

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.031 - RS (2017/0222748-4)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE : GERSON DA ROSA PEREIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

GERSON DA ROSA PEREIRA interpõe agravo em recurso especial contra a decisão de fls. 732-740, em que a Segunda Vice-Presidência do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** não admitiu o recurso especial interposto em seu favor.

Consta dos autos que o Ministério Público denunciou o ora agravante como incurso no art. 347, parágrafo único, do Código Penal, pela prática do seguinte fato delituoso:

[...]

Entre os dias 27 e 29 de janeiro de 2013, em horário não apurado, por primeiro na Rua das Açucenas, nº 139, Bairro Patronato, residência e local de trabalho de Josy Maria Gaspar Enderle, depois na sede do 4º Comando Regional de Bombeiros (CRB), na Rua Coronel Niederauer, nº 890, em Santa Maria, **os denunciados GERSON e RENAN, bombeiros, em comunhão de esforços e vontades, na pendência de processo administrativo, qual seja, o Inquérito policial de apurava a tragédia da Boate Kiss, inovaram artificialmente o estado das coisas, mais precisamente documentos, iniciado, com o fim de induzir a erro o Juiz, assim como os operadores do direito que atuariam na persecução penal.** Na primeira ocasião, em razão de entrevistas concedidas à imprensa pelo Comando dos Bombeiros com estimativa de que a capacidade da **Boate Kiss** fosse em torno de 1000 (mil) pessoas, a engenheira Josy Maria Gaspar Enderly contactou com o denunciado RENAN, de quem tinha o número de telefone, e esclareceu a ele que, por ter feito o projeto técnico de Plano de Prevenção Contra Incêndio (PPCI) para a Boate Kiss, em época próxima ao início do funcionamento e calculara que a capacidade seria de 691 (seiscentos e noventa e uma) pessoas; RENAN deslocou-se até a casa de Josy e, junto à filha desta, obteve via impressa daquele

cálculo, bem como de croqui retratando a planta baixa da boate; a partir de então, o Comando da Brigada Militar e dos Bombeiros, em entrevista coletiva à imprensa, retificou a informação sobre a capacidade da boate. Assim é que, na segunda data especificada, face a solicitação pelos Delegados de Polícia responsáveis pelo inquérito policial, de remessa de alvarás, de todos os documentos que compunham o histórico de funcionamento e de todos os documentos relativos às fiscalizações ou verificações, relativamente à Boate Kiss (ofício nº 125/2013 – fl. 188/IP, vol. I), os denunciados autenticaram o croqui (fl. 386/IP, vol. IV) e o cálculo populacional do estabelecimento (fl. 845/IP, vol. IV), que não estavam assinados e não constavam originalmente no PPCI (Plano de Prevenção Contra Incêndio) da Boate Kiss, porque nunca integraram oficialmente dito Plano, buscando assim eximirem-se (e/ou eximirem outros bombeiros) de qualquer responsabilidade, principalmente a penal, que estava sendo apurada, em relação à tragédia. Verifica-se que o cálculo populacional e o croqui retratando a planta baixa da boate tinham sido oficialmente utilizados apenas perante a Prefeitura Municipal de Santa Maria, para integrarem expediente administrativo de pedido de aprovação de projeto de reforma, feito em 30/09/2009, ainda pela firma Eecon Empreendimentos de Turismo e Hotelaria (fls. 4259 a 4301, vol. XVIII – especificamente fls. 4275 e 7276, e 4301).

Após regular instrução processual, **sobreveio sentença julgando procedente a denúncia para condenar o réu à pena de 6 meses de detenção**, em regime aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/10 do salário mínimo vigente à época do fato. **Substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.**

Inconformada, a defesa interpôs a Apelação n. 70067152033, sustentando a ausência de dolo no agir do réu, bem como o crime impossível. Subsidiariamente, postulou a substituição da prestação de serviços à comunidade por pena de multa.

A Corte local negou provimento ao recurso, *in verbis*:

APELAÇÃO-CRIME. FRAUDE PROCESSUAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Superior Tribunal de Justiça

Agente que inova artificialmente ao inserir o croqui e o cálculo populacional na pasta do Plano de Prevenção contra Incêndio da Boate Kiss. A prova, como reconstituída, evidencia o dolo específico na conduta do apelante. Não há dúvida quanto à intenção de induzir o Juiz e os demais operadores do processo a erro, para se eximir de responsabilidade. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Irresignada, a defesa interpôs **recurso especial**, lastreado na alínea "a" do permissivo constitucional, sustentando a violação dos arts. 76, II e III, e 78, I, do CPP – ante a incompetência do Juízo, visto que "no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão de jurisdição comum, deve prevalecer a competência do júri" –, bem como do art. 60, § 2º, do CP, sob o argumento de que "a parte recorrente preenche todos os requisitos para que seja deferida a substituição da pena por multa".

Requeru "o provimento recurso interposto para que seja reformado o acórdão recorrido reconhecendo-se a incompetência do Juízo monocrático e todas as decisões decorrentes [...] e, em caso de não acolhido, [...] a fixação de pena restritiva de direitos exclusivamente de multa".

A Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul **não admitiu o recurso especial**, com base na incidência das Súmulas n. 83 do STJ, n. 282 e n. 356, ambas do STF.

A defesa, então, interpôs este **agravo em recurso especial**, em que refuta os argumentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, bem como repisa os argumentos anteriormente expendidos.

Os autos foram enviados ao Ministério Público Federal, que oficiou pelo conhecimento do agravo para não conhecer o recurso especial (fls. 772-777).

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada, preenchendo, dessa forma os requisitos de admissibilidade, razão pela qual comporta conhecimento.

I. Violação do art. 60, § 2º, do CP – substituição da pena

privativa de liberdade por multa

Quanto ao pedido de reconhecimento de **violação do art. 60, § 2º, do CP**, observo que a sentença – ratificada *in totum* pelo acórdão objurgado – foi fundamentada nos seguintes termos:

[...]

No caso em liça, os pressupostos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos restaram preenchidos (art. 44, CP), tendo em vista o *quantum* da pena aplicada e os vetores do artigo 59 do CP. Destarte, **substituo a pena privativa de liberdade imposta por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade**, a ser fixada pelo juízo da execução devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. [...] (fls. 487-488)

A Corte local, por sua vez, tratou do tema nos seguintes termos:

[...]

A operação de apenamento está correta. Considerados favoráveis os vetores do art. 59 do CP, a pena-base foi fixada em 03 meses de detenção. Ausentes outras causas modificadoras, mas em atenção ao parágrafo único do art. 347 do CP, a pena foi dobrada, restando definitiva em 06 meses de detenção, em regime aberto e 20 dias-multa, à razão de 1/10 do salário mínimo vigente à época do fato. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Por fim, **a defesa postula a substituição da pena privativa de liberdade por multa. Contudo, entendo que a prestação de serviços à comunidade se mostra adequada e suficiente à prevenção e reprovação do crime.**

Mantenho a sentença condenatória, por seus próprios e escorreitos fundamentos.

Nego provimento ao apelo. (fl. 678)

No caso dos autos, observo que o Juiz de Direito **não declinou as razões** pelas quais substituiu a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade.

A Corte local cingiu-se a afirmar, **genericamente**, que "a prestação de serviços à comunidade se mostra adequada e suficiente à prevenção e reprovação do crime".

Superior Tribunal de Justiça

De fato, o Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que **"a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, antes de ser um benefício legal, é um direito subjetivo do apenado, razão pela qual deve o juiz justificar pormenorizadamente a escolha entre as várias espécies, anotando, inclusive, a individualização em torno dos fatos do processo e da condição pessoal do réu"** (HC n. 23.228/SP, Rel. Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, 5ª T., DJ 10/11/2003).

Nessa diretriz, o Superior Tribunal de Justiça, em casos similares, assinala há muito a necessidade de fundamentação das opções feitas pelo magistrado quando no exercício da discricionariedade própria da atividade judicial de dosar a pena. Confira-se:

[...] Em síntese, a atividade judicial de aplicar a pena é - discricionária. Discricionária quanto a matéria. Vinculada na forma. O juiz precisa explicar (fundamentar, enfim) todos os seus passos. E, para tanto, cativo a este raciocínio: adequar o fato à norma. [...] (HC n. 9.584/RJ, Rel. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, 6ª T., DJ 23/8/1999)

No caso dos autos, a possibilidade inscrita no § 2º do art. 60 do CP – de que "a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código" – materializa-se no fato de o agravante ter sido condenado a **6 meses de detenção**, com as **circunstâncias judiciais favoráveis**, tanto que teve a **pena-base fixada no mínimo legal**.

E, como dito anteriormente, "existindo duas ou mais possibilidades de sanções substitutivas e não havendo o legislador definido os critérios a serem adotados na escolha, **compete ao magistrado realizar a opção no exercício do seu juízo discricionário, que não dispensa a devida fundamentação** de modo individualizado nas circunstâncias do fato e do processo, em obséquio ao princípio do livre convencimento motivado e ao República" (HC n. 415.848/SC, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 21/11/2017).

Confira-se o seguinte precedente:

[...]

6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando é aplicada a pena privativa de liberdade no mínimo legal, substituída por sanções restritivas de direitos, ao Paciente

primário e de bons antecedentes, não há razão para se obstar a concretização do privilégio em sua forma mais benéfica, consistente na substituição da pena de reclusão por multa.

7. Habeas corpus parcialmente concedido para substituir a pena de detenção por pena de multa, a ser estabelecida segundo o prudente arbítrio do Juízo *a quo*.

(HC n. 229.963/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 21/5/2012)

II. Violação dos arts. 76, II e III, e 78, I, do CPP – incompetência do Juízo

Como bem demonstrado pelo parecer ministerial, quanto à competência para julgamento do feito, "a controvérsia pertinente aos aludidos dispositivos legais não foi alvo de debate na instância *a quo*, nem de forma implícita, deixando de ser emitido juízo de valor acerca da tese jurídica neles contidas", evidenciando-se, assim, a impossibilidade de conhecimento do tema ante a **falta de prequestionamento**.

Com efeito, ao compulsar o recurso de apelação, verifico que a **defesa sequer alegou essa tese perante a instância *a quo***, lastreando-se na alegação de insuficiência probatória para a condenação, na configuração de crime impossível e na possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por multa.

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial**, a fim de substituir a pena de detenção por pena de multa, a ser estabelecida segundo o prudente arbítrio do Juízo *a quo*.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 24 de maio de 2018.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ