

O júri da boate Kiss: que nos sirva de alerta

No último dia 10 chegou ao fim o júri do caso que ficou conhecido por todos como "O caso da Boate Kiss". Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão foram condenados a penas de reclusão de 22 anos e seis meses (Elissandro), 19 anos e seis meses (Mauro) e 18 anos (Marcelo e Luciano). No momento da leitura de alguns trechos da sentença pelo juiz, especialmente mencionando as penas e que os acusados comesçassem a cumpri-las de imediato, a defesa de um dos réus avisou que já havia concessão, pelo TJ-RS, de medida liminar para que o seu representado continuasse em liberdade — como esteve durante todo o processo — até que sobreviesse ao caso decisão definitiva. É o que, frise-se, espera-se de uma defesa atenta aos interesses do cliente: prevendo o risco de que o juiz de primeira instância determinasse a execução antecipada da pena atribuída por decisão contra a qual ainda pende recursos, impetra, de uma vez, *habeas corpus* (nº 0062632-23.2021.8.21.7000, rel. des. Manuel José Martinez Lucas) com vistas a evitar a prematura perda da liberdade. Atualizado da notícia, o juiz, então, suspende a prisão dos réus.

Spacca



Embora estejamos a contragosto acostumados ao cenário de crise das instituições, a verdade é que ninguém esperava a sucessão de abusos que se instaurou a partir daí. Era previsível que o órgão acusador se insurgisse contra a decisão liminar do TJ-RS. O que não estava — e nem poderia estar — no campo de visão de nenhum operador do Direito era que o Ministério Público do Rio Grande do Sul se socorreria de manobra claramente abusiva e, pior: lograria êxito!

Saltando instâncias recursais as quais, cada uma a seu turno, seriam competentes para decidir sobre a liberdade provisória/prisão imediata dos réus, a acusação peticionou diretamente ao eminente ministro Luiz Fux, presidente do Supremo Tribunal Federal (SL 1.504). Este, por sua vez, concede a medida invocando fundamentos como "*a potencialidade do ato questionado em causar lesão ao interesse público*" e abalo à "*confiança da população na credibilidade das instituições públicas, bem como o necessário senso coletivo de cumprimento da lei e de ordenação social*", em uma completa subversão à proteção constitucional da inocência em prol de um suposto interesse público da sociedade em ver os acusados cumprindo, desde logo, a pena.



Impossível não lembrar, diante das circunstâncias, das palavras autoritárias de Francisco Campos na exposição de motivos do CPP/1.941:

"As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos re?us, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um ta?o extenso cata?logo de garantias e favores, que a repressa?o se torna, necessariamente, defeituosa e retardata?ria, decorrendo dai? um indireto esti?mulo a? expansa?o da criminalidade. Urge que seja abolida a injustifica?vel primazia do interesse do indivi?duo sobre o da tutela social. Na?o se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejui?zo do bem comum".

Referindo-nos à expressão contida no pedido liminar feito pelo MP-RS, como a liberdade dos réus é "dano irreparável" se a Constituição Federal assegura o direito à presunção de inocência (cuja extensão vai até o trânsito em julgado) a todo e qualquer cidadão? Em que pese a Lei "Anticrime" tenha previsto a execução antecipada no júri nos casos de condenações a penas superiores a 15 anos, o STJ tem entendido por não aplicar a medida enquanto pendente no STF a análise de sua (in)constitucionalidade. Ou seja, o MP-RS sabia qual resultado lhe aguardava se seguisse à risca as regras do jogo e batesse nas portas corretas.

E se tivéssemos uma ordem jurídica minimamente saudável, em dia com as promessas constitucionais, tal pedido estapafúrdio teria sido prontamente não conhecido. Se as decisões devem se fundamentar na autoridade obrigatória das normas jurídicas, o deferimento do pedido formulado pelo Ministério Público do RS diretamente ao STF a partir de "atividade legislativa própria" padece de fundamento legítimo.

A possibilidade de suspensão de decisões "contra o Poder Público" é prevista em diversas leis (7.347/85, artigo 12, § 1º; 9.407/97, artigo 16; 12.016/09, artigo 15 e 8.038/90, artigo 25), além da Lei 8.437/92, suposto fundamento da decisão proferida pelo ministro Fux. A Lei 8.437/92 decorreu do "devido processo legislativo" (Marcelo Cattoni), em que o Parlamento estabeleceu, na restrita hipótese de "concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público", a possibilidade excepcional prevista no artigo 4º:

"Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

No entanto, não é difícil constatar que no caso em tela a ação não é movida contra o Poder Público. Trata-se de ação penal, justamente exercida pelo Estado, via Ministério Público, contra os acusados. Logo, o pressuposto necessário à aplicação da Lei 8.437/92 (liminar ou tutela "contra o poder público") mostra-se ausente.

Aos que vejam a partir dos supostos "bons argumentos" trazidos pelo ministro Fux, trazemos algo para reflexão: segue-se da decisão que quando qualquer juiz brasileiro conceder liberdade a um acusado, relaxar um flagrante, o presidente do respectivo tribunal, em decisão de caráter político e não jurídico ("o pedido de suspensão ostenta juízo político", AgRg no AREsp 126.036/RS, ministro Benedito Gonçalves, j. 04/12/2012), fora do contexto das "regras próprias do Processo Penal", poderá decretar a prisão de quem acreditar "conveniente" à garantia da "segurança". Mas o papel da crítica acadêmica é o de criticar e apontar os riscos sistêmicos de decisões premidas pelas contingências e/ou populismo.

Neste ponto, no que se refere ao caso em apreço, faz-se importante um esclarecimento: não se trata de insensibilidade quanto à dor das vítimas e seus familiares (muito pelo contrário), mas sim de reivindicar respeito, que deveria ser pacífico, às regras sem as quais um Estado Democrático de Direito perde seus contornos. As surpresas processuais promovidas pelos que atropelam o devido processo e a presunção de inocência (que é operativa até que o último recurso seja julgado), longe de contribuírem ao alcance de um desfecho justo e legítimo, servem ao *justiçamento*.

Vale lembrar que quanto maior a gravidade dos fatos e da ofensa imputada, tanto maior deve ser a preocupação com o respeito às garantias processuais dos acusados, a fim de assegurar a justiça da decisão e a legitimidade da sanção eventualmente imposta. No entanto, esta equação se apresenta de maneira inversa na medida em que entra em cena o fator mídia. Tensões graves se instauram entre os delitos-notícia e o devido processo legal, na medida em que aqueles reclamam, imperativamente, as penas-notícia — para cujo alcance o respeito à presunção de inocência se coloca como verdadeiro entrave [\[1\]](#).

E não se diga que a influência da mídia acomete apenas os cidadãos. A injusta condenação dos quatro acusados pelo júri da Boate Kiss [não pode ser colocada apenas na conta dos jurados](#), sob o argumento de que eles — e *apenas eles*, em razão de sua falta de experiência técnica — seriam suscetíveis aos clamores sociais e apelos midiáticos. De fato, a influência que sofreram é inequívoca, ainda mais diante de alguns aspectos próprios da configuração do procedimento brasileiro de júri, que [pouco contribuem para a racionalidade das decisões dos cidadãos](#). Seria verdadeiramente surpreendente se outro fosse o resultado, pois tudo parece ser desenhado para que as influências midiáticas entrem em cena e a racionalidade sobre os fatos mantenha-se ausente. No entanto, para o que queremos chamar atenção é que aqueles de quem não se esperava tamanha permeabilidade ao clamor público foram justamente os que mais tiveram suas atuações pautadas pelos apelos midiáticos — a julgar pela aludida suspensão abusiva dos efeitos do *habeas corpus* em prol de um suposto interesse público, mas também pela própria decisão que convenientemente submeteu o julgamento do caso ao tribunal do júri.

Em outras palavras, a *injusta* condenação de Elissandro, Mauro, Luciano e Marcelo pelo tribunal do júri já se delineava a partir da decisão, em sede de pronúncia, que entendeu por bem lhe reconhecer a competência para julgamento dos fatos com base na [esdrúxula fórmula in dubio pro societate](#):

"A desclassificação, portanto, nesta etapa procedimental, só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano. Se, entretantes, deparar-se o julgador com mais de uma versão em face às provas existentes nos autos, a pronúncia é o caminho a ser seguido, eis que na dúvida deve o processo ser julgado pelo Tribunal do Júri".



Ou seja, diante da simples existência de mais de uma versão explicativa para os fatos com base nas provas, sendo uma delas (independente de seu grau de confirmação) compatível com o reconhecimento da competência do júri, pronuncia-se os acusados. E continua o magistrado:

"(...) Com o fito de proceder com uma desclassificação, precisa concluir, taxativamente, que não vislumbra crime doloso contra a vida. E isso deve ser demonstrado de modo diáfano, manifesto, sob pena de invadir, indevidamente, a seara de competência do Tribunal do Júri" [\[2\]](#).

O que faz com que se conclua, segundo esse raciocínio, que se estabelece para esta fase — a qual deveria se consubstanciar como um *controle*, um filtro de admissibilidade da acusação perante o júri — um *standard* probatório exigente exatamente para desconstituir a hipótese de existência de dolo (elemento que determina a competência do júri nos crimes contra a vida). Ou seja, presume-se o dolo (eis que se presume a competência do júri), cabendo à defesa provar cabalmente sua inexistência para lograr a desclassificação.

Não é difícil verificar, a partir desse raciocínio, que *"além de desfocar o debate e não apresentar base normativa, o in dubio pro societate desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia"*, conforme decisão da 2ª Turma do STF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (ARE 1.067392/CE).

Mas como era de se esperar, dificilmente a "pena-notícia" de que se clamava em um "delito-notícia" de tais proporções seria alcançada por meio de um julgamento técnico e fundamentado, conduzido por um juiz profissional. Nesse ponto, válido é o alerta [\[3\]](#) de Evandro Lins e Silva [\[4\]](#):

"O juiz lava a mão como Pilatos e entrega o acusado (que ele não condenaria) aos azares de um julgamento no Júri, que não deveria ocorrer, pela razão muito simples de que o Tribunal de Jurados só tem competência para julgar os crimes [dolosos] contra a vida quando este existe, há prova de autoria ou participação do réu e não está demonstrada nenhuma excludente ou justificativa." (Destaques nossos)

Portanto, falharam os mecanismos processuais desenhados para evitar essa espécie de erro. Falharam os responsáveis por bem exercer o respectivo controle, tanto na opção pela denúncia por crime doloso, quanto na etapa em que se deveria controlar a admissibilidade desta acusação perante o júri, reconhecendo sua competência somente diante de *prova* de materialidade e indícios *suficientes* de autoria — cuja decisão deve se orientar a partir de um *standard* probatório adequado. Falhou, ainda, aquele que deveria controlar o modo pelo qual os jurados recebem a informação necessária para, a partir daí, compreender as questões postas e decidir adequadamente os fatos — constatação que se extrai, no mínimo, pela má redação dos quesitos propostos. Falhou aquele que, em última instância, deveria zelar pelo máximo respeito à Constituição e à ordem jurídica e o respeito às regras do jogo democrático, assegurando a efetividade da presunção de inocência frente aos riscos de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade está sob questionamento (RE 1.235.340/SC).



O particular tem direito de viver seu luto, e seu enorme sofrimento certamente torna compreensíveis os desejos mais humanos que possa ter. Mas é precisamente por isso que existem as instituições: sobretudo em cenário de forte comoção social, cabe às instituições fazer aquilo que se não pode exigir dos particulares; especialmente decidir contramajoritariamente. Confundir o papel das instituições com o desejo dos particulares representa enorme retrocesso civilizatório.

No fundo, a defesa que se deve fazer das instituições — notadamente daquelas da administração da Justiça — há de refletir a inarredável consciência de que as funções elementares que lhes são confiadas foram rigorosamente respeitadas, sobretudo aquela de defesa da Constituição e das leis. Não é isso, todavia, o que tem acontecido em larga escala e por inúmeros motivos, razão por que se está a viver uma insuportável insegurança jurídica. Para momentos assim, são preciosas as lições do abade Lacordaire, no sentido de que "*a liberdade escraviza e a lei liberta*" [5].

[1] BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 9, n. 36, 2001, pp. 257-272.

[2] Conforme se extrai da transcrição presente no RESP 1.790.039/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti.

[3] Como bem lembrado por Bruno Seligman de Menezes e Mario Luís Lício Cipriani:
<https://www.conjur.com.br/2021-dez-20/opinioao-boate-kiss-uso-regras-la-carte>

[4] SILVA, Evandro Lins e. Sentença de Pronúncia. In: *Boletim IBCCRIM*. nº 100, mar. 2001.

[5] LACORDAIRE, Henri-Dominique. Conférences de Notre-Dame de Paris. Tomo Troisième. Paris: Librairie Poussielgue Frères, 1872, p. 494: "*Sachent (...) qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit*" ("Saibam (...) que entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta").

Date Created

24/12/2021