Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v10,2022/10

ISSN 2178-6925

CASO BOATE KISS: ANALISE ACERCA DA DECISÃO DO STF SOB A LUZ DO DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL

BOATE KISS CASE: ANALYSIS ABOUT THE DECISION OF THE STF UNDER THE LIGHT OF CRIMINAL AND CONSTITUTIONAL LAW

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos

Acadêmico de Direito pela faculdade Alfa Unipac, Brasil.

E:mail kakarloseduardo@hotmail.com

Joel Diego Teixeira Batista

Acadêmico de Direito pela faculdade Alfa Unipac, Brasil.

E:mail: joeldiegotbatista@gmail.com

Thalles da Silva Contão

Graduado em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro (FENORD). Pós-Graduado em Docência no Ensino Superior na Faculdade São Gabriel da Palha (IESG). Pós-Graduado em Direito Administrativo na Faculdade de Educação e Tecnologia da Região Missioneira (FETREMIS). Pós-Graduando em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM). Professor Orientador pela faculdade Alfa Unipac, Brasil.

E:mail: thallesdasilvacontao@gmail.com

Aceite 03/11/2022 Publicação 03/12/2022

Resumo

Em 10 de dezembro de 2021, quatro acusados pelo incêndio na boate Kiss que vitimou fatalmente 242 pessoas e deixou mais de 600 feridas - os sócios da boate Elissandro Spohr e Mauro Hoffmann, e o vocalista do programa e ex-produtores Marcelo dos Santos e Luciano Bonilha - foram condenados. Todavia, a condenação tão esperada, chegou com grandes reviravoltas que estão causando uma enorme motivação e diversos posicionamento na área jurídica. Neste diapasão, o presente artigo pretende abordar a constitucionalidade da pena aplicada, bem como sua previsão no Direito Pena. Quanto a metodologia, trata-se de uma revisão bibliográfica com busca na

ISSN 2178-6925

legislação e artigos que tangessem sobre o tema. Por fim, conclui-se que os entendimentos pessoais conflitantes com normas legais e/ou constitucionais, encontram-se habilitados a impor “seus direitos”, e exercer seu poder de forma irrestrita que só contribui para a discórdia e desacredita a justiça, muito menos no dano observado na pessoa que localiza o alvo - às vezes irreparável

Palavras-chave: Boate Kiss; Direito Penal; Direito Constitucional; Incêndio.

Abstract

On December 10, 2021, four accused of the fire at the Kiss nightclub that fatally killed 242 people and left more than 600 injured - club members Elissandro Spohr and Mauro Hoffmann, and the show's vocalist and former producers Marcelo dos Santos and Luciano Bonilha - were condemned. However, the long-awaited conviction arrived with major twists that are causing enormous motivation and diverse positioning in the legal field. In this vein, this article aims to address the constitutionality of the penalty applied, as well as its prediction in Penal Law. As for the methodology, it is a bibliographic review with a search in legislation and articles on the subject. Finally, it is concluded that personal understandings conflicting with legal and/or constitutional norms are able to impose “their rights,” and exercise their power in an unrestricted way that only contributes to discord and discredits justice, much less on the damage seen on the person locating the target - sometimes irreparable.

Keywords: Kiss nightclub; Criminal Law; Constitutional right; Fire.

1. Introdução

Em 27 de janeiro de 2013, um desastre atingiu a cidade de Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul, chocando todo o estado do Rio Grande do Sul, o Brasil e a comunidade internacional.

Um incêndio iniciado por um artefato pirotécnico matou 242 pessoas em poucos minutos, a maioria sufocada por fumaça tóxica e impossibilitada de sair do ambiente devido à falta de saídas de emergência adequadas; não houve imediata Além das mortes, 636 pessoas ficaram feridas em o combate a incêndios.

Até hoje, esse fato horrível ainda assombra as famílias e amigos das vítimas fatais e dos feridos graves, o que gerou processos criminais contra Elissandro Spohr e Mauro Hoffmann (empresários e sócios da boate), Marcelo de Jesus dos Santos (vocalista da Gurizada Fandangueira) e Luciano Bonilha Leão (produtor musical).

Após quase 9 anos depois do grande evento, os réus foram julgados por um júri do Fórum Central da Comarca de Porto Alegre/RS – em face de desaforamento – o que inspirou o júri a analisar todos os aspectos relacionados ao evento e suas

ISSN 2178-6925

consequências.

Todavia, tais acontecimentos gerou enorme burburinho no meio jurídico sobre a constitucionalidade das decisões tomadas. Portanto, este artigo irá explanar sobre o assunto de forma a esclarecer os acontecimentos e o real motivo desta nova comoção acerca do “Caso Kiss”.

A início, será feito uma breve releitura do caso de comoção mundial que matou 242 pessoas e feriu mais de 600, bem como um breve histórico de seu caminhar processual até a condenação dos réus.

Em seguida, aborda-se á sobre o princípio da presunção de inocência que assegura que até o veredicto final de uma sentença criminal condenatória o, indivíduo deve ser considerado inocente.

Nesse sentido, este estudo visa compreender os principais argumentos que justificam a execução provisória de penas, bem como explicações sistemáticas por meio da análise da estrutura dos processos penais, e a sensação de impunidade que as penas de execução tardia podem evocar na sociedade.

Dessa forma, o presente trabalho visa facilitar as investigações sobre se essa alteração, que proíbe a execução prevista de pena após condenação, é constitucional ou inconstitucional, do ponto de vista dos meios informais de alteração da constituição, apresentando os principais argumentos contidos no artigo 5°, LVII, da Carta Magna de 1988. Dando continuidade ao tema, também será apresentado a posição do STF frente ao supracitado princípio.

Por fim, será feito uma sucinta analise acerca do julgamento realizado em 10 de dezembro de 2021, e sua polemica sobre a constitucionalidade das decisões proferidas.

1.1 Objetivos

Este estudo tem por objetivo fazer uma análise de forma sucinta acerca da decisão tomada no final de 2021 pelo Ministro Luiz Fux, Presidente do STF, autorizando a prisão imediata das pessoas condenadas pelo incêndio na boate Kiss. Diante de inúmeras críticas de advogados criminalistas sobre a decisão do ministro, dizendo ser a mesma inconstitucional, pois violava o princípio da presunção de inocência, criou-se a necessidade da explanação do tema. Busca-se também conceituar tal princípio, bem como fazer um comparativo de sua aplicabilidade na Constituição Federal e no Supremo Tribunal Federal.

ISSN 2178-6925

2. Revisão da Literatura

2.1. O Caso Boate Kiss

Em 27 de janeiro de 2013, Nightclub Kiss organizou uma festa universitária chamada "Agromerados". A Banda Gurizada Fandangueira estava se apresentando no palco quando um dos integrantes disparou um artefato pirotécnico que atingiu parte do telhado do prédio e pegou fogo. O fogo se espalhou rapidamente, matando 242 pessoas e ferindo mais de 600. A responsabilidade é determinada em seis processos judiciais. A principal delas foi tramitada na Vara Criminal da 1ª Comarca, dividiu-se e deu origem às outras duas (falso testemunho e fraude processual). (TJRS, 2021).

Imagem 1- Movimentação em frente à boate Kiss, em Santa Maria (RS), após o incêndio.



Fonte: CNN BRASIL, 2021

No processo criminal, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, empresários e sócios do Boate Kiss, Marcelo de Jesus dos Santos da Banda Gurizada Fandangueira e o produtor musical Luciano Bonilha Leão foram responsáveis por homicídio simples (242) mortes; e 636 quase acidentes, número de feridos), segundo a ação penal de número 027/2.13.0000696-7[1].

Em 1º de março de 2013, foi decretada prisão preventiva pela Primeira Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e em 29 de maio de 2013, fora impetrado habeas corpus pelo advogado Omar Obregon, defensor do músico Marcelo de Jesus dos Santos, ao qual fora denegado pela comissão julgadora.

[1] Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Boate Kiss: Ação Penal.** Disponibilizado em: https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/pagina/boatekiss_juri Acesso em 02 de maio de 2022.

ISSN 2178-6925

> HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DA **BOATE KISS**. TRAGÉDIA AMPLAMENTE CONHECIDA DE TODA A SOCIEDADE BRASILEIRA. PRISÃO TEMPORÁRIA. PACIENTE ACUSADO DE TER PROVOCADO O FOGO. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO BEM DEMONSTRADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NA ORIGEM DO FATO. QUESTÃO QUE DEPENDE DE ANÁLISE DA MATÉRIA DE FATO. INVIABILIDADE DE EXAME NESTA ESTREITA VIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. Ordem de habeas corpus denegada. (Habeas Corpus, Nº 70053217519, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em: 20-02-2013) [TJRS, Habeas Corpus nº70053217519, 2013.]

O Ministério Público recorreu da decisão ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, inclusive pedindo à Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que tomasse medidas cautelares para suspender a soltura até que o recurso fosse julgado e ao Supremo Tribunal Federal para suspender a liberdade do réu. Todos os recursos e liminares negados.

Em 27 de julho de 2016, o juiz decidiu sobre as acusações de homicídio e tentativa de homicídio contra os quatro réus, com base nos termos exatos da denúncia apresentada pelo Ministério Público, como segue em trecho da sentença publicada pelo relator Ulysses Fonseca Louzada

> **EX POSITIS**, julgo **PROCEDENTE** a denúncia para o fim de **PRONUNCIAR** os acusados ELISSANDRO CALLEGARO SPOHR, LUCIANO AUGUSTO BONILHA LEÃO, MAURO LONDERO HOFFMANN E MARCELO DE JESUS DOS SANTOS**,** qualificados anteriormente, como incursos 242 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, e no mínimo 636 vezes nas sanções do art. 121, §2º, incisos I e III, na forma dos arts. 14, inciso II, 29, *caput* e 70, primeira parte, todos do Código Penal, o que faço com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal. [TJRS, Sentença do Processo de **Nº 027/2.13.0000696-7,** 2016]

A defesa dos quatro arguidos recorreu para o tribunal (nº 70071739239), e em 30 de novembro de 2016, o Ministério Público Criminal emitiu parecer para manter a pronúncia e em 22 de março de 2017, a 1ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente, por 2 a 1, a acusação contra os dois sócios de fato da boate Kiss, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, e dois integrantes da banda Gurizada Fandangueira – Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão – 242 homicídios e 636 tentativas de homicídio. Mantém-se o entendimento da intenção final do homicídio, o que preserva a capacidade de julgamento do júri. No entanto, a maioria dos juízes entendeu qualificadores excludentes (fogo, asfixia e Torpeza) [2].

Nove anos após o incêndio, em Santa Maria, no Rio Grande do Sul, parentes

[2] Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Boate Kiss: Ação Penal.** Disponibilizado em: https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/pagina/boatekiss_juri Acesso em 02 de maio de 2022.

ISSN 2178-6925

das vítimas acreditam que a justiça começou. Em dezembro de 2021, quatro pessoas acusadas pelo Ministério Público (MP) foram condenadas por um júri popular a penas que variam de 18 a 22 anos, inicialmente em regime fechado, sendo elas: Elissandro Callegaro Spohr: 22 anos e 6 meses; Mauro Londero Hoffmann: 19 anos e 6 meses; Marcelo de Jesus dos Santos: 18 anos e; Luciano Bonilha Leão: 18 anos. (TJRS, 2021).

2.2. A presunção de inocência e a Constituição Federal de 1988

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios fundamentais do direito brasileiro, responsável pela proteção das liberdades individuais, regulamentado pelo art. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 afirma: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Dado que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda legislação constitucional deve isentar e obedecer a esse princípio. (Novo, 2018).

Portanto, o artigo 57 estipula o princípio da presunção de inocência, também conhecido como "princípio da inocência". Segundo ele, ninguém pode ser considerado culpado somente após um julgamento final, respeitando o devido processo legal (que explicamos no inciso LIV) e, portanto, observado o direito à autocontradição e a uma defesa adequada e quando não for mais possível recorrer de uma decisão judicial. (Santos e Chagas, 2020).

Para Mirabete, a correta formulação do princípio da presunção de inocência deve ser o “princípio do estado de inocência”. Como explicou, o uso da palavra, se usado ao extremo, não deve condenar ninguém. Portanto, em sua opinião, ele deve mencionar tal princípio como “estado de inocência”.

> Por isso, nossa Constituição Federal não “presume’ a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art.5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado. Pode-se até dizer, como faz Carlos J. Rubianes, que existe até uma presunção de culpabilidade ou de responsabilidade quando se instaura a ação penal, que é um ataque à inocência do acusado e se não a destrói, a põe em incerteza até a prolatação da sentença definitiva[...]. (MIRABETE, 2003. p.41,42)

No mesmo sentido, há concordância quanto à necessidade de explicar o conteúdo semântico da presunção de inocência, pois, caso contrário, as pessoas não podem ser declaradas culpadas.

O princípio da presunção de inocência tem ampla aplicação no direito

ISSN 2178-6925

processual penal. Portanto, sua aplicabilidade prática no processo penal permanece inalterada. No entanto, é compreensível que o agente que não obteve uma sentença final contra ele deva ser considerado inocente em todas as circunstâncias. Isso porque a Constituição Federal não limita expressamente a implementação desse princípio. Direito Processual Penal. A interpretação do artigo 5.º do artigo 57.º deve ser feita em sentido lato, porque suas previsões estão incluídas no rol de direitos e garantias básicas. Diante de uma eventual absolvição, isso pode acarretar danos, pois o réu é considerado inocente perante a lei penal e, de outra forma, culpado. (Filho, 2020).

De acordo com os seguidores do documento, a Constituição prevê o que se conhece como “presunção de inocência”, pois em seu artigo 5º LVII afirma: “ninguém será considerado culpado” é bem diferente de pensar-se inocente. Esse é o pensamento da juíza federal Simone Schreiber (2010), que buscou nos ensinamentos de Manzini um caminho para sustentar um uso mais rigoroso dos princípios em estudo.

> [...] Não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita... Para Manzini, considerando que as presunções são meios de prova indireta através dos quais se chega a determinado convencimento, absoluto ou relativo, com base na experiência comum, é impróprio falar em presunção de inocência. Isso porque, com base na experiência, não se pode afirmar que a maior parte dos imputados tenha sido declarada inocente ao final do processo. Ademais, a própria imputação se apoia em indícios previamente colhidos contra o processado, o que por si impede que seja presumido inocente. Sustenta ainda que a presunção de inocência, tomada em todas as suas consequências, teria que levar, por exemplo, à abolição da prisão cautelar, e tornaria inócua a própria persecução criminal.

De acordo com o magistrado supracitado, o réu é considerado inocente até que seja provada a decisão final do julgamento criminal contraditório. Isso porque, para instaurar o processo penal, são necessárias provas substanciais de culpa e autoria, e esses elementos, se presentes, por si mesmos afastariam a ideia de inocência do sujeito e presumiriam sua culpa. (D´Almeida, 2010).

Em 2016, foram realizadas discussões sobre o tema com o Supremo Tribunal Federal, discutindo a questão do encarceramento em segunda instância. Vale ressaltar que, na época, acreditava-se que o réu começaria a cumprir sua pena uma vez condenado em segunda instância. Embora os fundamentos e possibilidades de recurso da condenação não tenham sido esgotados, o STF havia, à época,

sancionado a constitucionalidade da prisão em segunda instância. (Filho, 2020).

Filho (2020, p.09) ainda ressalta que em 2019, a mesma coisa foi levada ao Supremo Tribunal novamente. No entanto, desta vez, os resultados da votação mostraram um caminho diferente, que não é propício para a prisão em segunda instância. Portanto, o eixo central da discussão apresentada ao longo deste trabalho é baseado na avaliação. A mudança de posição do STF e, mais importante, a compreensão das motivações e justificativas para essa mudança, representa uma grande mudança no campo da sociedade jurídica.

2.2.1. A presunção de inocência e o STF –

Embora o princípio da presunção de inocência tenha sido afirmado na Constituição Federal de 1988, foi reconhecida a execução provisória de uma pena criminal de culpa, ou seja, o réu poderia ser condenado a pena de prisão antes que a pena se transformasse em pena conjunta.

Em seu acórdão HC 68.726, de 28 de junho de 1991, o Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira, assegurou que o princípio da presunção de inocência não impediria a execução provisória de penas[3].

> Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido

O entendimento na época era de que a condenação do réu em segunda instância era suficiente para justificar o mandado de prisão, pois o peso dos fatos e a autoria do crime permaneciam comprovados. Portanto, o réu pode interpor recurso especial ou extraordinário, porém como estes não têm efeito suspensivo, não impediriam a execução do mandado.

[3] STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26-11-1991. Disponivel em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corpus-hc-68841-sp Acessado em 06 de maio de 2022

ISSN 2178-6925

No entanto, em 5 de fevereiro de 2009, na sentença de Habeas Corpus 84.078 em Minas Gerais, a jurisprudência mudou, tendo o Juiz Eros Graus como relator. Por sete votos a quatro, argumentou-se que o princípio da presunção de inocência provou ser completamente incompatível com a execução de condenações antes que elas se tornassem definitivas.[4]

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 32 do CPP estabelece que "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se à pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado à condenação de cada qual.

Todavia, apenas em 17 fevereiro de 2016 que o Supremo Tribunal Federal facilitou uma mudança de paradigma em sua jurisprudência com sua decisão majoritária no, sobre a possibilidade de execução provisória, desde 2009.

Ocorre que, ao negar o habeas corpus, na decisão mais recente, o STF entendeu que não é princípio constitucional iniciar a execução da pena após a confirmação da condenação em segundo grau. A mudança de paradigma acima ocorreu na medida em que, desde o julgamento de 2009, os tribunais condicionaram a execução das penas ao trânsito em julgado da sentença condenatória, vedando, é

[4] STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponivel em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg Acessado em 06 de maio de 2022

ISSN 2178-6925

claro, a possibilidade de prisão preventiva ou temporária nas modalidades de prisão cautelar (Garcez, 2016).

O Ministro Teori Zavascki, Relator do HC 126.292, insistiu que a manutenção da sentença penal em segunda instância concluísse a análise dos fatos e das provas que comprovam a culpa do infrator, autorizando o início da execução da pena. O eminente ministro votou pela não concessão do habeas corpus, argumentando que a execução penal da culpa após confirmação secundária não viola o princípio da presunção de inocência. Ele sustenta que um indivíduo pode ser presumido inocente até que uma condenação criminal de segundo grau seja reconfirmada e, portanto, será considerado culpado após a confirmação. Ele também argumentou que a inocência da parte não poderia ser comprovada por meio de outras provas que não a revisão criminal porque não houve recurso para discutir questões fáticas após a segunda instância.

Ministro Teori Zavascki exposto.

> O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal (HC 126.292/SP, 2016).

Após esses debates, estabeleceu-se um novo parâmetro, ou seja, não é mais reconhecida a presunção de inocência do réu, ou seja, a confirmação da condenação e sentença em segunda instância, razão pela qual alguns doutrinadores acreditam que o Supremo Tribunal Federal "relativizou" o princípio da presunção de inocência.

No entanto, em nossa opinião, s. M.J. argumenta que o princípio permanece o mesmo e que o que acontece na espécie é “uma nova interpretação do momento em que termina a presunção de inocência”. Anteriormente à decisão do HC 126.292, havia o entendimento de que a presunção de inocência permanecia em vigor até “transição da pena para aplicação da pena criminal”, e agora, há o entendimento de que a presunção de inocência permanecia em vigor até “confirmação secundária da condenação"

2.3. O princípio da presunção de inocência e a seletividade do Sistema de Processo Penal

A importância dessa discussão tem a ver com o fato de que as consequências da inocência são amortizadas após as condenações secundárias, ou seja, à medida

que o processo avança, a presunção de inocência perde sua validade e as condenações secundárias são confirmadas. Por exemplo, ele fica sem energia.

Assim, geralmente, recursos especiais ou recursos especiais são aqueles que dispõem de recursos financeiros consideráveis, às vezes apenas para fins de atraso, para buscar a prescrição do processo penal. Na maioria das vezes, esses recursos exigem a contratação de bons advogados, o que não é possível com favorecidos, muitas vezes beneficiários da justiça liberal e defendidos pela Defensoria Pública, cujo julgamento final é feito em segunda instância, não há possibilidade em último caso, quando já não estão detidos, o que acontece na maioria dos casos (Vieira, 2020)

De acordo com Zaffaroni (2011), a seletividade é um controle social punitivo institucionalizado desde a ocorrência ou suspeita de ocorrência de um crime até a execução de uma pena.

Sabe-se que essa seletividade atinge prioritariamente negros e pobres e, mesmo indiretamente, tem efeitos danosos, como o desrespeito a princípios como a presunção de inocência, a defesa adequada e o devido processo legal.

Confirmando esse entendimento, afirma-se que, apesar de ser atribuído a um pequeno número de pessoas, grande parte da sociedade está engajada na atividade criminosa, e que este não é um procedimento restrito a uma pequena parcela da população (BARATTA, 2011, p. 103), tornando-se:

> um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 2011, p. 113).

Deve-se levar em conta o fato de que a estrutura de poder (político e econômico) de uma sociedade é formada por grupos que estarão mais próximos ou mais distantes do poder (ZAFFARONI, 2011, p.62), ou seja, “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as” (ZAFFARONI, 2011, p.76).

No entanto, para o presente trabalho, o processo de criminalização secundária é mais relevante, e ocorre com instâncias de implementação de políticas criminais, setor público, judiciário e imprensa. Segundo Orlando Zaccone (2004, p. 184., a condenação criminal em segundo grau é uma ação punitiva contra determinada pessoa, que se desenvolve desde uma investigação policial até a condenação e execução. É no momento da aplicação do direito penal que o viés seletivo do sistema de justiça criminal se torna mais aparente, pois, como colocam os autores:

ISSN 2178-6925

> (...) não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, opta entre o caminho da inatividade ou da seleção. (2004, p. 184).

Como se vê, embora o sistema penal seja igualitário, justo e comprometido com a dignidade humana, se analisado sob sua perspectiva

A realidade e a prática cotidiana se mostram seletivas, repressivas e estigmatizadas. Pretende ser um sistema que garante uma ordem social justa, mas serve como ferramenta para institucionalizar o controle social.

Para Vera Malaguti, crime ou desvio não é um fenômeno natural, mas a construção de um sistema de controle (2009, p. 27). Nesse sentido, os procedimentos de criminalização e a prisão têm se mostrado meios eficazes de controle social sobre determinadas categorias de indivíduos. É o que aponta Wacquant, para quem a emergência do Estado neoliberal tornou mais proeminente o Estado punitivo, cuja lógica é deixar de investir em políticas públicas para promover o desenvolvimento socioeconômico da população e depois enviar os marginalizados para prisão (2001. p.07). Na verdade, seria uma função simbólica de punição para determinadas ações, ou seja, controle social de uma classe considerada perigosa.

Além disso, o ordenamento penal nacional com recursos excessivos permite sucessivos atrasos na conclusão dos processos, o que favorece uma situação de impunidade e favorece réus com rendimentos principalmente financeiros, como políticos e pessoas influentes. Juristas a favor da prisão antecipada argumentam que, após condenação em segundo grau, o acusado deve ser enviado para a prisão, pois não há mais dúvidas sobre a autoria e o significado do crime.

Por esse conjunto de razões, alguns estudiosos têm defendido que é mais vantajoso manter o caminho percorrido pelos “Guardiões da Lei Maior” entre 2016 e 2019, qual seja, a possibilidade de execução de penas após condenação, o que poderia ajudar a desfazer a crescente disfunção do sistema penal. (Vieira, 2020)

2.4. O caso boate Kiss e o Estado de decisões inconstitucionais do STF

O processo referente ao caso acima mencionado teve julgamento realizado em 10 de dezembro de 2021, encerrando a orientação processual com a condenação dos réus. Embora o veredicto do júri era esperado no sentido das condenações, o desenvolvimento pegou a advocacia de surpresa. Inicialmente, o presidente do júri

ISSN 2178-6925

impôs a execução imediata da pena em regime fechado, nos termos do novo dispositivo introduzido no Código de Processo Penal, artigo 1º da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

No entanto, o grande acontecimento no caso veio após a decisão. Os ilustríssimos advogados de defesa dos réus obtiveram um habeas corpus preventivo da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A tutela constitucional é bem administrada de acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior, que estabeleceu a posição de que a execução provisória de veredictos do júri é impossível. Portanto, pelo menos em tese, o acusado não pode ser preso mesmo que a condenação tenha sido antecipada no caso. (Bandeira, 2022).

O ministro Fux aprovou uma medida cautelar para suspender a liminar para reverter a decisão do juiz. Para o Ministro, a execução do veredicto pelo júri não depende de decisão de apelação ou de qualquer outro recurso. Uma prisão imediata por um júri representa o interesse público em fazer cumprir a sentença.

A Vara Criminal do TJ-RS nº 1 confirmou a liminar do juiz. Fux, no entanto, anulou qualquer decisão colegiada do TJ-RS que pudesse ter beneficiado os réus no caso da boate Kiss e impediu sua libertação (Rodas, 2021)

A reação à segunda decisão suscitou novamente diversas manifestações, como o pronunciamento da Associação Nacional de Defesa Criminal-ANACRIM (2021), que rejeitou textualmente ambas as decisões e no artigo legal refutando as razões apresentadas na seguinte nota de repudio.

> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA ADVOCACIA CRIMINAL – ANACRIM, vem a público manifestar repúdio às decisões do Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal, que, no âmbito da Suspensão de Liminar nº 1504/RS, proferiu 02 (duas) decisões, uma delas sustando os efeitos de "eventual" decisão colegiada de concessão do Habeas Corpus nº 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
> O Min. Fux inova ao aplicar, equivocadamente, a Lei 8.437/92 no âmbito criminal, criando um precedente deveras perigoso, já que permite a supressão de instâncias com base em legislação sem qualquer aplicabilidade em matéria penal.
> Demais disso, a decisão do Min. Fux esgota o remédio constitucional do Habeas Corpus, inaugurando um teratológico precedente de proibição, per saltum, de decisão concessiva de liberdade em HC antes mesmo de a decisão ser proferida pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
> Monocraticamente, de forma solipsista, à margem do Direito, o Min. Fux golpeia, mais uma vez, o Processo Penal brasileiro, criando um inaceitável ambiente de insegurança jurídica, acolhendo um descabido pedido de Suspensão de Liminar proposto temerariamente pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, desprezando a presunção de inocência e o

ISSN 2178-6925

> devido processo legal, impedindo que um Tribunal de Justiça exerça jurisdição se a decisão for pela concessão da liberdade.[5]
>
> Que fique registrado, portanto, nosso repúdio às decisões do Min. Fux no âmbito da Suspensão de Liminar nº 1504/RS.

Para o ministro Luiz Fux, a decisão de manter o TJ-RS vai gerar um sério compromisso com a ordem e segurança públicas. Isso porque, segundo ele, uma vez comprovada a responsabilidade criminal do réu pelo tribunal do júri, a soberania de seu julgamento deve prevalecer nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII "c" da Constituição Federal, "para executar a condenação do júri imediatamente, executando julgamentos de interesse público"

O presidente do STF também entendeu que a polêmica decisão desrespeitou o disposto no Código de Processo Penal (CPP) introduzido pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), segundo o qual cabe recurso contra sentença do júri, no caso 15 anos ou mais, sem suspender o efeito da condenação[6].

Para finalizar, impetrada ordem de *habeas corpus* contra as decisões do Ministro Fux, o Ministro Dias Toffoli negou seguimento ao pedido, afirmando que "O teor das penas impostas aos pacientes superou o piso de 15 anos uma vez que fixadas entre 18 anos e 22 anos e 6 meses de reclusão. Portanto, sob todos os aspectos, a bem fundamentada decisão do presidente do STF não evidenciou resquício de ilegalidade, de abuso de poder ou de teratologia".

Cerraram-se as portas dos presídios ao paciente e beneficiados até que o *habeas corpus* seja submetido à julgamento pela Corte Suprema, ou que o Tribunal do Rio Grande do Sul aprecie a apelação respectiva, quando poderá determinar novo julgamento ao reconhecer a presença de nulidades, o que lhe permitirá dispor sobre a liberdade dos inculpados (Martins, 2022).

3. Considerações Finais

Os eventos descritos neste artigo são, sem dúvida, polêmicos e geram muitas

[5] CIENCIAS CRIMINAIS. Caso Kiss: **ANACRIM publica nota de repúdio às decisões de Fux**. Disponivel em: https://canalcienciascriminais.com.br/caso-kiss-anacrim-publica-nota-de-repudio-as-decisoes-de-fux/ Acessado em 17 de maio de 2022.

[6] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Presidente do STF determina imediato cumprimento das penas aplicadas aos condenados pelo caso da boate Kiss.** Disponivel em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=478374&ori=1 Acessado em 17 de maio de 2022.

ISSN 2178-6925

discussões e posicionamentos jurídicos, sugerindo que o Brasil passa por um período de insegurança jurídica.

A constituição de 1988, conhecida por muitos como a "constituição cidadã", foi inspirada por memórias negativas da era da liderança da junta e a consequente assimilação das conquistas civilizacionais dos indivíduos, com vários direitos e garantias individuais.

Mesmo assim, instigado por formadores de opinião; pelas consequências da incapacidade do Estado de cumprir suas obrigações, seja por portaria, formalidade, fiscalização, e de exigir o cumprimento das normas e postura das pessoas físicas e da lei; pelo mero fracasso na formação de indivíduos, porque não há escolas suficientes para crianças e jovens; por políticas imperfeitas de criação de empregos; o abandono de comunidades carentes por grupos criminosos em detrimento do Estado apoiar suas populações, todos contribuindo para a propagação da pobreza, levando à vulnerabilidade dessa população perante grupos criminosos, constatamos que governos e legisladores se deixam aprisionar no mais fácil (solução), ditada por ideologias cegas, pela ignorância, respeitar a Constituição, quando promulgam leis que visam apenas a prisão, tornando-a a regra e não o último rate, o que colide com os princípios de garantia dos direitos do povo, impede o melhor distribuição da justiça criminal e a criação de uma massa carcerária que seria difícil de administrar sem programas de reforma.

No que lhe concerne, os ministérios públicos e o judiciário não estão imunes a críticas. A primeira, no período mais recente, atua com firmeza na persecução penal, mas por vezes extrapolou sua atribuição, utilizou atalhos que tocam requisitos legais, e evitou o compromisso do órgão com a promoção da justiça, não apenas na punição, prisão e desmoralização pessoal.

No judiciário, também se observou que em muitos casos é absorvida a ideia dos juízes como agentes da segurança pública, figura que está longe da imagem esperada por aqueles investidos na função.

Em vez disso, em qualquer nível ou em qualquer situação, os juízes têm a responsabilidade de garantir o cumprimento da lei, o cumprimento da Constituição e, mais importante, o foco em fornecer uma resposta judicial justa, adequada, equilibrada e equitativa.

As repercussões do caso, entendimentos pessoais conflitantes com normas legais e/ou constitucionais, encontram-se habilitados a impor “seus direitos”, e exercer seu poder de forma irrestrita que só contribui para a discórdia e desacredita a justiça,

ISSN 2178-6925

muito menos no dano observado na pessoa que localiza o alvo — às vezes irreparável. O caso da ‘Boate Kiss' é simbólico, as lições aprendidas estão em vigor e a reflexão é obrigatória.

Referências

BANDEIRA, Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira. **O caso boate Kiss e o Estado de decisões inconstitucionais do STF.** Disponivel em: https://www.migalhas.com.br/depeso/357593/o-caso-boate-kiss-e-o-estado-de-decisoes-inconstitucionais-do-stf Acessado em 17 de maio de 2022.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 211.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 02 de maio de 2022.

CIENCIAS CRIMINAIS. Caso Kiss: **ANACRIM publica nota de repúdio às decisões de Fux**. Disponivel em: https://canalcienciascriminais.com.br/caso-kiss-anacrim-publica-nota-de-repudio-as-decisoes-de-fux/ Acessado em 17 de maio de 2022.

D'AMEIDA, Rafael Vidal Cendon. **A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEU ALCANCE E APLICAÇÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** Disponivel em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1412/1098 Acessado em 02 de maio de 2022

FILHO, Valdenir dos Santos Batista. **PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.** Disponivel em: https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/Valdenir%20dos%20Santos%20Batista%20Filho(1).pdf . Acesso em 02 de maio de 2022.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF: O julgamento do HC 126.292.** Disponível em https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292 .Acessado em 06 de maio de 2022

NOVO, Benigno Nuñez. **O princípio da presunção da inocência.** Disponivel em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20Presun%C3%A7%C3%A3o%20de,julgado%20de%20senten%C3%A7a%20penal%20condenat%C3%B3ria%E2%80%9D. Acesso em 01 de maio de 2022.

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. Revista MPMG Jurídico, ano 3, n.11, p. 45-47, 2007.

MPRS. **Boate Kiss: Ação Penal.** Disponibilizado em: https://www.mprs.mp.br/hotsite/boatekiss/#!/pagina/boatekiss_juri Acesso em 25 de abril de 2022

MIRABETTE, J. F. Processo Penal. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2001.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Prisão do réu é efeito automático da condenação pelo tribunal do júri: decisão do Ministro Luiz Fux no caso da boate Kiss respeita a soberania do júri popular**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6768, 11 jan. 2022. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/95822 . Acesso em: 28 abr. 2022.

RODAS, Sergio. **Decisões de Fux no caso da boate Kiss respeitaram soberania do júri.** Disponivel em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-23/decisoes-fux-boate-kiss-respeitaram-soberania-juri Acessado em 17 de maio de 2022

SANTOS, Felipe Castro Batista dos; CHAGAS, **INCISO LVII – PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.** Disponivel em: https://www.politize.com.br/artigo-5/presuncao-da-inocencia/ . Acesso em 01 de maio de 2022.

SCHREIBER, Simone. Presunção de inocência. Disponível em https://jus.com.br/artigos/7198/o-principio-da-presuncao-de-inocencia . Acesso em 02 de maio de 2022.

STF. **Presidente do STF determina imediato cumprimento das penas aplicadas aos condenados pelo caso da boate Kiss.** Disponivel em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=478374&ori=1 Acessado em 17 de maio de 2022.

STF - HC: 68726 DF, Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26-11-1991. Disponivel em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751629/habeas-corpus-hc-68841-sp Acessado em 06 de maio de 2022

STF- HC. 126.292/SP, do Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Teori Zavascki, Data de julgamento: 17 fev. 2016. Disponivel em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246 Acesso em 07 de maio de 2022

STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponivel em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg Acessado em 06 de maio de 2022

TJRS, Sentença do Processo de **Nº 027/2.13.0000696-7**. Disponivel em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index . Acesso em 28 de abr. de 2021

_____, Habeas Corpus **nº70053217519**, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa Acesso em: 28 abr. 2022.

_____, **O Caso**. 2021 Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/. Acesso em: 28 abr. 2022.

VIEIRA, Matheus Levy da Silva. Princípio da Presunção de Inocência Frente à Execução Provisória da Pena. Disponivel em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-frente-a-execucao-provisoria-da-pena/ Acessado em 07 de maio de 2022.

ZACONNE, Orlando. O sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, v.14, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.