dolo direto), em que o agente quis produzir o resultado, e a teoria do assentimento (dolo eventual), no qual o risco foi assumido pelo agente, deixando de fora a Teoria da Representação (BRASIL, 1940).

3.1.3 Elementos de dolo

Ainda que se tenha persistido por um tempo as divergências entre as teorias que buscaram conceituar o dolo, a doutrina pacificou o entendimento de que o dolo ao mesmo tempo em que é representação, é também vontade.

O dolo, portanto, é composto pela vontade, que emerge como seu elemento volitivo, onde o agente sente desejo de realizar o ato e produzir o resultado; em conjunto com a consciência, que é seu elemento cognitivo ou intelectual de realizar uma ação penal típica dolosa, onde o autor tem o conhecimento do fato que constitui a ação típica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).

A respeito do elemento cognitivo, este consiste no conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo com precisão, com isso, a hipótese de erro de tipo, em que o agente desconhece as circunstâncias objetivas do tipo exclui o dolo. Ademais, o elemento volitivo compõe-se na vontade do agente de realizar a conduta incriminadora tipificada, voltada à proteção de um bem jurídico (TAVARES, 2020).

3.1.4 Espécies de dolo

O dolo, ainda, é dividido conforme à intensidade do elemento volitivo. Assim, existe a espécie de dolo direto, onde o agente prevê o resultado e, por esse motivo, pratica todos os atos para efetivamente cometer o delito. Subdividindo-se, ainda por cima, em dolo direto de 1º grau (uma conduta foi praticada com a finalidade de causar o resultado) e dolo direto de 2º grau (os efeitos colaterais necessários causados pelo meio escolhido para cometer o dano, afetou, de forma indireta, terceiros).

Como também, há o dolo indireto, onde o agente prevê o dano, embora não queira a produção do resultado, todavia, mesmo prevendo que este poderá acontecer, assume o risco de causá-lo. O dolo indireto, é subdividido, inclusive, em dolo indireto alternativo (o agente tem vontade com direção alternativa em relação ao objeto, podendo ser objetiva, subjetiva, geral e subsequente) e dolo indireto eventual, onde o agente prevê o resultado, embora não queira que aconteça, mas não se importa que ele ocorra (SALIM; AZEVEDO, 2021).

4 Da Culpa

4.1 Conceito de culpa e delito culposo

Diferentemente do dolo, a culpa decorre da inobservância do dever de cuidado, gerando um resultado não querido, mas previsível, por meio de uma conduta geralmente lícita (BITENCOURT, 2022). Destarte, prevê o Código Penal em seu art. 18 inciso II que o crime culposo ocorre quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Ressalta, ainda, em seu parágrafo único que ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente, salvo os casos expressos em lei. Neste liame, é explícito pela leitura do dispositivo que os crimes culposos são exceções, devendo estes estarem fundamentalmente previstos na lei, caso contrário o sujeito não poderá ser punido.

4.2. Elementos do crime culposo

O crime culposo possui em regra natureza de tipo aberto, pois, a inobservância do dever objetivo de cuidado por imprudência, negligência ou imperícia só será constatada no caso concreto (TAVARES, 1985). Ademais, o crime culposo apresenta os seguintes elementos que serão abordados em seguida: Conduta humana voluntária, resultado involuntário, nexos causal, tipicidade, previsibilidade objetiva e inobservância de dever objetivo de cuidado.

A conduta humana voluntária, conforme a teoria finalista da ação por meio da qual o fato ocorrerá por uma conduta comissiva ou omissiva, é, portanto, necessário que o autor pratique uma conduta humana voluntária, entretanto, em relação ao resultado, este será involuntário.

Além da conduta humana voluntária, é indispensável outro elemento do tipo culposo: o resultado naturalístico involuntário. Deverá, portanto, haver lesão a um bem jurídico, de forma involuntária, por meio da ação descuidada do agente, caso contrário não há o que se falar em crime culposos.

Cabe ressaltar que em relação ao nexos causal deve estar presente a relação de causa e efeito, logo, deve estar constatado que a ação ou omissão culposa deu causa ao resultado. Neste liame, se o agente observou seu dever de cuidado e ainda assim ocorreu o resultado indesejado, não haverá crime culposos.

Um outro elemento que compõem o injusto culposos é tipicidade. Como já mencionado anteriormente, os crimes culposos são considerados tipos abertos, diferentemente dos crimes dolosos, uma vez que a ação não está descrita, devendo conseqüentemente ser observado o caso concreto (TAVARES, 2018). Outrossim, no parágrafo único art. 18 está previsto o princípio da excepcionalidade do crime culposos, o qual assegura que o tipo culposos deve estar disposto de forma expressa (BRASIL, 1940).

A previsibilidade objetiva, por sua vez, consiste na possibilidade de antever o resultado advindo da conduta. Para isto, é preciso verificar se o “homem médio”, com inteligência mediana, seria capaz de prever o resultado diante das circunstâncias em que se encontrava (TAVARES, 2018). Portanto, em relação ao tipo culposos, é necessária uma previsibilidade mínima, não podendo o resultado ir além da previsão.

Desta forma, deve o agente manter cuidado a fim de não causar lesões a bem jurídico de terceiro, caso contrário, responderá por ele. A norma procura, portanto, limitar quais devem ser os cuidados e deveres a serem observados pelo agente antes de praticar determinadas atividades. A inobservância desses deveres normativos de cuidado, por parte do agente, torna a conduta antijurídica.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

4.3 Modalidades de culpa

A violação do dever objetivo de cuidado, conforme determina o legislador expressamente no Código Penal, ocorre por meio de três formas: imprudência, negligência e imperícia, caracterizando as modalidades de culpa presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Na modalidade de imprudência, o agente pratica uma ação de caráter comissivo, violando regras e recomendações. Assim, o agente atua de forma desprevenida, precipitada e insensata. A imprudência do agente persiste enquanto este pratica a conduta. Um exemplo clássico é o caso do motorista que dirige seu veículo automotor embriagado.

A negligência, por sua vez, é caracterizada pela ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato praticado pelo agente, logo, este pratica uma ação de caráter omissivo. O negligente não faz algo que deveria, agindo com desleixo, como, por exemplo, deixar uma arma de fogo ao alcance de uma criança.

Por último, tem-se a modalidade culposa por meio de imperícia, que consiste na falta de habilidade técnica para o exercício de arte ou profissão a ser praticada. Neste caso o agente incompetente ou inexperiente, pratica ação comissiva ou omissiva. Como exemplo, tem-se o caso do técnico de enfermagem que realiza um procedimento de competência de um enfermeiro.

4.4 Espécies de culpa

A culpa divide-se ainda em consciente e inconsciente, própria e imprópria, e, mediata ou indireta. A culpa consciente ocorre quando o agente pratica determinada conduta, entretanto, tem plena convicção, por confiar em suas habilidades, de que o resultado não ocorrerá, logo, se trata de culpa com previsão do resultado e o agente acaba por violar um dever de cuidado (TAVARES, 2018). Um exemplo seria o caso do agente que faz o mesmo percurso para o trabalho em seu carro há muitos anos, contudo em um dia por estar atrasado imprime alta velocidade e acaba por atropelar uma criança.

A culpa inconsciente, por sua vez, ocorre quando o agente não prevê o resultado previsível, em outras palavras, se trata de culpa sem previsão. Um exemplo disso ocorre quando um indivíduo atinge outro quando arremessa um objeto pela janela de seu carro acreditando que não havia ninguém próximo naquele momento.

A culpa própria é aquela em que o agente não quer o resultado, e, não assume o risco de produzi-lo, logo, é a culpa que se dá por meio de imprudência, negligência ou imperícia assim como está previsto no art. 18, II, do Código Penal (BRASIL, 1940). É, portanto, também conhecida como culpa comum.

A culpa imprópria, em contrapartida, segundo Juarez Tavares (2018, p. 428) é “aquela que resulta do excesso no exercício de ação acobertada por uma causa de justificação”. Destarte, o agente fantasia uma determinada situação de fato, provocando o resultado desejado por erro evitável, sobre pressuposto fático de uma excludente de ilicitude.

Por fim, na culpa mediata ou indireta o agente produz o resultado indiretamente a título de culpa, em outro sentido, ocorre quando o agente produz um resultado e em virtude deste produz um



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

segundo resultado. Um exemplo é o caso do assaltante que ao realizar um assalto com arma de fogo, em um sinal de trânsito, acaba assustando a vítima que se encontra em seu veículo, e esta, em consequência do susto, acaba atropelando um pedestre.

4.5 Diferença entre culpa consciente e dolo eventual

Apesar de existir uma linha tênue entre os institutos da culpa consciente e do dolo eventual, estes não se confundem, portanto, é necessário saber a distinção entre eles a fim de que tais institutos sejam aplicados de forma precisa diante dos casos concretos. Em ambos, o resultado é previsto, contudo, a postura do agente frente ao resultado é o que difere tais institutos (PRADO, 2019).

Nesse sentido, Busato (2020) afirma que “o dolo eventual a forma mais tênue de dolo, ela será igualmente a forma mais próxima da imprudência dentro da escala de desvalor subjetivo do injusto, compondo, por assim dizer, a fronteira inferior do dolo”. Com isso, ilustra o autor o porquê de os institutos estudados serem facilmente confundidos, se em um plano tem-se a culpa consciente como forma grave de culpa, em seguida há o dolo eventual como forma mais suave de dolo.

Há culpa consciente quando o agente prevê o resultado, todavia também sabe que, com sua conduta lesa um dever de cuidado. Assim, a previsão do resultado não seria fator exclusivo para configurar essa forma de negligência. Ademais, na culpa consciente, não há conformação com o resultado por parte do agente, pois o valor negativo do possível resultado é inaceitável, tanto que se o agente estivesse convicto da ocorrência do resultado, desistiria da ação sem dúvida alguma (TAVARES, 2018).

Por outro lado, no dolo eventual, o agente mostra-se indiferente quanto à ocorrência do resultado, consentindo, aceitando e admitindo a ocorrência dele embora inicialmente não desejasse que ele ocorresse. No dolo eventual, o agente, portanto, conhece e assume o risco do resultado, agindo com total indiferença caso ele ocorra.

Assim, é válido ressaltar que em nosso ordenamento jurídico a maior parte dos tipos dolosos admite o dolo eventual, contudo, alguns deles trazem expressões como “deliberadamente”, “intencionalmente”, dentre outras, as quais descartam a possibilidade de caracterizar o dolo eventual, tendo em vista que fazem referência ao dolo direto (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).

No campo da dogmática penal existem três teorias que se propõem a distinguir o dolo eventual da culpa consciente, segundo Wunderlich e Ruivo (2019 *apud* DIAS, 2007, p. 369), “atualmente, os principais grupos teóricos estão fundados nos seguintes critérios: (a) probabilidade do resultado, (b) aceitação do resultado ou conformação com a possível ocorrência do resultado e (c) a fórmula hipotética da previsibilidade de Frank”.

Neste liame, para a teoria da probabilidade do resultado somente ocorreria caso de dolo eventual se o agente pudesse prever claramente o resultado, enquanto caberia culpa consciente apenas se o resultado não fosse tão previsível. Por sua vez, levando-se em consideração a teoria da aceitação ou conformação com o resultado, o dolo eventual só seria cabível se houvesse comprovação de que o agente aceitou o resultado, e, caberia culpa consciente se o agente não aceitasse o resultado.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Por último, para a teoria da fórmula hipotética da previsibilidade de Frank, o dolo eventual ocorreria apenas no caso de o agente responder positivamente caso fosse indagado sobre ter praticado a conduta ainda que soubesse claramente que o resultado ocorreria. Ademais, caberia culpa consciente quando a resposta do autor fosse negativa, de modo que o agente não praticou a conduta se soubesse do resultado.

A partir da análise das teorias, o dolo eventual somente deveria ser aplicado caso o agente pudesse prever claramente o resultado, destarte, revelando que tinha ciência do bem jurídico tutelado pelo direito penal que viria a ser lesionado, além de anuir ao resultado, com indiferença, uma vez que o aceita sem oposição. A contrário *sensu*, a culpa consciente deveria ser aplicada nos casos em que não fosse tão cristalina a previsibilidade do resultado, e, também, nos casos em que o agente nitidamente não praticaria a conduta se soubesse o resultado naturalístico involuntário.

5 O DOLO EVENTUAL E A CULPA CONSCIENTE NO CASO DA BOATE KISS

5.1 Uma breve síntese processual

Conforme foi descrito na denúncia feita pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS)

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 [...] (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012)

Nota-se, desta forma, que a imputação por homicídio doloso eventual na denúncia baseou-se na "total indiferença" e no "desprezo pela segurança e pela vida das vítimas" por parte dos réus. Ademais, a inicial acusatória alega a previsibilidade do resultado gerado pela conduta dos acusados, em razão da falta de segurança.

Ainda, o MPRS elencou os seguintes elementos como fatores essenciais para a configuração do dolo eventual na denúncia: I) a implantação de espuma altamente inflamável tornado o ambiente da boate inapropriado para um show com artefato pirotécnico. II) Contratação de show que sabidamente incluía exhibições com fogos de artifício. III) Superlotação da casa noturna. IV) Equipe de funcionários em treinamento para 19/11/2022 emergências. V) seguranças impedindo a saída de pessoas do recinto.

Em sintonia com a denúncia, os réus foram pronunciados em 27 de julho de 2016. Ocorre que, a defesa dos réus interpôs Recursos em Sentido Estrito contra a decisão de pronúncia. Em sequência, o e. Relator, Des. Manuel José Martinez Lucas, concedeu parcial provimento aos Recursos para desclassificar os fatos denunciados para crimes diversos dos elencados no art. 74, § 1º, do CPP, porém foi vencido no julgamento em 22 de março de 2017. Em virtude do voto vencido, os acusados opuseram Embargos Infringentes, sendo estes acolhidos em decorrência de empate entre os desembargadores no dia 01 de dezembro de 2017.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ianna Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Inconformados, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e a Associação dos Familiares de Vítimas da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), interpuseram Recursos Especiais e Extraordinários, os quais foram admitidos em 13 de julho de 2018. Depois de quase oito anos de trâmites processuais, por meio da sentença proferida em 10 de dezembro de 2021, os réus foram condenados por homicídio doloso eventual.

Grande parte dos debates havidos neste Plenário, no fundo, concentrou-se nessa questão, escamoteada pelo protagonismo teórico do indecifrável confronto entre dolo eventual e culpa consciente: merecem os acusados uma pena mais elevada, como o são a dos crimes dolosos, ou são mercedores de uma pena diminuta, como é característico dos crimes culposos? A decisão dos jurados, como se viu, inclinou-se pela primeira posição, muito menos por influxo de um ingresso no âmbito interno de cada qual dos acusados, para saberem o móvel psicológico que os norteou, mas, isto sim, por uma demanda atributiva, de relacionar os comportamentos descritos uma consequência jurídica que se apresentava variável quanto à ordem de gravidade, cumprindo, ao decisor, uma definição, que, de resto foi feita. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Destarte, como comprovado pelo trecho descrito na sentença, decidiu o conselho de sentença pela aplicação do dolo eventual, reforçando ainda o juiz prolator que houve indiferença em relação ao resultado por parte dos réus, uma vez que a própria conduta praticada e exteriorizada por eles já revelou em si a indiferença, posto que não há como ingressar no âmbito interno dos agentes. Entretanto, tal entendimento que resultou na condenação dos acusados por homicídio doloso eventual não foi pacificamente aceito na maior parte da comunidade jurídica.

5.2 Da falta de um conjunto probatório para a imputação por dolo eventual

Consoante o mencionado no segundo capítulo, o dolo é constituído pelo elemento cognitivo (consciência) e pelo elemento volitivo (vontade). Nesse sentido, a respeito do dolo eventual ensina Busato (2015, p. 449) que, “a fronteira a separar o dolo da imprudência há de ser, sempre, a presença, no primeiro, do compromisso para com a realização do resultado desvalioso para o bem jurídico, que é característica do dolo”.

Levando-se em consideração também as teorias referidas no segundo capítulo do presente artigo, de acordo com Wunderliche Ruivo (2019, p. 375), para haver a configuração do dolo eventual

(1^o) na teoria da probabilidade, era preciso provar que os acusados conheciam a alta probabilidade de ocorrência do resultado; (2^o) na teoria da aceitação ou conformação com o resultado, deveria ser provado que os acusados previram e aceitaram ou conformaram-se como resultado; (3^o) segundo a fórmula de Frank, seria necessário provar que os acusados teriam praticado as mesmas condutas se, no momento da ação, tivessem certeza de que o resultado ocorreria.

Ocorre que, de acordo com as circunstâncias descritas na inicial acusatória não há indícios dos elementos que qualificam o dolo eventual. Em primeiro plano, não era amplamente previsível o resultado morte por parte dos agentes, tendo em vista que o estabelecimento comercial funcionava regularmente, e ainda, não há prova concreta de que eles se conformaram com o resultado, ainda mais



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE *KISS*: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

partindo-se dá vertente de que três dos quatro condenados estariam presentes no ambiente no dia do ocorrido.

Levando-se em consideração que tais circunstâncias não foram comprovadas, e, conseqüentemente, segundo as teorias da moderna dogmática penal, não há como prevalecer a imputação dolosa, uma vez que, no dolo eventual, deve haver comprovação de que os agentes previram o resultado, além de terem anuído com este, resta, por conseguinte a opção da imputação por culpa consciente.

Confirmam, pois, os autores que no caso em questão, o conjunto fático-probatório não é suficiente para sustentar a prevalência do dolo eventual, uma vez que não há nos autos provas concretas de que os agentes tinham alta previsibilidade do resultado catastrófico, além de não haver provas de que os réus consentiram e anuíram com tal resultado. Desta forma, por critério de exclusão a opção mais adequada diante do caso concreto, tendo como base a moderna dogmática penal, aponta para a ocorrência da culpa consciente.

Em virtude do exposto, no que tange aos institutos da culpa consciente e do dolo eventual, no caso da boate *Kiss*, a imputação jurídica na denúncia, apesar dos elementos elencados pela acusação, e a posterior sentença condenatória por dolo eventual sucumbem diante do entendimento da moderna dogmática penal a respeito do tema.

5.3 O uso indevido do dolo eventual e a lesão a princípios constitucionais e penais

Indubitavelmente, o caso da boate *Kiss* não foi o único caso de grande repercussão que trouxe visibilidade ao embate doutrinário entre a aplicação da culpa consciente e do dolo eventual. No entanto, também é indiscutível que mais uma vez o dolo eventual foi utilizado como um atalho jurídico para que penas mais gravosas fossem alcançadas.

Verificou-se, no caso em análise, que o conjunto fático-probatório não foi suficiente para a condenação fundamentada no dolo eventual, ainda assim o resultado permaneceu de acordo com a imputação feita na inicial acusatória.

Destarte, evidente é que tal decisão vai de encontro a princípios constitucionais como o da legalidade, da não culpabilidade e do Favor Rei, além de princípios penais como o da taxatividade. Nesse sentido, conforme o exposto no primeiro capítulo o princípio da legalidade atua, no âmbito penal, como expressão da função limitadora do poder estatal. Desta forma, ao dispor a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXIX, que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, o cidadão repousa na segurança jurídica de que o Estado atuará dentro das limitações legais (BRASIL, 1988).

Não obstante, a sentença que levou à condenação dos réus no caso da boate *Kiss* pautou-se exclusivamente em critérios objetivos deixando à parte a análise anímica dos agentes. Logo, não havendo provas de que os acusados “quiseram” o resultado e nem “assumiram o risco” de produzi-lo, tal condenação não atende as exigências previstas no art. 18 do Código Penal para a imputação de um crime doloso, logo ferindo o princípio da legalidade (BRASIL, 1940).



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

Ainda do princípio da legalidade decorre o princípio penal da taxatividade, o qual segundo Queiroz (2015, p. 78) “implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo na elaboração das leis que formule tipos penais com a máxima precisão de seus elementos e ao Judiciário que os intérpretes adequadamente”. Assim, a lei incriminadora deve ser fechada, clara e concisa a fim de que seja cintilante a limitação da atuação estatal.

Apesar disso, a tipificação legal que preceitua o dolo eventual revela-se imprecisa, uma vez que o legislador optou por configurar o dolo eventual apenas na expressão “assumir o risco”, dando margem para uma manobra jurídica com o intuito de tornar possível a aplicação de uma sanção penal acima do previsto em lei para a lesão de determinado bem jurídico (REBELO, 2021).

Ocorre que, a banalização do instituto do dolo eventual também acaba por lesionar o princípio constitucional da não culpabilidade, tendo em vista que, uma ação não pode ser considerada como criminosa sem antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão (TAVARES, 2019). Logo, no caso da boate *Kiss* não se pode considerar a prática de homicídio doloso eventual tentado e consumado pelo simples fato da suposta realização do tipo pelos acusados, sem antes haver em favor destes a análise das normas que possam autorizar sua conduta.

Além disso, do princípio da não culpabilidade extrai-se o princípio do Favor Rei ou *in dubio pro reo*, segundo o qual quando houver dúvida na aplicação do direito deve-se sempre atuar em favor do réu. Nesse sentido, a divergência entre dolo eventual e culpa consciente atinge mais intensamente o campo processual, de forma que configura um problema de prova que, assim sendo, em caso de dúvida sobre consentir ou não com o resultado, deverá o julgador levar em consideração a existência de culpa, em razão do benefício da dúvida (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021).

Sucedendo-se que no caso em análise ante a ausência da testificação do dolo eventual decorrente da falta de um conjunto probatório para a imputação dele, houve a lesão do princípio do Favor Rei, na medida em que plenamente seria cabível a aplicação do instituto da culpa consciente, mais benéfico aos réus.

Nesses termos, depreende-se que o uso indiscriminado do dolo eventual fere a segurança jurídica, uma vez que o indivíduo passará a não mais creditar sua confiança no ordenamento jurídico, em virtude da possibilidade de haver uma imputação dolosa a partir de uma combinação de fatores mediante o caso concreto.

Por fim, permitir que o dolo eventual seja constantemente utilizado além dos limites previstos em lei por aqueles que deveriam garantir uma justiça equitativa, configura nitidamente um abuso por parte do poder estatal. Violar aos princípios supracitados é permitir que o *jus puniendi* ultrapasse as barreiras estabelecidas por nossa Magna Carta, não é o que se espera de Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente é que os institutos do dolo eventual e da culpa consciente já no campo teórico apresentam certa dificuldade para serem distintos, quanto mais diante dos casos concretos. Nesse



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE *KISS*: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

sentido, ante a análise do caso da boate *Kiss*, auferese-se que a condenação dos réus por homicídio doloso eventual pode ser considerada duvidosa, tendo em vista que as teorias científicas abordadas para a configuração do dolo eventual não subsistem diante do conjunto probatório inexistente nos autos do processo.

Em virtude dos fatos analisados, o dolo eventual não deve ser recorrentemente banalizado à cada novo caso que envolva os institutos estudados, diante de variáveis inexatas permitidas por brechas no texto normativo. Portanto, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros legais, em respeito ao princípio da taxatividade, assim como, também, jurisprudenciais para que o dolo, em especial o dolo eventual, e a culpa sejam utilizados dentro dos seus limites legais, a fim de que direitos fundamentais não sejam violados.

Para tanto, diante da tecnicidade do direito Penal, além das teorias adotadas pela dogmática penal se faz necessário uma observância aos princípios penais-constitucionais consagrados, como o da legalidade; da não-culpabilidade e do Favor-Rei, tanto por parte do legislador que edita as normas, quanto por parte daqueles que operam o direito no dia a dia.

Por fim, apesar de a tragédia ocorrida na boate *Kiss* deixar marcas inesquecíveis de um episódio trágico na sociedade brasileira, isso não autoriza a adoção de manobras jurídicas a fim de se alcançar penas mais graves como solução para um intenso clamor social. Na dinâmica da vida real aqueles responsáveis por manobrar o Direito Penal não podem oscilar conforme as circunstâncias, mas sim fixar seus alicerces sob o solo constitucional, a contra sensu, nosso Estado Democrático de Direito estaria constantemente sob ataque.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 792-793.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (2. Turma)**. Agravo regimental no recurso em habeas corpus 202883/SP. Penal e processual penal. Habeas corpus. Possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em porte de entorpecentes para consumo pessoal. Agravante: Vinícius de Souza Henrique. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral, volume 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 449.
- BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral, volume 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.



RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

O CASO DA BOATE KISS: DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE
 Ilana Maria Lúcia Barbosa Xavier, Ilana Maria do Nascimento Bonfim Araujo, Juliano de Oliveira Leonel

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Tradução: Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971. v. 1.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica**: prática de fichamentos, resumos, resenhas. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais**: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 272-273.

PRADO, L. R. **Tratado de Direito Penal brasileiro**: Parte Geral, v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

QUEIROZ, P. **Direito Penal**: Parte Geral. 11. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2015. p. 78.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 2.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros et al. **(Im) Possibilidade de Dolo Eventual em crimes de Perigo Comum**: Uma contribuição para a reclassificação do Dolo no Brasil. [S. l.: s. n.], 2021.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução: de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 3. Ed. Lisboa: Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 1988. p. 76.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. **Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1. 11. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2021. p. 222-226.

SANTOS, J. C. **Dos Direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 113.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 134.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. *E-book*.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal** [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*.

WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Culpa consciente e dolo eventual (Parecer Caso "Boate Kiss": Santa Maria/RS). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 161, ano 27. p. 365-390, nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.