



ARIEL FERREIRA. ATÉ AQUI, 2019.

INSTALAÇÃO *SITE SPECIFIC*, PINTURA COM TINTA DE TERRA E ROCHAS,
MEMORIAL MINAS GERAIS VALE, PRAÇA DA LIBERDADE, BELO HORIZONTE.
FOTOGRAFIA: ARIEL FERREIRA.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO CASO DA BOATE KISS: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DO DIREITO DOS DESASTRES

MICHELLI LINHARES DE BASTOS*

MILENA DOS SANTOS VIEIRA**

CRISTIANE FELDMANN DUTRA***

RESUMO O incêndio na Boate Kiss foi um desastre químico que deixou 242 mortos e 623 feridos. Este artigo apresenta o direito dos desastres no sistema jurídico brasileiro e como o fato ocorrido na Boate Kiss enquadra-se nessa teoria. O objetivo desta pesquisa é analisar as responsabilidades do Estado, no caso concreto, por meio da teoria dos sistemas sociais. Utilizou-se do método hipotético-dedutivo com suporte racional de obras de Niklas Luhmann, dissertações e teses sobre os temas e as fases do direito do desastre estudadas por Daniel Farber, cotejando-as com as ações do desastre. Os resultados revelam uma responsabilização do Estado apenas na esfera cível, mas ainda parciais, tendo em vista que há processos em andamento.

PALAVRAS-CHAVE Boate Kiss. Direito dos desastres. Sistemas sociais.

THE RESPONSIBILITY OF THE STATE IN THE CASE OF KISS NIGHTCLUB: AN ANALYSIS OF THE BIASED LAW OF DISASTERS

ABSTRACT The fire at Boate Kiss was a chemical disaster that left 242 dead and 623 injured. This paper presents the law of disasters in the Brazilian legal system and how the fact that occurred at Boate Kiss fits this theory. The objective of this research is to analyze the responsibilities of the State, in this specific case, through the theory of Social Systems. We used the hypothetical-deductive method with rational support of books by Niklas Luhmann, dissertations and theses on the themes and phases of disaster law studied by Daniel Farber, comparing them with the actions of the disaster. The results of this research reveal that the State is responsible only in the civil sphere, but still partial, considering that there are processes in progress.

KEYWORDS Boate Kiss. Disaster law. Social Systems.

* Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter).

** Faculdade Verbo Educacional (VERBOEDU).

*** Centro Universitário La Salle (Unilasalle).

1. Introdução

Em 27 de janeiro de 2013, o Brasil amanhecia estarrecido com as notícias sobre um incêndio ocorrido em uma casa noturna, na cidade de Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul. O desastre químico da Boate Kiss retirou a vida de 242 pessoas e deixou 623 feridos. As vítimas passaram por tratamento de saúde por inalação de fumaça tóxica, queimaduras e até traumas psicológicos.

Há elementos suficientes de que havia superlotação no local, de que o material para isolamento acústico era altamente inflamável e tóxico e que a boate não cumpria os requisitos necessários para funcionamento, como ter apenas uma saída de emergência, por exemplo. No princípio do incêndio, foi utilizado um extintor que não funcionou por já estar sem lacre. Todos esses elementos revelam o descuido público e privado com os riscos. As escolhas comissivas e omissivas do poder público e da iniciativa privada levaram ao desastre.

O direito brasileiro desenvolve uma teoria de direito dos desastres, a qual abrange as fases de mitigação de riscos (não aplicada no caso Kiss), resposta de emergência, compensação e reconstrução. O desastre da boate Kiss trouxe uma reformulação legislativa nacional no que tange à prevenção a incêndios e desastres, revelando uma nova postura de escolhas após o ocorrido.

Este artigo busca analisar as responsabilidades do Estado diante do caso Kiss. Para isso, utiliza-se do aporte teórico dos sistemas sociais desenvolvido por Niklas Luhmann no sentido de que todo sistema é contingencial, ou seja, sempre há mais de uma possibilidade e escolhas precisam ser feitas. Essas escolhas geram, necessariamente, consequências. Os desastres são resultados de escolhas feitas e no pós-desastres há ensinamentos para se repensar tais escolhas.

2. Os sistemas sociais e o direito dos desastres

A virada linguística trouxe uma nova percepção interpretativa que rompe com as concepções clássicas e do positivismo, nas quais havia a ideia de simplicidade e mecanicismo, ou seja, a existência de uma única opção diante de um fato e o entendimento de que as conexões se movem em um sentido único. Nesse contexto, a teoria dos sistemas traz uma nova concepção para o direito, que deixa de ser visto como um conjunto ordenado de estruturas normativas e passa a ser compreendido como resultado de operações sociais que são perfectibilizadas pela comunicação. Logo, o direito é aquilo que é comunicado pelo direito como sendo o direito, pois o sistema é algo vivo e social, ou seja, o direito possui um autocontrole para determinar o que é direito e o que não é.

Niklas Luhmann é um importante estudioso da teoria dos sistemas sociais. Nas palavras de Luhmann (1983, p. 109): “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas”. A ideia de complexidade está vinculada ao entendimento de que sempre há um pluralismo de opções. A contingência abrange a concepção de que uma causa pode gerar consequências diferentes, ou seja, não existe determinismo, sempre poderia haver outra maneira (LUHMANN, 2016). Apesar de haver diferenciação entre os sistemas, sempre há comunicação entre eles que trazem estímulos de contingências, isso quer dizer que existe uma abertura cognitiva em cada sistema, ou seja, um sistema possui capacidade de se autocontrolar, mas também é alimentado por questões advindas de sistemas diversos. Por ser contingente, o sistema está diante de possibilidades de escolha, assim, o sistema social deve enfrentar as consequências das escolhas feitas. Diante disso, a teoria do risco faz-se interessante. Nas palavras de Luhmann (1992):

El sistema político puede observar un comportamiento riesgoso y al observarlo puede remitirlo a causas y estructuras, o a frecuencias estadísticas. En cuanto el comportamiento humano pueda ser identificado como causa, se puede hacer el intento de cambiar este comportamiento, no importa lo que ocurra en lugar de esto. En la actualidad es, sobre todo, la observación de los riesgos y peligros causados por la técnica los que tienen una coyuntura alcista en la política. Ya que en lo estructural la técnica es una simplificación que requiere de éxito, y por eso mismo necesita no tomar en cuenta las causalidades reales, y menos aún las únicamente posibles, la política tiene que calcular, en este campo, las irritaciones permanentes que se reproducen continuamente.¹

¹ O sistema político pode observar comportamentos de risco e, ao observá-los, pode se referir a causas e estruturas, ou a estatísticas. Se o comportamento humano puder ser identificado como a causa, pode ser feita uma tentativa de mudar esse comportamento, não importa o que aconteça. Atualmente, é, acima de tudo, a observação dos riscos e perigos causados pela técnica que têm uma conjuntura positiva na política. Como, no sentido estrutural, a técnica é uma simplificação que requer sucesso e, por esse motivo, não precisa levar em consideração as causalidades reais e muito menos as únicas possíveis, a política deve calcular, nesse campo, os problemas permanentes que se reproduzem continuamente (LUHMANN, 1992, tradução nossa).

2 A ciência social atual não possui modelos gerenciáveis de dinâmica social. Em particular, existe um desconhecimento sobre os limites críticos que determinam a perda de estabilidade estrutural do sistema. Embora devamos aceitar temporariamente o estado da arte geral, na pesquisa de desastres, não podemos manter uma indeterminação muito alta para entender e definir qual é a vulnerabilidade social ao desastre. Isso é particularmente crucial quando avançamos na hipótese de que a sociedade pós-desastre sociedade é uma extensão da pré-desastre (PELANDA, 1981, tradução nossa).

Portanto, o sistema político (que se comunica com o sistema do direito) precisa observar os riscos no momento de suas escolhas. A observação de atividades humanas de risco é fundamental para a adoção de mudanças necessárias no sentido de mitigar ou evitar desastres. O caso da boate Kiss representa um exemplo excelente nesse sentido: havia um comportamento humano reiterado de frequentar casas noturnas lotadas sem o conhecimento sobre saídas de emergência. O sistema político tinha uma questão contingencial sobre o modo como atuar sobre esse comportamento. A escolha por uma conduta omissa, de não fiscalização, resultou no desastre ocorrido. Luhmann (1992, n.p.) entende que a certeza é uma ficção humana, logo a teoria do risco é considerar o incerto para se ter algum controle sobre as situações.

Dessa forma, os desastres precisam ser vistos não como resultados de uma ação isolada, mas como consequência de um processo de escolhas. Pelanda (1981) entende que todo desastre, seja natural ou resultado da ação humana (tecnológico) está ligado a causas sociais. O autor realiza uma análise interessante:

Current social science does not have manageable models of societal dynamics. In particular, there is a lack of knowledge about the critical thresholds which determine the loss of the system's structural stability. Even though we must accept temporarily the general state of the art, in disaster research, we cannot maintain too high an indeterminacy in understanding and defining what is the social vulnerability to disaster. This is particularly crucial when we advance the hypothesis that the post-disaster society is an extension of the pre-disaster one.²

Pelanda (1981) relaciona os desastres com a vulnerabilidade. Ora, a vulnerabilidade é um produto das relações sociais. O conceito de vulnerabilidade é utilizado para designar grupos ou indivíduos fragilizados que necessitam de auxílio e proteção para a garantia e efetivação de seus direitos. Assim, o sistema político deve observar a questão da vulnerabilidade no momento de exercer suas escolhas para promover a proteção, principalmente, daqueles que estão em tal situação. O consumidor, por exemplo, é vulnerável diante do prestador de serviço. Logo, todas as pessoas que entraram na boate Kiss, na madrugada de 27 de janeiro de 2013, eram consumidoras de um serviço, portanto, um grupo de vulneráveis.

Além disso, o pensamento de Pelanda é interessante no sentido de que a sociedade pós-desastre continua sendo a mesma sociedade pré-desastre, ou seja, as pessoas continuam procurando entretenimento em casas noturnas após o incêndio da boate Kiss.

O que cabe ao sistema político é repensar suas escolhas, pois, conforme Luhmann, não existe determinismo, mas uma liberdade de escolhas diante das quais haverá consequências. Gilbert (1995) relaciona desastre com incerteza, assim um desastre é resultado de uma determinada comunidade que perde a capacidade de definir o que é sério e passa a enfrentar as causas e efeitos de riscos.

Faber (2012) desenvolve estudos sobre o direito dos desastres. Ao conceituar desastre, o autor critica a ideia de repentinidade que envolve apenas o momento em que este ocorre. Para ele, as questões preventivas e o desenvolvimento de ações pós-desastre são pontos importantes a serem considerados. Segundo Faber (2012), nenhum desastre é natural, pois os fenômenos físicos são apenas um componente indicador de risco. O planejamento sobre riscos deve levar em conta as ações humanas e os efeitos da tecnologia. No caso da boate Kiss temos um desastre químico: 234 pessoas mortas por intoxicação advinda de monóxido de carbono e gás cianídrico (TRIVELATO, 2013). A teoria do dominó, desenvolvida por Heinrich (1959) analisa que em uma fila de pedras de dominó alinhadas, a retirada de uma das pedras rompe a cadeia de consequências, ou seja, se tivesse sido feita uma análise de prevenção de riscos e uma ação tivesse sido tomada, retirando-se “a pedra do dominó da fila”, as consequências teriam sido mitigadas ou não ocorreria o desastre químico da boate Kiss (ALMEIDA, 2001).

Faber (2012) apresenta o ciclo do desastre: a) mitigação do risco que, conforme já explanado, os sistemas realizam escolhas que devem considerar os riscos para diminuir (ou até impedir) ações que gerem consequências desastrosas; b) resposta de emergência, em que o sistema do direito deve traçar linhas claras para que o Estado tome ações diante de um desastre ocorrido; c) compensação, que é uma consequência da não consideração de riscos por parte dos entes públicos; d) reconstrução e restauração, que envolve a situação social pós-desastre.

Hermes Zaneti Júnior (2020), em palestra sobre o direito processual dos desastres, analisou que o caso da Boate Kiss se enquadra em uma interpretação sob o viés do direito dos desastres, pois, ao lado de casos como os de Brumadinho e Mariana, tornou-se um dos casos emblemáticos para o sistema do direito pensar sobre o ciclo do desastre. Zaneti reflete que a situação da Boate Kiss era uma realidade que acontecia no país inteiro: casas noturnas sem a devida fiscalização de normas de segurança, funcionando com lotações acima do recomendado ³. Após o desastre da Kiss, o país

³ Destaca-se que a situação não é um problema exclusivo do Brasil, mas mundial. Em 2009, 156 morreram no incêndio da Boate Lame Horse, na Rússia; em 2004, 194 pessoas perderam a vida no incêndio da Boate República Cromañón, na Argentina; em 2003, 100 pessoas foram vítimas fatais no incêndio da boate The Station, nos Estados Unidos. Esses são alguns exemplos de como a conduta de não adoção de medidas de segurança em casas noturnas levaram a desastres.

4 Atualmente, as catástrofes e seus regimes legais aplicáveis são abordados em amplas áreas de estudo e prática jurídica, notadamente delito, contratos, direito administrativo e constitucional. Questões como responsabilidade e compartilhamento de riscos, quebra de contrato (com possíveis defesas de impraticabilidade comercial ou frustração de propósitos) e federalismo se baseiam na resposta e gerenciamento de desastres (FABER, 2012, tradução nossa)

inteiro mudou o modo de fiscalizar esse tipo de estabelecimento no sentido de buscar a mitigação de riscos.

Nessa perspectiva, afirma Faber (2012):

Presently, disasters and their applicable legal regimes are addressed within broad areas of legal study and practice, most notably tort, contracts, administrative, and constitutional law. Issues such as liability and risk-sharing, breach of contract (with possible defenses of commercial impracticability or frustration of purpose), and federalism each bear upon disaster response and management. ⁴

Portanto, o direito dos desastres envolve diversas questões desde atos ilícitos até responsabilidade e compartilhamento de riscos para trazer respostas às consequências geradas por um desastre. O caso da Boate Kiss envolve tanto uma esfera penal, que trata da apuração dos atos ilícitos cometidos, quanto uma esfera civil, sobre a responsabilização de quem deveria ter mitigado os riscos aos quais um grupo de vulneráveis foi exposto. Este artigo propõe-se a analisar ambas as esferas.

3. Assumir as consequências: as responsabilidades do Estado diante do desastre da Boate Kiss

Após o desastre, fica evidente que a fase de mitigação de riscos não foi observada. Assim, segue-se para as fases de resposta, compensação e reconstrução e o Estado possui responsabilidades em todas elas. Na obra “Teoria do Estado”, o jurista e teórico político alemão Hermann Heller (1968, p. 274) contesta as teorias de que o Estado seja uma simples abstração, ou uma ficção, ou a concepção kelseniana de que o Estado seria unicamente a unidade de uma ordem jurídica. Assim, Heller admite não ser possível a compreensão do Estado por meio da adoção de um critério científico-real. O Estado realiza-se por meio da unidade da ação humana organizada de maneira consciente. O conceito unitário de Estado trata que as dimensões normativas, sociais e políticas estatais compõem uma totalidade. Para Heller (1968, p. 279) é um erro analisar essa unidade estatal como um ato de vontade, “mas, em compensação, deve ser considerada como uma unidade real de ação”.

Portanto, ao adotar a concepção de Estado de Heller, entende-se que o Estado não deve ser visto de maneira teórica, mas como a unidade de ação que possibilita os meios para que os cidadãos se desenvolvam. Assim, vítimas, familiares das vítimas e a sociedade como um todo passaram a esperar as ações do Estado diante do desastre ocorrido, assumindo as consequências por suas escolhas ao não observarem os riscos.

Conforme analisa Nascimento (2016, p. 55), o caso da Boate Kiss revela tensões entre público e privado no âmbito do lazer. A autora pondera que no lazer privado os frequentadores costumam não considerar fatores de risco, nem buscam conhecimento sobre as normas de segurança e legislações. No entanto, mesmo sendo privado, os riscos não podem ser ignorados e/ou banalizados, havendo, assim, um âmbito público.

Kegler (2016, p. 26) considera que fatos como o incêndio da boate Kiss

colocam a credibilidade do Estado, instituições e governos sob suspeição. A morte coletiva, ocorrida dentro de um empreendimento formal – autorizado pelo poder público a funcionar – denuncia os limites da burocracia na mediação entre os diversos interesses que se entrecruzam nas relações estabelecidas pelos atores envolvidos, públicos e privados. O impacto é potencializado pela dimensão biopolítica do acontecimento, pois a morte coletiva denuncia a incapacidade de os dispositivos estatais protegerem a vida.

A segurança é um direito social assegurado no artigo 6º da Constituição Federal. Logo, o Estado possui o dever de garanti-la para a sua população. Essa omissão estatal na atuação da prevenção de riscos gerou grande comoção popular. O grande número de mortos e feridos trouxe no âmbito da comunidade o anseio para que a justiça acontecesse, para que fossem responsabilizados os agentes que de alguma forma contribuíram para que o desastre ocorresse.

3.1. A esfera criminal

O direito, principalmente o direito penal, possui uma função simbólica de que haverá soluções, respostas para os danos sofridos (TAVARES, 2012). Tal função fica evidente em casos famosos nos quais há o clamor social por justiça dentro do que o senso comum entende por justiça e instigado pelos pré-julgamentos midiáticos que envolvem casos de repercussão nacional (BIANCHINI, 2008, p. 24). Nesta seção, pretende-se analisar o papel do Estado como detentor da atividade jurisdicional e suas responsabilidades (ou não) penais no caso concreto.

Marinoni (2020) explica que o conceito atual de jurisdição transformou o conceito de legalidade, saindo de um reducionismo do sistema do Direito à lei e passando a ter a Constituição como balizadora das normas. A atividade jurisdicional, conforme a Constituição, é de competência do Poder Judiciário e garantida a todos, conforme artigo 5º, XXXV.

Como toda lesão ou ameaça de lesão a algum direito pode chegar ao Poder Judiciário e deve ser apreciada, o desastre da Boate Kiss não foi diferente. Em abril de 2013, o juiz de Direito Ulysses Fonseca Louzada, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria, acolheu denúncia do Ministério Público contra oito envolvidos no incêndio ocorrido na Boate Kiss. Foi eleita a Vara do Tribunal do Júri de Santa Maria como juízo competente para análise do fato.

A denúncia do Ministério Público apresentou os sócios-proprietários da danceteria, Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, e os músicos da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão, como réus pela prática de crimes de homicídio doloso qualificado (TRIBUNAL DE JUSTIÇA RS, 2020)

Desde a manhã do dia seguinte ao desastre, a mídia estava em peso reportando todas as informações para a sociedade; inclusive pelo fato de que a grande maioria dos mortos eram jovens universitários, a comoção foi inevitável por todos. Entretanto, essa pressão da sociedade por justiça (ou vingança) esteve muito presente durante o inquérito policial e a acusação do Ministério Público, e posteriormente durante todo o processo, que ainda aguarda julgamento.

Sabemos que a pressão popular é parcial e muitas vezes não vislumbra a justiça de fato, porém é notório que o poder público não deve se render às pressões da sociedade e deve realizar todos os procedimentos de forma imparcial, caso contrário corre o risco de usar a persecução penal para simples concretização do sentimento de vingança dos familiares e amigos das pessoas que perderam a vida na tragédia.

Ao aferir as possibilidades de responsabilização dos agentes diretamente envolvidos no caso, vislumbramos de forma mais concreta dois polos, quais sejam: o dolo eventual e a culpa consciente. Esses pontos são divergentes inclusive na doutrina, pois possuem uma diferença mais sutil, passível de serem confundidos ou trocados.

Uma conduta é considerada criminosa sendo voluntária e finalista, ou seja, prevenido e/ou admitindo o fim que produzirá.

Um fato criminoso possui vários aspectos a serem considerados. Alguns desses aspectos dizem respeito à própria constituição técnico-jurídica do crime. Assim, a relação causal entre a conduta e resultado criminoso compõem o fato típico (COELHO, 2002, p. 102).

A fim de confirmar a conceituação, retoma-se a teoria finalista adotada pelo Direito Penal Brasileiro, nas palavras de Coelho (2012, p. 96): “ação é, portanto, um acontecimento finalístico (dirigido a um fim), não um acontecimento puramente causal”. Sendo assim, para sabermos se um crime foi doloso ou culposos devemos nos ater ao aspecto subjetivo do agente, e não apenas ao fato delituoso objetivamente.

Passa-se a analisar a conceituação do dolo eventual para melhor compreender seu significado no contexto do tema em foco, lembrando que a forma genérica do dolo tem a premissa de, independentemente de sua modalidade, objetivar uma finalidade possível. Logo, não basta assumir o risco, é preciso aceitá-lo de forma consciente e voluntária.

O dolo não é apenas representação, vontade e consciência da ilicitude do resultado. É também anuência a este. Ele não olvida da teoria do consentimento. Age dolosamente não apenas o que quer livre e conscientemente um resultado, mas também quem, embora não o querendo de modo principal, aceita-o ou a ele anui. Na primeira hipótese, diz-se direto o dolo; na segunda, eventual (NORONHA, 1995, p. 135).

Essa doutrina esclarece que o dolo é o gênero, e eventual é a modalidade, os quais tipificam o crime. É importante ressaltar que no dolo eventual o indivíduo demonstra indiferença quanto ao possível resultado ocorrer ou não e, ao ser indiferente quanto à possibilidade de que o resultado ocorra, consente na sua produção (COELHO, 2002, p. 124).

Nesse mesmo entendimento:

O agente assume o risco da realização do evento. Ao representar mentalmente o evento, o autor aquiesce, tendo uma antevisão duvidosa de sua realização. Ao prever como possível a realização do evento, não se detém. Age, mesmo à custa de produzir o evento previsto como possível. Assume o risco, que é algo mais do que ter consciência de correr risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha a ocorrer (COSTA JÚNIOR, 1997, p. 85).

Observando o caso concreto novamente, agora sob a luz da conceituação do dolo eventual, resta o questionamento: será que os músicos ou os empresários de forma consciente assumiram o risco de matar centenas de pessoas? Os músicos, que perderam inclusive um colega da banda nesse desastre, Daniel Jaques, tiveram a previsão de que isso poderia acontecer e seguiram com seus atos? Essas são as perguntas que devemos responder para poder afirmar que os mesmos agiram com dolo nesse caso.

Assim, passa-se a analisar a denúncia oferecida pelo Ministério Público. O Relatório Final da 1ª Delegacia de Polícia de Santa Maria-RS sobre o inquérito policial nº 94/2013/150501 esclarece que o Ministério Público oferece denúncia em razão das circunstâncias do evento: os fogos de artifício eram inapropriados para o local; o local do evento não era preparado para nenhum tipo de show pirotécnico; os fogos de artifício foram acionados no palco, sem nenhum cuidado; a boate estava superlotada em relação a capacidade apurada em laudo pericial; a boate não apresentava saídas alternativas ou sinalização de emergência; a única saída disponível não apresentava dimensões para dar vazão às pessoas; a única saída disponível estava obstruída por obstáculos de metal do tipo guarda-corpo; os funcionários da boate não tinham treinamento de emergência; os seguranças da boate dificultaram a saída das vítimas nos primeiros instantes do fogo; os exaustores estavam obstruídos, impedindo a dispersão da fumaça tóxica, considerando homicídio com dolo eventual (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Como é possível observar, a denúncia levou em conta as circunstâncias fáticas objetivas para pugnar por dolo eventual, quando na verdade é imprescindível observar as circunstâncias subjetivas no árduo trabalho de distinguir dolo eventual da culpa consciente.

Para a configuração do dolo eventual, não basta a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado [...]. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa (BITENCOURT, 2003, p. 2016).

Ou seja, é necessário que, mesmo não sendo seu objetivo principal, no dolo eventual o agente consinta com o resultado auferido. Justamente a circunstância de vontade que o difere da culpa consciente. “Na conduta culposa, há uma ação voluntária dirigida

a uma finalidade lícita, mas, pela quebra do dever de cuidado, a todos exigido, sobre-
vém um resultado ilícito não querido, cujo risco nem sequer foi assumido” (CAPEZ,
2004, p. 63).

Observando as explicações desses juristas renomados entende-se um pouco mais
sobre a culpa consciente, portanto pode-se ressaltar que restou claro no inquérito po-
licial e mesmo na parte probatória do processo que em diversas situações do fatídico
evento houve imprudência por parte de todos os acusados, negligência por parte dos
empresários (permissão para show pirotécnico em ambiente inapropriado) e imperícia
em relação aos músicos (manuseio de fogo de artifício sem conhecimento para tanto),
entretanto o dolo, a vontade e/ou aceitação ao resultado não restou clara.

Uma coisa é a morte intencional de um homem (homicídio doloso); outra é a morte por
negligência, imprudência ou imperícia (homicídio culposo). Na conduta dolosa, acha-se
ela impregnada do elemento finalístico e consciente. Na conduta culposa, a finalidade é
diversa, já que não se pode conceber uma vontade que não busque um fim (COSTA JÚ-
NIOR, 1997, p. 87).

Analisando as possíveis tipificações, parece provável que, sabendo que se condena-
dos por culpa consciente a pena dos acusados seria em torno de três vezes menor em
relação a condenação por dolo eventual, o poder público, face a pressão popular para
uma condenação exemplar, mesmo que injusta, cedeu e optou por não reconhecer a
falta da circunstância volitiva dos acusados no caso em questão.

Os inquéritos da Polícia Civil-RS e o relatório técnico do CREA-RS apontaram pos-
síveis responsabilidades do Estado na ocorrência do incêndio, mas essas não foram
acolhidas nas denúncias aceitas pela justiça. Dentre tais responsabilidades estão o fato
de a boate Kiss ter obtido as licenças necessárias para funcionamento, a ignorância das
irregularidades apontadas pelo arquiteto da cidade no projeto de reforma da boate e a
liberação de alvará do Corpo de Bombeiros mesmo tendo sido constatado que o local
possuía apenas uma saída de emergência. A Associação dos Familiares das Vítimas
e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) ingressou com um processo
na Corte Interamericana de Direitos Humanos com a alegação de que o fato de ne-
nhum agente do Estado ter sido processado criminalmente incide em violação do aces-
so ao direito. Na mesma seara, um dos sócios da boate processa o poder público por
ter conhecimento das irregularidades e não ter impedido o funcionamento do local,

transpassando uma aparência de legalidade às condutas que eram tomadas na boate Kiss (KEGLER, 2016, p. 43).

Diante de tais questões, o Estado parece assumir uma postura responsável ao buscar a punição dos sócios e dos membros do grupo musical como uma resposta para o desastre, como uma atuação nas fases de resposta e compensação dentro do ciclo do desastre. No entanto, tal postura apresenta dois problemas: a) não isenta a responsabilidade criminal de agentes públicos no desastre; b) fere a atividade jurisdicional que deve acontecer dentro dos limites constitucionais e não como uma resposta para os apelos populares.

3.2. *A esfera cível*

Conforme exposto, não houve responsabilização penal do poder público no caso da Boate Kiss. No entanto, na esfera cível foi diferente. Nas apelações cíveis nº 70072959299 e nº 70072579477, ambas julgadas pela sexta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve a condenação do município de Santa Maria e do estado do Rio Grande do Sul, juntamente com os sócios da empresa Santo Entretenimentos LTDA (Boate Kiss), por danos morais (no primeiro processo a uma vítima que sobreviveu ao incêndio e no segundo processo aos pais de uma vítima fatal).

O desastre da boate Kiss, na esfera cível, é caracterizado pelos danos decorrentes da relação defeituosa na prestação dos serviços, o que, por sua vez, caracteriza a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, de acordo com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. O fato de se tratar de uma ação de consumo retira a necessidade de dolo ou culpa dos agentes, sendo necessário apenas o nexo causal e a falha na prestação do serviço (diferentemente do que ocorre na esfera penal).

Conforme explica Miragem (2013), o caso concreto da Boate Kiss envolve, além da desconsideração da personalidade jurídica em favor das vítimas para possibilitar o ressarcimento, os comportamentos comissivos e omissos dos entes estadual e municipal, concausas do dano. “Concausa que resulta da demonstração de que se o Estado e o Município tivessem atuado regularmente, o dano não se realizaria, ou ao menos, não nas proporções em que efetivamente ocorreu”. Houve falha no poder de polícia sobre a fiscalização do local.

Sobre normas municipais, na época do ocorrido, havia a Lei Municipal nº 3301/1991 que trazia à competência da prefeitura de Santa Maria, através do 4º Grupamento de Incêndio, analisar, exigir e fiscalizar o sistema de prevenção e proteção contra incêndio. Além disso, o decreto executivo nº 32/2009 regulava a expedição de alvarás de localização e sanitário, licenças ambientais e registro no Serviço de Inspeção Municipal (SIM) a autônomo.

5 Revogada pela Lei Complementar Nº 14376 de 26/12/2013.

Em nível estadual, a Lei Estadual nº 10.987/97⁵ determinava que o Corpo de Bombeiros “realizará inspeção anual em prédios considerados de riscos grande e médio e a cada dois anos nos prédios considerados de risco pequeno”. Já o Decreto Estadual nº 37380/97⁶ disciplinava os requisitos mínimos exigidos nas edificações.

6 Revogado pelo Decreto Nº 51803 de 10/09/2014.

Dessa maneira, no âmbito cível verificou-se a responsabilidade do poder público:

No caso concreto, porém, atribui-se ao ESTADO e ao MUNICÍPIO ações e omissões, de sorte que a sua responsabilidade deve ser analisada em ambas as perspectivas, porém, em especial, no que toca à ausência de fiscalização do estabelecimento, pois restou demonstrada a irregularidade da boate e, conseqüentemente, a falha no dever de fiscalização dos agentes públicos (BRASIL, 2017b).

Portanto, o Estado, ao fazer escolhas que não levaram em consideração riscos e que poderiam mitigar ou evitar o desastre, acabou sendo responsabilizado na esfera cível, diferentemente do que aconteceu na esfera penal, na qual nenhum agente estatal responde ao processo ainda em curso. Essas responsabilizações não ocorrem em tutela coletiva, mas em ações individuais promovidas por vítimas não fatais ou familiares de vítimas fatais.

3.3. A fase de reconstrução e restauração

Nascimento (2016, p. 60) analisa que o desastre da Boate Kiss

descortinou os riscos existentes por trás do pacote hedonista criado pelo lazer mercadoria. Trouxe à tona a necessidade de olhar com mais acuidade sobre como a segurança, direito social, vem sendo encarada pelos órgãos públicos e pelos proprietários de estabelecimentos privados.

Após o incêndio, a prefeitura de Santa Maria interditou as casas noturnas da cidade por 30 dias para realização de vistorias efetivas. Houve, durante o ano de 2013, grande número de estabelecimentos fechados devido a irregularidades. Além disso, o poder público passou a incentivar a fiscalização proativa.

Após dois anos da tragédia, uma pesquisa revelou que 81% dos brasileiros mudaram seu comportamento em lugares públicos. Dos entrevistados, 45% responderam que provavelmente passaram a observar os locais de saída de emergência em prédios e 40% passaram a evitar locais com aglomeração (GI-RS, 2015).

Na reportagem que divulgou a pesquisa, há o relato do engenheiro Telmo Brentano, especialista em prevenção de incêndios que fez parte de uma comissão especial do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea-RS):

Estive em algumas casas noturnas e o que constatei é que melhorou bastante do ponto de vista da segurança. O problema é que o povo brasileiro é reativo, não é preventivo. Ou seja, aqui só se reage a uma situação, nunca se previne. O projeto de lei contra incêndio estava na gaveta da Assembleia desde 1999, há mais de 10 anos engavetado. Depois da tragédia, em 10 meses fizeram uma nova lei (GI-RS, 2015).

A lei a que o engenheiro se refere é a Lei Complementar do Rio Grande do Sul nº 14.376, de 26 de dezembro de 2013. A mobilização legislativa não ficou restrita ao estado no qual ocorreu o desastre. Em 30 de março de 2017, foi publicada a Lei Federal nº 13.425, chamada de “Lei Kiss”, que estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público. Dentre as principais mudanças trazidas pela lei está a prevenção de incêndios e desastres como condição para execução de projetos que envolvam recursos da União; o Corpo de Bombeiros Militar deve fiscalizar edificações e áreas de reunião de público; poder público municipal e Corpo de Bombeiros Militar devem realizar fiscalizações periódicas em estabelecimentos comerciais, de serviço e residenciais multifamiliares.

4. Conclusões

A responsabilidade do Estado, como demonstrado precipuamente, entende-se inerente às suas funções, seguindo a doutrina dos sistemas sociais, pois o Estado tem o dever de optar pelas escolhas que deve realizar em relação a toda a sua organização e, principalmente, à proteção das pessoas, inclusive obedecendo ao princípio da Administração Pública da Supremacia do Interesse Público, no caso em tela a proteção específica do consumidor, que é interesse de toda a sociedade.

Como pode ser observado, a responsabilidade do Estado restou pífia e acarretou uma tragédia de proporções internacionais, com 242 mortes e centenas de vítimas. Desta forma, as violações do poder público sobre suas funções, de forma omissiva, pela não fiscalização, e até comissiva, pela entrega de alvarás a local inapropriado, são evidentes e precisam de uma sanção à altura.

Na esfera criminal entende-se que o erro do poder público esteja justamente em requerer uma punição tão rígida que não observa respaldo nas provas que basearam o processo que hoje aguarda julgamento. Veja, aqui não se pretende opinar pela inocência dos réus, pois reconhece que houve atitudes criminosas que, somadas às condescendências ilegais do Estado, culminaram nesse desastre. Entretanto, a tipificação do Ministério Público no oferecimento da denúncia, bem como a manutenção dessa tipificação durante todo o processo, não observa os princípios constitucionais do processo penal, rendendo-se às pressões da sociedade por uma pena que iguale a punição de todos os possíveis culpados por este evento terrível, inclusive o Estado.

Já na esfera cível, com a lucidez de reconhecer a falta da responsabilização do poder público em relação ao fato e, conseqüentemente, às suas vítimas fatais e às vítimas que em muitos casos dependem de tratamento até hoje, foi decidido pela condenação do Município, do Estado e dos sócios da empresa ao pagamento de danos morais. Destarte, restou confirmada, de forma judicial, a responsabilidade do poder público conjuntamente com os sócios da Boate, o que, ao fim e ao cabo, entende-se como o mais coerente.

Ainda retratando a responsabilidade do Estado, muitas ações por parte do poder público foram tomadas a partir desse desastre, como: o fechamento de casas noturnas para averiguar as condições de utilização dos espaços, a conscientização da população para verificar as saídas de emergência ao entrar em locais fechados.

Em âmbito nacional, houve diversos movimentos a fim de tornar mais rigorosa a liberação dos alvarás a estabelecimentos, inclusive uma lei federal foi criada instituindo diretrizes para a prevenção de incêndios e para a regularização dos estabelecimentos desse tipo, demonstrando a falibilidade dos atos que eram realizados pelo Estado nesse aspecto.

Com todo o exposto, é notável que o Estado por sua vez foi irresponsável no seu dever de proteção da sociedade e caso não o fosse, sem dúvida, o desastre não teria ocorrido ou ocorreria em proporções menores, poupando a vida de muitas pessoas.

Referências

ALMEIDA, Idelberto Muniz de. *Construindo a Culpa e Evitando a Prevenção: Caminhos da Investigação de Acidentes do trabalho em Empresas de Município de Porte Médio*. São Paulo: Tese. **Faculdade de Saúde Pública - USP**, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Política Criminal, direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal**. Material da 11ª aula da disciplina Política Criminal, ministrada no curso de Pós-Graduação Lato Sensu televirtual em Ciências Penais. Universidade Anhanguera – rede LFG, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.425, de 30 de março de 2017**. Estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; altera as Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13425.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça RS (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível 70072959299**. Relator: Ney Wiedemann Neto. DJ: 20/07/2017 (b). Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70072959299&code=6733&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em 25 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça RS (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível: 70072579477**. Relator Ney Wiedemann Neto. DJ: 29/03/2018. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70072579477&code=6733&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL. Acesso em 25 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte especial**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GILBERT, Claude. Studying Disaster: A Review of the Main Conceptual Tools. In: **International Journal of Mass Emergencies and Disasters**. Vol. 13, Nº 3, November, 1995, p. 231-240.

COELHO, Edihermes Marques. **Introdução ao direito penal contemporâneo**. Uberlândia: IjCon, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 37.380**, de 28 de abril de 1997. Aprova as Normas Técnicas de Prevenção de Incêndios e determina outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=11247&hTexto=&Hid_IDNorma=11247. Acesso em 23 maio 2020.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 10.987**, de 11 de agosto de 1997. Estabelece normas sobre sistemas de prevenção e proteção contra incêndios, dispõe sobre a destinação da taxa de serviços especiais não emergenciais do Corpo de Bombeiros e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=8371&hTexto=&Hid_IDNorma=8371. Acesso em 23 maio 2020.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Polícia Civil – Iffi Delegacia de Polícia de Santa Maria – RS. **Inquérito Policial nº 94/2013/150501**. 22 de mar. 2013. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf. Acesso em 05 maio 2020.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei complementar nº 14.376**, de 26 de dezembro de 2013. Estabelece normas sobre Segurança, Prevenção e Proteção contra Incêndios nas edificações e áreas de risco de incêndio no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/Mo10/Mo100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=60291&hTexto=&Hid_IDNorma=60291. Acesso em: 21 maio 2020.

FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 4(1), p. 2-15, janeiro-junho, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-DireitoDosDesastresEQuestoesEmergentesNoBrasil-5007566.pdf>. Acesso em 20 maio 2020.

GI RS. **Brasileiros mudaram hábitos após incêndio na Kiss, diz pesquisa**. 27 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/brasileiros-mudaram-habitos-apos-incendio-na-kiss-diz-pesquisa.html>. Acesso em 25 maio 2020.

HEINRICH, Herbert William. **Industrial Accident Prevention: a scientific approach**. New York: Mc Graw-Hill Book Company, 1959.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre JOU, 1968.

KEGLER, Bruno. *Redes de Comunicação Pública, Visibilidade e Permanência do Acontecimento Público Tragédia Kiss (Santa Maria, Brasil, 2013)*. Santa Maria: Tese. **Universidade Federal de Santa Maria**, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo, Vozes, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Marinoni Advocacia, Curitiba, [2012]. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Parecer de resposta à consulta da Defensoria Pública Estadual sobre a responsabilidade solidária do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Santa Maria/RS no acidente de consumo ocorrido com o incêndio da boate Kiss. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.22, n.88, p. 383-422, jul./ago. 2013.

NASCIMENTO, Thaianie Bonaldo do. *Lazer Mercadoria e Juventude: relações entre o público e o privado do caso concreto da Boate Kiss*. Santa Maria: Dissertação **Universidade Federal de Santa Maria**, 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PELANDA, Carlo. **Disaster and Sociosystemic Vulnerability**. Italy: Institute of International Sociology Gorizia, 1981.

SANTA MARIA. **Lei municipal nº 3301**, de 22 de janeiro de 1991. Disposições sobre normas de prevenção e proteção contra incêndio. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/lei-municipal-33011991-normas-de-prevencao-de-incendio.pdf>. Acesso em 22 maio 2020.

SANTA MARIA. **Decreto Executivo nº 32**, de 22 de fevereiro de 2006. Estabelece normas para a expedição dos licenciamentos municipais referentes aos Alvarás de Localização e Sanitário, Licenças Ambientais e Registro no Serviço de Inspeção Municipal – SIM e dá outras providências. Disponível em: <https://www.santamaria.rs.gov.br/docs/noticia/2013/02/D27-463.pdf>. Acesso em 22 maio 2020.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: BATISTA, Nilo. (Org.). **Discursos sediciosos**. 1ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, v. 19/20, p. 89-100.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA RS. **Tragédia de Santa Maria: recebida denúncia criminal contra oito envolvidos**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=4905>. Acesso em 25 maio 2020.

TRIVELATO, GILMAR. Compreender para Prevenir. **Revista Proteção**, ed. 256, Novo Hamburgo/RS, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direito Processual dos Desastres**. Palestra online no Grupo de Estudos Araken de Asis (GEAK). Coordenação de Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha. Ocorrida em 22 maio 2020, às 18 horas, pelo ZOOM.