Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
849
Carimbado Eletronicamente

OITAVA CÂMARA CRIMINAL
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0134885-50.2017.8.19.0001
RELATORA: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
APELANTE: FILIPE CÉSAR DA SILVA ALVES
ADVOGADO: DR. RICARDO FRANCISCO DO CARMO (OAB/RJ 178.178)
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA. DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, AMBOS C/C ART. 40, INCISO IV, TODOS DA LEI Nº 11.343/2006, E ART. 329, § 1º, DO CÓDIGO PENAL, TUDO N/F ART. 69 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO, NO QUAL SE POSTULA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU RECORRENTE, POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA, OU A CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA.
CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.
I. CASO EM EXAME: 1. Recurso de Apelação interposto pelo réu, Filipe César da Silva Alves, representado por advogado constituído, contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital, na qual julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o nomeado réu recorrente, ante as práticas delitivas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c/c art. 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/2006, e no art. 329, § 1º, do Código Penal, aplicando-lhe as penas totais de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e pagamento de 1.573 (mil, quinhentos e setenta e três) dias-multa, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas forenses e da taxa judiciária, concedido o direito de apelar em liberdade, considerando-se, expressamente, que, em decorrência do ferimento causado no confronto com os policiais, suportou perda de massa encefálica, possui fragmentos de projétil no crânio, e ausência de calota craniana, do lado esquerdo, encontra-se hemiplégico à direita, utiliza-se de cadeira de rodas para se movimentar, estando impossibilitado de realizar os atos básicos da vida.
II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO: 2. Discute-se, no presente recurso de apelação defensivo: (i) a absolvição, sob o argumento de aplicação do princípio da bagatela imprópria. Pedido subsidiário de: (ii) a concessão de prisão domiciliar humanitária.

ELIZABETE ALVES DE AGUIAR:14561 Assinado em 19/12/2024 12:55:27
Local: GAB. DES(A). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
850
Carimbado Eletronicamente

III. RAZÕES DE DECIDIR: 3. Importa esclarecer, *ab initio*, que, este órgão colegiado, por ocasião do julgamento, em 05.09.2018, do recurso de apelação, interposto, pelo órgão do Ministério Público, declarou a nulidade da sentença monocrática, anteriormente prolatada, que, com fundamento no art. 386, inciso VII, do C.P.P., absolveu o nomeado recorrente, da imputação pela prática de crime previsto no art. 329, § 1º, do C.P., assim como, em relação aos delitos insertos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c artigo 40, incisos IV e VI, todos da Lei n.º 11.343/06, julgou extinta a punibilidade do agente nominado, com base no princípio da bagatela imprópria.

4. Naquela oportunidade, esta Câmara Criminal acolheu questão preliminar, arguida pela Procuradoria de Justiça, para declarar a nulidade da sentença vergastada, "*determinando-se o encaminhamento dos autos ao Juízo de origem, sobrestando-se o feito, com vias à instauração do devido incidente de insanidade mental do réu, Filipe César da Silva Alves, nos termos dos artigos 149 e 152 do C.P.P., restaurando-se a sua prisão domiciliar, e afastando-se, desde já, o fundamento da bagatela imprópria do novo decisum a ser prolatado, após a eventual recuperação do réu nominado*".

5. O Laudo de Insanidade Mental concluiu, dentre outras, que: "*o periciando, ao tempo dos fatos que lhe são atribuídos nesse processo, era inteiramente capaz de entender seu caráter ilícito, e por ele determinar-se*", e que, "*hoje, devido às suas sequelas encefálicas, apesar de compreender o caráter delituoso dos atos a ele imputados, não possui mais capacidade de determinar-se*", atestando-se, ainda, que sofre de encefalopatia por sequelas graves de um traumatismo crânio encefálico por projétil de arma de fogo, sequelas que "*comprometem sua memória de evocação, sua locomoção, devido às dificuldades de se sustentar-se por muito tempo de pé, além de necessitar de assistência de terceiros para os atos da vida diária, sua higiene pessoal e alimentação*".

6. Com efeito, como se observa, a matéria atinente à pretensão de aplicação do postulado da bagatela imprópria já foi profundamente apreciada por este órgão julgador, tendo sido expressamente refutada, conforme fundamentação posta no Acórdão anterior, sendo certo que o resultado da perícia realizada no acusado, em nada modifica a compreensão aduzida anteriormente.

7. Sobre o princípio em tela, é de se destacar que tal doutrina não se confunde com o preceito bagatelar propriamente dito (ou princípio da insignificância), porquanto este último exclui a

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
851
Carimbado Eletronicamente

tipicidade do fato, o qual se mostra irrelevante ao Direito Penal desde a sua origem, ao passo que a infração bagatelar imprópria, embora nasça materialmente típica e penalmente relevante, ao ser analisada em cotejo com as demais circunstâncias envolvidas na espécie, concomitantes e supervenientes à conduta praticada, e sendo confrontada, ainda, às condições pessoais do autor, invoca a aplicação dos princípios da irrelevância penal do fato e da desnecessidade da pena, a incidirem sobre a punibilidade do agente, permitindo ao julgador afastar a imposição da reprimenda prevista em lei, em razão da sua suposta desnecessidade. Doutrina citada.

8. No caso concreto, é bem de ver que, além de um revólver municiado calibre .38, com numeração raspada, foram apreendidos uma pistola municiada calibre .40 e um carregador avulso municiado de cartuchos calibre 9mm, sendo tal armamento de uso restrito, o que, por si só, já se traduziria em conduta que, embora ainda não o fosse à época, atualmente se vê capitulada como crime hediondo, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.072/1990, com redação dada pela Lei n.º 13.497, de 26.10.2017, sobre o delito expresso no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003.

9. Some-se a isto, que, para além da questão atinente a quem, de fato, teria efetuado os disparos de arma de fogo contra os policiais, na intensa troca de tiros que antecedeu a prisão em flagrante do recorrido, não se pode olvidar do caráter coletivo intrínseco à empreitada delituosa, em tese, praticada, a qual resultou na lamentável morte prematura de um inimputável.

10. Logo, transparece dos autos a evidente relevância penal dos fatos *sub judice*, uma vez que as condutas imputadas ao acusado ofendem bens jurídicos de valor inestimável, como a saúde pública, a segurança pública, a dignidade da criança e do adolescente, tal como a própria vida.

11. Cabe observarmos, nesse meandro, que, embora decidindo acerca de espécies delitivas diversas destas *sub examen*, o S.T.J. tem negado a incidência da bagatela imprópria aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, precipuamente em razão da patente e inegável relevância penal dos fatos tratados em tais hipóteses. Jurisprudência citada.

12. Ora, se a jurisprudência pátria, conforme consolidada pelos nossos Tribunais Superiores, repudia a aplicação da bagatela imprópria até mesmo aos agentes de meras contravenções penais, quando estas houverem sido praticadas no âmbito da violência de gênero contra a mulher, ante a expressiva relevância de tais

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
852
Carimbado Eletronicamente

condutas para o Direito Penal, que dirá, então, quando se tratar de acusado pela prática de crimes hediondos ou assim equiparados, cometidos contra a saúde pública, como é o caso dos autos.

13. É de se observar, por pertinente, o emblemático aresto emanado da jurisprudência do S.T.J., em 26/02/2015, em sede da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada no HC n.º 239.363/PR, na qual, ao reconhecer a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato a uma conduta tipificada como crime que teria por objeto jurídico a saúde pública, aquela Corte rechaçou, de forma veemente, por via reflexa, o cabimento de tal preceito aos crimes de tráfico de drogas, ante a gravidade de tais delitos. Jurisprudência citada.

14. De fato, é inegável a relevância que o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes ostenta no Brasil, segundo deflui do âmago da nossa Carta Política, erigida sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, porquanto é do próprio rol das garantias fundamentais (art. 5º, XLIII e LI), enquanto cláusulas pétreas, irrevogáveis e irredutíveis, que se extrai o caráter equiparado a hediondo de tal delito, juntamente com a tortura e o terrorismo, ao passo que os crimes hediondos, propriamente ditos, são assim classificados em virtude de lei, cujo rol taxativo já sofreu inúmeras alterações desde a promulgação da Lei n.º 8.072/1990, de acordo com a percepção que o legislador infraconstitucional vem adquirindo sobre a necessidade de melhor proteger determinados bens jurídicos.

15. Faz-se válido, por oportuno, destacar o teor das aludidas cláusulas pétreas, estatuindo ser o tráfico de drogas, por um lado, equiparado a crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, enquanto, noutra vertente, constitui a única hipótese que excepciona a vedação à extradição de brasileiro naturalizado, nos casos de delitos praticados após a sua naturalização.

16. Em uma perspectiva mais ampla sobre o tema, observa-se que a nossa ordem jurídica interna, no que tange à evidente ênfase no combate ao tráfico de drogas, apenas reflete os valores supranacionais basilares firmados e reafirmados, há muito, pela comunidade internacional das nações, a teor do que restou pactuado nas três convenções históricas da ONU acerca da matéria, das quais foi o Brasil signatário – a Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova Iorque, em 30.03.1961, sendo promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 54.216, de 27.08.1964; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 21.02.1971, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 79.388, de 14 de março de 1977; e a

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
853
Carimbado Eletronicamente

Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 20.12.1988, sendo promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 154, de 26.06.1991 –, de tal sorte que a questão do tráfico de drogas se consubstancia em uma prioridade globalmente estabelecida a partir da 2ª metade do século XX.

17. Tamanha é a gravidade da temática em foco, que as nossas Cortes Superiores consideram o princípio da irrelevância penal do fato como sendo inconciliável até mesmo em relação à conduta de posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que esta se prestaria a fomentar o odioso comércio ilícito de tais substâncias. Jurisprudência indicada.

18. Sob este viés, revela-se inteiramente descabido, na hipótese em tela, o fundamento da infração bagatelar imprópria, utilizado pelo Juiz a quo para declarar impunível o apelado, eis que inaplicável o princípio da irrelevância penal do fato – sustentáculo da tese em comento – aos crimes perpetrados, em tese, pelo mesmo, dada a acentuada reprovabilidade das condutas.

19. De outra parte, é de se ressaltar que, o instituto jurídico da bagatela imprópria é fruto de construção doutrinária que carece de previsão legal no ordenamento pátrio, sendo certo que o Magistrado não se vê dotado da discricionariedade necessária para decidir, ao seu bel-prazer, sobre a aplicação, ou não, da pena cominada em lei para um fato penalmente típico. Doutrina citada.

20. Nesse diapasão, estando o Julgador, no exercício de seu mister, adstrito à lei, importa repisar-se que esta já prevê a figura do perdão judicial, segundo a qual são expressamente excepcionados os casos em que se permite à autoridade judiciária deixar de aplicar a pena.

21. Assim, percebe-se que a benesse do perdão judicial se reserva a casos específicos, nos quais a necessidade de imposição da pena se mostra, de fato, questionável, seja pelo grande prejuízo sofrido pelo próprio agente do crime, como consequência de sua conduta, em cotejo à ínfima reprovabilidade da mesma, seja pela disponibilidade do bem jurídico tutelado ou da ação penal correspondente ao delito. Caso contrário, a pena é inderrogável.

22. Profícua, a lição de Nucci: "*Perdão judicial: é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. (...) é causa de extinção da punibilidade. Exige expressa previsão legal, pois a*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
854
Carimbado Eletronicamente

pena tem como característica fundamental ser inderrogável". Doutrina citada.

23. Para os demais casos, não contemplados com a previsão do perdão judicial (como se dá na hipótese), mas em que se constata uma atuação ou um esforço do agente, no sentido de impedir que o resultado se produza, ou tendo o mesmo, ainda, reparado o dano resultante – desde que não tenha sido empregada violência ou grave ameaça –, existem, respectivamente, as figuras da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, as quais não se destinam a excluir a pena, mas somente atenuá-la.

24. Ademais, ainda que assim não fosse, mesmo se levássemos em conta o fato do réu ter sido atingido na cabeça por um projétil de fuzil, enquanto consequência por demais gravosa ao mesmo, em decorrência de sua conduta criminosa, tal circunstância não possui o condão de tornar despicienda a resposta penal estatal, uma vez que não teria sido cumprida, assim, a função duplamente preventiva da pena, em caráter geral e especial, porquanto não só o próprio acusado poderia tomar sua impunidade como estímulo para a reiteração delitiva no futuro, da mesma forma com como também poderiam vir a ser sentidos pela coletividade os efeitos nocivos do mau exemplo que a graça indevida representaria aos demais. Doutrina indicada.

25. Dessa forma, tem-se que, caso admitíssemos a incidência da tese em debate, no caso concreto, ainda que amparada no fato do réu ter sofrido severas lesões corporais decursivas de sua conduta delitiva, comprometendo, assim, suas faculdades mentais, tal benevolência somente se prestaria a fomentar o cometimento de mais delitos, tanto por parte do próprio apelado quanto por todos aqueles que enxergarem a esperança de impunidade para si.

26. Importa repisar, ainda, a inexistência de contrariedade ao art. 59 do Código Penal, bem como ao art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, a pretexto de não ter sido aplicada a construção doutrinária da bagatela imprópria ao caso concreto dos autos, uma vez que a lei penal pátria se faz clara e expressa quanto ao caráter inderrogável da reprimenda que o Julgador "*estabelecerá*" aos agentes que houverem perpetrado alguma conduta porventura tipificada como crime pelo nosso Estatuto Repressivo, ou pela legislação penal extravagante, não havendo, nessa seara, qualquer espaço para que o Magistrado, discricionariamente, deixe de aplicar a pena, segundo o seu próprio entendimento, encontrando-se este adstrito "*às penas aplicáveis dentre as cominadas*", cujos quantitativos devem

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
855
Carimbado Eletronicamente

ser calculados "*dentro dos limites previstos", podendo o Juiz proceder, no máximo, à "substituição da pena privativa de liberdade (...), se cabível*".

27. Assim, vê-se que "os princípios gerais de direito", da mesma forma que "a analogia" e "os costumes", só poderão figurar como fundamento exclusivo de uma decisão judicial em caráter subsidiário, ou seja, a título de se colmatar eventual lacuna normativa no ordenamento jurídico positivado, o qual seria, a princípio, aplicável a determinado caso, mas, em face de um contingente e pontual vácuo silencioso da lei, esta poderia, então, se socorrer daqueles citados suplementos de integração da norma, o que não é o caso.

28. Nada obstante, compreende-se que a solução subsidiária, sugerida no parecer da Procuradoria de Justiça, na direção de conceder-se, ao réu recorrente, a prisão domiciliar humanitária, por aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, afigura-se adequada ao caso concreto dos autos, pelo que, considerando-se o disposto no artigo 164, 2ª parte do novo Regimento Interno do TJRJ, e na esteira da sedimentada jurisprudência do S.T.F. e do S.T.J., a seguir transcritas, encampa-se a fundamentação exposta no parecer de fls. 830/841, fazendo-se *per relationem*, a qual passa a integrar o presente voto, como razões de decidir o presente recurso de Apelação, cujo teor, no essencial, ora se transcreve, *in verbis*: "*No caso, não há qualquer dúvida acerca da autoria e materialidade dos crimes imputados ao réu e nem mesmo a defesa discute a prova destes fatos, razão pela qual mostra-se correta a valoração probatória na sentença recorrida, à qual agora se reporta esta Procuradoria de Justiça. Contudo, o exame de sanidade mental realizado no réu, data vênia, não chegaria mesmo a um resultado distinto, já que a situação atual do réu se deu justamente em decorrência dos crimes aqui apurados. Ou seja, foi posterior a estes fatos. No caso, ainda que não se tenha o exame pericial que se refira à superveniência da doença que atinja a saúde mental do réu, segundo a sentença anulada e que contou atualmente até com a adesão do Ministério Público, pode-se buscar amparo para o encontro de solução no que já prevê a lei para hipóteses parecidas, como no caso de superveniência de doença mental ao réu ou para os casos de prisão humanitária, como tratado no artigo 117 da LEP, já que se mostra a execução penal o óbice à sentença condenatória apontado pelo recorrente. (...) Assim, as citadas sequelas encefálicas do réu, pericialmente comprovadas (e-*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
856
Carimbado Eletronicamente

doc. 613 – Itens VIII- Exame Psíquico e Item IX- Conclusões), ainda que não permitam o reconhecimento da sua inimputabilidade, demandam a necessidade de se assegurar a integridade física do apelante e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, autorizando que a Corte resolva definitivamente o processo, ao efetivamente conhecer o recurso defensivo e julgá-lo parcialmente procedente ou concedendo ao réu de ofício a ordem em Habeas Corpus, para que lhe seja permitida a prisão domiciliar humanitária".

29. Impende, por pertinente, enfatizar que, a fundamentação "*per relationem*", denominada pela doutrina de, aliunde, referencial, referenciada, por referência ou por remissão, é uma técnica de motivação, pela qual há expressa remissão ou referência às alegações de uma das partes, à alguma manifestação/ proposta/parecer (*v.g.*, do órgão do Ministério Público), ou, ainda, a algum precedente ou decisão anterior, nos autos do mesmo processo.

30. Tal tipo de fundamentação, "*per relationem*", tem previsão legal na Lei Federal nº 9.784, de 29.01.1999 (Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal), precisamente no parágrafo 1º do art. 50.

31. Por certo, esta técnica de motivação, que tem previsão no sistema normativo brasileiro, não importa em qualquer ilegalidade, e, tampouco pode ser acoimada de viciosa, pois não se trata de ausência de fundamentação, nem pode ser rotulada como inidônea ou ilegítima, de modo que não se mostra incompatível com a norma do art. 93, IX da Constituição da República de 1988. Doutrina e jurisprudência citadas.

32. A propósito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre essa técnica decisória, reconheceu-lhe a inteira compatibilidade com o que prescreve o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, inclusive sendo matéria de repercussão geral. Precedente jurisprudencial indicado.

33. Desta feita, devidamente comprovada, nos autos, debilidade acentuada da saúde do nomeado apelante, o qual apresenta deformidade craniana, com "*ausência de calota craniana*" e "*hemiparesia*", encontra-se acometido de "*encefalopatia (sequela cerebral traumática) (F06.8)*", com comprometimento de memória de evocação, assim como da locomoção "*devido às dificuldades de se sustentar-se por muito tempo de pé, além de necessitar de assistência de terceiros para os atos da vida diária, sua higiene pessoal e alimentação*", e considerando-se as peculiaridades do caso concreto, notadamente a necessidade de

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
857
Carimbado Eletronicamente

assistência de terceiros para os atos da vida diária, tem-se que os cuidados essenciais à saúde do mesmo não serão satisfatoriamente supridos no interior de uma unidade prisional, razão pela qual deve ser admitida, excepcionalmente, a prisão domiciliar, ainda que tenha sido fixado o regime prisional inicialmente fechado.

IV. DISPOSITIVO: Conhecimento e Parcial Provimento do recurso defensivo, somente para conceder, ao réu apelante, diante da excepcionalidade do caso concreto, a prisão domiciliar de natureza humanitária.

Dispositivos relevantes citados: C.R.F.B., arts. 5º, incisos XLIII e LI, e 93, inciso IX. C.P., arts. 59 e 329, § 1º. Lei nº 11.343/2006, arts. 33, e 35, e 40, inciso IV. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, art. 4º. R.I.T.J.R.J., art. 164.

Jurisprudência relevante citada: **S.T.F**.: 1ª Turma, HC 91.759/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Julgado em: 09/10/2007, DJe 30/11/2007, 1ª Turma, HC 88.820/BA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgado em: 05/12/2006, DJ 19/12/2006, 1ª Turma, HC 96.684/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgado em: 25/05/2010, DJe 23/11/2010, HC n. 77.583, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 18.9.98, AI 791292 QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, Julgado em: 23/06/2010, DJe 13/08/2010, Segunda Turma, RHC 149.357 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgado em: 14/12/2018, DJe 07/02/2019. – **S.T.J**.: Quinta Turma, AgRg no REsp 1.602.827/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Julgado em: 20/10/2016, DJe 09/11/2016, Sexta Turma, AgRg no REsp 1.463.975/MS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Julgado em: 09/08/2016, DJe 22/08/2016, Sexta Turma, AgRg no AREsp 535.917/MS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em: 14/06/2016, DJe 23/06/2016, STJ, Corte Especial, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em: 26/02/2015, DJe 10/04/2015, HC 81.590-BA, DJe 3/11/2008; HC 55.816-AM, DJ 11/12/2006, AgRg no AREsp n. 1.7906.66/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Dje 06.05.2021, além de outros arestos jurisprudenciais pátrios citados e indicados.

CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
858
Carimbado Eletronicamente

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0134885-50.2017.8.19.0001, em que é apelante FILIPE CÉSAR DA SILVA ALVES, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO,

ACORDAM os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade**, no sentido de **CONHECER** e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto, somente para conceder, ao réu apelante, diante da excepcionalidade do caso concreto, a prisão domiciliar de natureza humanitária, na forma do voto da Des. Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo réu, Filipe César da Silva Alves, representado por advogado constituído, contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital (fls. 735/743), na qual julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o nomeado réu recorrente, ante as práticas delitivas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c/c art. 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/2006, e no art. 329, § 1º, do Código Penal, aplicando-lhe as penas totais de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e pagamento de 1.573 (mil, quinhentos e setenta e três) dias-multa, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, concedido o direito de apelar em liberdade, considerando, expressamente, que, em decorrência do ferimento causado no confronto com os policiais, suportou perda de massa encefálica, possui fragmentos de projétil no crânio, e ausência de calota craniana, do lado esquerdo, encontra-se hemiplégico à direita, utiliza-se de cadeira de rodas para se movimentar, estando impossibilitado de realizar os atos básicos da vida.

Nas razões recursais de fls. 801/811, o réu apelante, por sua Defesa, postula a absolvição, sob o argumento de: (i) aplicação do princípio da bagatela imprópria. Subsidiariamente, pugna: (ii) a concessão de prisão domiciliar humanitária.

Em contrarrazões recursais, nas fls. 813/828, manifestou-se o órgão do Ministério Público, pelo conhecimento e provimento do recurso defensivo.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
859
Carimbado Eletronicamente

Nesta instância revisora, a Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto, para que seja concedida ao réu a prisão domiciliar humanitária (fls. 830/841).

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo réu, Filipe César da Silva Alves, representado por advogado constituído, contra a sentença prolatada pela Juíza de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital (fls. 735/743), na qual julgou procedente a pretensão punitiva estatal para condenar o nomeado réu recorrente, ante as práticas delitivas previstas nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c/c art. 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/2006, e no art. 329, § 1º, do Código Penal, aplicando-lhe as penas totais de 11 (onze) anos, 05 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e pagamento de 1.573 (mil, quinhentos e setenta e três) dias-multa, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas processuais e da taxa judiciária, concedido o direito de apelar em liberdade, considerando, expressamente, que, em decorrência do ferimento causado no confronto com os policiais, suportou perda de massa encefálica, possui fragmentos de projétil no crânio, e ausência de calota craniana, do lado esquerdo, encontra-se hemiplégico à direita, utiliza-se de cadeira de rodas para se movimentar, estando impossibilitado de realizar os atos básicos da vida.

Importa esclarecer, *ab initio*, que, este órgão colegiado, por ocasião do julgamento, em 05.09.2018, do recurso de apelação, interposto, pelo órgão do Ministério Público, declarou a nulidade da sentença monocrática, anteriormente prolatada, que, com fundamento no art. 386, inciso VII, do C.P.P., absolveu o nomeado recorrente, da imputação de prática do crime previsto no art. 329, § 1º, do C.P., assim como, em relação aos delitos insertos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c artigo 40, incisos IV e VI, todos da Lei n.º 11.343/06, julgou extinta a punibilidade do agente nominado, com base no princípio da bagatela imprópria.

Naquela oportunidade, esta Câmara Criminal acolheu questão preliminar, arguida pela Procuradoria de Justiça, para declarar a nulidade da sentença vergastada, "*determinando-se o encaminhamento dos autos ao Juízo de origem, sobrestando-se o feito, com vias à instauração do devido incidente de insanidade mental do réu, Filipe César da Silva Alves, nos termos dos artigos 149 e 152 do C.P.P., restaurando-se a sua prisão domiciliar, e* ***afastando-se, desde já, o fundamento da bagatela imprópria do novo***

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
860
Carimbado Eletronicamente

decisum *a ser prolatado*, *após a eventual recuperação do réu nominado*" (fls. 320/349).

O Laudo de Insanidade Mental, de fls. 595/599, replicado às fls. 613/617, concluiu, dentre outras, que: "***o periciando, ao tempo dos fatos que lhe são atribuídos nesse processo, era inteiramente capaz de entender seu caráter ilícito, e por ele determinar-se***", e que, "***hoje, devido às suas sequelas encefálicas, apesar de compreender o caráter delituoso dos atos a ele imputados, não possui mais capacidade de determinar-se***", atestando-se, ainda, que **sofre de encefalopatia por sequelas graves de um traumatismo crânio encefálico por projétil de arma de fogo**, sequelas que "***comprometem sua memória de evocação, sua locomoção, devido às dificuldades de se sustentar-se por muito tempo de pé, além de necessitar de assistência de terceiros para os atos da vida diária, sua higiene pessoal e alimentação***".

Com efeito, como se observa, **a matéria atinente à pretensão de aplicação do postulado da bagatela imprópria já foi profundamente apreciada por este órgão julgador, tendo sido expressamente refutada, conforme fundamentação posta no Acórdão anterior**, **sendo certo que o resultado da perícia realizada no acusado, em nada modifica a compreensão alcançada anteriormente**, cujo teor ora se transcreve e passa a integrar o presente voto, *in expressis verbis*:

> "Rejeita-se, *a priori*, o fundamento da bagatela imprópria.
>
> Sobre o princípio em tela, é de se destacar que tal doutrina não se confunde com o preceito bagatelar propriamente dito (ou princípio da insignificância), porquanto este último exclui a tipicidade do fato, o qual se mostra irrelevante ao Direito Penal desde a sua origem, ao passo que a infração bagatelar imprópria, embora nasça materialmente típica e penalmente relevante, ao ser analisada em cotejo com as demais circunstâncias envolvidas na espécie, concomitantes e supervenientes à conduta praticada, e sendo confrontada, ainda, às condições pessoais do autor, invoca a aplicação dos princípios da irrelevância penal do fato e da desnecessidade da pena, a incidirem sobre a punibilidade do agente, permitindo ao julgador afastar a imposição da reprimenda prevista em lei, em razão da sua suposta desnecessidade.
>
> A esse respeito, cumpre trazermos à liça o escólio de Luiz Flávio Gomes: "*Infração bagatelar imprópria: é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta*,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
861
Carimbado Eletronicamente

bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).

(...)

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria, porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância. Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida a posteriori *o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, em princípio, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária*" (*in*, Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade. – 2ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29) (Sublinhamos).

Abordando o tema da bagatela imprópria, discorre Cléber Masson: "*De acordo com esse princípio, também sem previsão legal no Brasil, inexiste legitimidade na imposição da pena nas hipóteses em que, nada obstante a infração penal esteja indiscutivelmente caracterizada, a aplicação da reprimenda desponte como desnecessária e inoportuna.*

Em outras palavras, infração (crime ou contravenção penal) de bagatela imprópria é aquela que surge como relevante para o Direito Penal, pois apresenta desvalor da conduta e desvalor do resultado. O fato é típico e ilícito, o agente é dotado de culpabilidade e o Estado possui o direito de punir (punibilidade).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
862
Carimbado Eletronicamente

Mas, após a prática do fato, a pena revela-se incabível no caso concreto, pois diversos fatores recomendam seu afastamento, tais como: sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes criminais), colaboração com a Justiça, reparação do dano causado à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, ônus provocado pelo fato de ter sido processado ou preso provisoriamente etc.

A análise da pertinência da bagatela imprópria há de ser realizada, obrigatoriamente, na situação fática, e jamais no plano abstrato. Nesse contexto, o fato real deve ser confrontado com um princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o da necessidade da pena, consagrado no art. 59, caput, do Código Penal. O juiz, levando em conta as circunstâncias simultâneas e posteriores ao fato típico e ilícito cometido por agente culpável, deixa de aplicar a pena, pois falta interesse para tanto. Exemplo: "A" cometeu o crime furto privilegiado (CP, art. 155, § 2.º). Dois anos depois do fato, sem ter ainda se verificado a prescrição, nota-se que ele não apresentou nenhum outro deslize em seu comportamento, razão pela qual a pena quiçá revele-se prescindível para atender às finalidades do Direito Penal.

Veja-se que, ao contrário do que se verifica no princípio da insignificância (própria), o sujeito é regularmente processado. A ação penal precisa ser iniciada, mas a análise das circunstâncias do fato submetido ao crivo do Poder Judiciário recomenda a exclusão da pena. Destarte, a bagatela imprópria funciona como causa supralegal de extinção da punibilidade.

Finalmente, é de se observar que a bagatela imprópria tem como pressuposto inafastável a não incidência do princípio da insignificância (própria). Com efeito, se o fato não era merecedor da tutela penal, em decorrência da sua atipicidade, descabe enveredar pela discussão acerca da necessidade ou não de pena" (*in*, Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1. – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 84, sublinhamos).

No caso concreto, ainda que se leve em conta a absolvição pelo crime de resistência qualificada, subsistiria contra o réu, ora recorrido, a imputação dos crimes de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, e associação para o tráfico, sendo ambos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
863
Carimbado Eletronicamente

majorados pelo emprego de arma de fogo e pelo envolvimento de menor.

É bem de ver que, na hipótese vertente, além de um revólver municiado calibre .38, com numeração raspada, foram apreendidos uma pistola municiada calibre .40 e um carregador avulso municiado de cartuchos calibre 9mm, sendo tal armamento de uso restrito, o que, por si só, já se traduziria em conduta que, embora ainda não o fosse à época, atualmente se vê capitulada como crime hediondo, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 8.072/1990, com redação dada pela Lei n.º 13.497, de 26.10.2017, sobre o delito expresso no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003.

Some-se a isto, que, para além da questão atinente a quem, de fato, teria efetuado os disparos de arma de fogo contra os policiais, na intensa troca de tiros que antecedeu a prisão em flagrante do recorrido, não se pode olvidar do caráter coletivo intrínseco à empreitada delituosa, em tese, praticada, a qual resultou na lamentável morte prematura de um inimputável.

Logo, transparece dos autos a evidente relevância penal dos fatos *sub judice*, uma vez que as condutas imputadas ao acusado ofendem bens jurídicos de valor inestimável, como a saúde pública, a segurança pública, a dignidade da criança e do adolescente, tal como a própria vida.

Cabe observarmos, nesse meandro, que, embora decidindo acerca de espécies delitivas diversas destas *sub examen*, o S.T.J. tem negado a incidência da bagatela imprópria aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, precipuamente em razão da patente e inegável relevância penal dos fatos tratados em tais hipóteses. Senão, vejamos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. INSIGNIFICÂNCIA. BAGATELA IMPRÓPRIA. RECONCILIAÇÃO DO CASAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. **A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de não se aplicar o Princípio da Insignificância – ou Bagatela – nos delitos praticados em situações abrangidas pelo art. 5º da Lei n. 11.340/06, sendo irrelevante o perdão ou a reconciliação posterior por parte da vítima**.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
864
Carimbado Eletronicamente

Agravo regimental desprovido"
(STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 319.872/MS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Julgado em: 01/12/2016, DJe 13/12/2016, destacamos).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO COMETIDA NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA MULHER. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. **O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência reiterada de que não incide os princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e às contravenções praticados mediante violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta. Logo, a reconciliação do casal não implica no reconhecimento da atipicidade material da conduta ou a desnecessidade de pena** (Precedentes).
2. Agravo regimental não provido"
(STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1.602.827/MS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Julgado em: 20/10/2016, DJe 09/11/2016, grifamos).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, § 9º, DO CP. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **O princípio da bagatela imprópria não tem aplicação aos delitos praticados com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal em desnecessidade da pena** (HC 331.580/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015).
2. Agravo regimental improvido"
(STJ, Sexta Turma, AgRg no REsp 1.463.975/MS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Julgado em: 09/08/2016, DJe 22/08/2016, realçamos).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
865
Carimbado Eletronicamente

1. **A jurisprudência desta Corte Superior não admite a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela imprópria no que se refere aos crimes ou às contravenções penais praticados contra mulher no âmbito das relações domésticas, haja vista o bem jurídico tutelado**.
2. Agravo regimental não provido"
(STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 535.917/MS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em: 14/06/2016, DJe 23/06/2016, destacamos).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. AMEAÇA. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. (...) **É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que não é aplicável o princípio da bagatela imprópria aos delitos, crimes e contravenções penais, praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher**" (STJ, Sexta Turma, HC 294.044/MS, Rel. Min. ERICSON MARANHO [Des. convocado do TJ/SP], Julgado em: 23/02/2016, DJe 07/03/2016, grifamos).

Ora, se a jurisprudência pátria, conforme consolidada pelos nossos Tribunais Superiores, repudia a aplicação da bagatela imprópria até mesmo aos agentes de meras contravenções penais, quando estas houverem sido praticadas no âmbito da violência de gênero contra a mulher, ante a expressiva relevância de tais condutas para o Direito Penal, que dirá, então, quando se tratar de acusado pela prática de crimes hediondos ou assim equiparados, cometidos contra a saúde pública, como é o caso dos autos.

É de se trazer a lume, por pertinente, o emblemático aresto emanado da jurisprudência do S.T.J., em 26/02/2015, em sede da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada no HC n.º 239.363/PR, na qual, ao reconhecer a aplicação do princípio da irrelevância penal do fato a uma conduta tipificada como crime que teria por objeto jurídico a saúde pública, aquela Corte rechaçou, de forma veemente, por via reflexa, o cabimento de tal preceito aos crimes de tráfico de drogas, ante a gravidade de tais delitos. Confira-se:

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
866
Carimbado Eletronicamente

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à **conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal**.

4. **O crime** de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) **se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública**.

5. A **ausência de relevância penal da conduta**, a **desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação** e a **inexistência de consequência calamitosa do agir** convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
867
Carimbado Eletronicamente

> 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma"
> (STJ, Corte Especial, AI no HC 239.363/PR, Rel. Min SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em: 26/02/2015, DJe 10/04/2015, grifos nossos).

De fato, é inegável a relevância que o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes ostenta no Brasil, segundo deflui do âmago da nossa Carta Política, erigida sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, porquanto é do próprio rol das garantias fundamentais (art. 5º, XLIII e LI), enquanto cláusulas pétreas, irrevogáveis e irredutíveis, que se extrai o caráter equiparado a hediondo de tal delito, juntamente com a tortura e o terrorismo, ao passo que os crimes hediondos, propriamente ditos, são assim classificados em virtude de lei, cujo rol taxativo já sofreu inúmeras alterações desde a promulgação da Lei n.º 8.072/1990, de acordo com a percepção que o legislador infraconstitucional vem adquirindo sobre a necessidade de melhor proteger determinados bens jurídicos.

Faz-se válida, por oportuna, a reprodução das aludidas cláusulas pétreas, estatuindo ser o tráfico de drogas, por um lado, equiparado a crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, enquanto, noutra vertente, constitui a única hipótese que excepciona a vedação à extradição de brasileiro naturalizado, nos casos de delitos praticados após a sua naturalização:

> "Art. 5º (...)
>
> XLIII - a lei considerará **crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os **definidos como crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
>
> (...)
>
> LI - **nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de** crime comum, praticado antes da naturalização, ou de **comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, na forma da lei".

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
868
Carimbado Eletronicamente

Em uma perspectiva mais ampla sobre o tema, observa-se que a nossa ordem jurídica interna, no que tange à evidente ênfase no combate ao tráfico de drogas, apenas reflete os valores supranacionais basilares firmados e reafirmados, há muito, pela comunidade internacional das nações, a teor do que restou pactuado nas três convenções históricas da ONU acerca da matéria, das quais foi o Brasil signatário – a Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova Iorque, em 30.03.1961, sendo promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 54.216, de 27.08.1964; a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 21.02.1971, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 79.388, de 14 de março de 1977; e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, assinada em Viena, em 20.12.1988, sendo promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 154, de 26.06.1991 –, de tal sorte que a questão do tráfico de drogas se consubstancia em uma prioridade globalmente estabelecida a partir da 2ª metade do século XX.

Tamanha é a gravidade da temática em foco, que as nossas Cortes Superiores consideram o princípio da irrelevância penal do fato como sendo inconciliável até mesmo em relação à conduta de posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que esta se prestaria a fomentar o odioso comércio ilícito de tais substâncias, *verbi gratia*:

> "É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de **não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado**. (...) **Lei nº 11.343/06**, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como **normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28**, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário" (STF, 1ª Turma, HC 91.759/MG, Rel. Min. MENEZES DIREITO, Julgado em: 09/10/2007, DJe 30/11/2007, destacamos).
>
> "**Princípio da insignificância e tráfico de entorpecentes**. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que **não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de entorpecentes**: precedentes. De qualquer sorte, as circunstâncias do caso, **especialmente se considerada a espécie da**

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
869
Carimbado Eletronicamente

substância apreendida e a forma como estava acondicionada, não convencem de que o fato pudesse ser considerado penalmente insignificante" (STF, 1ª Turma, HC 88.820/BA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgado em: 05/12/2006, DJ 19/12/2006, realçamos).

"EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. CRIME COMETIDO EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REINCIDÊNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, **é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado**.

2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver **lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal**.

3. **Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato – tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada**.

4. **Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois o delito foi praticado em concurso com o crime de tráfico de entorpecentes, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente e o descomprometimento com os valores tutelados pelo direito**.

5. Apesar de tratar-se de critério subjetivo, **a reincidência remete a critério objetivo e deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância**, já que não está sujeita a interpretações

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
870
Carimbado Eletronicamente

doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. **O criminoso reincidente apresenta comportamento reprovável**, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica.
6. Ordem denegada"
(STF, 1ª Turma, HC 96.684/MS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgado em: 25/05/2010, DJe 23/11/2010, grifamos).

"DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. **Não é possível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida**. A despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, é possível se vislumbrar atipicidade material da referida conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento em análise. Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, do patrimônio, quando efetivamente ofendidos. A par disso, frise-se que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. **Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio ilícito, contribuindo para difusão dos tóxicos. Ademais, após certo tempo e grau de consumo, o usuário de drogas precisa de maiores quantidades para atingir o mesmo efeito obtido quando do início do consumo, gerando, assim, uma compulsão quase incontrolável pela próxima dose. Nesse passo, não há como negar que**

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
871
Carimbado Eletronicamente

o usuário de drogas, ao buscar alimentar o seu vício, acaba estimulando diretamente o comércio ilegal de drogas e, com ele, todos os outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc. O consumo de drogas ilícitas é proibido não apenas pelo mal que a substância faz ao usuário, mas, também, pelo perigo que o consumidor dessas gera à sociedade. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Além disso, a reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência, sendo, por isso mesmo, irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado. Por fim, não se pode olvidar que o legislador, ao editar a Lei 11.343/2006, optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do art. 28 do referido diploma legal, a fim de possibilitar a sua recuperação. Dessa maneira, a intenção do legislador foi a de impor ao usuário medidas de caráter educativo, objetivando, assim, alertá-lo sobre o risco de sua conduta para a sua saúde, além de evitar a reiteração do

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
872
Carimbado Eletronicamente

delito. **Nesse contexto, em razão da política criminal adotada pela Lei 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida**. Precedentes citados: HC 158.955-RS, Quinta Turma, DJe 30/5/2011; e RHC 34.466-DF, Sexta Turma, DJe 27/5/2013. RHC 35.920-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014" (STJ, Informativo n.º 541, Período: 11 de junho de 2014, realçamos).

"PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. TRÁFICO. DROGAS. Conforme precedentes, **não se aplica o princípio da insignificância ao delito de tráfico de drogas, visto se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido. Dessarte, é irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida**. Precedentes citados do STF: HC 88.820-BA, DJ 19/12/2006; HC 87.319-PE, DJ 15/12/2006; do STJ: HC 113.757-SP, DJe 9/2/2009; HC 81.590-BA, DJe 3/11/2008; HC 79.661-RS, DJe 4/8/2008, e HC 55.816-AM, DJ 11/12/2006. HC 122.682-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010" (STJ, Informativo n.º 456, Período: 15 a 19 de novembro de 2010, grifos nossos).

"TRÁFICO. DROGAS. PRINCÍPIO. INSIGNIFICÂNCIA. **Segundo precedentes do STF e do STJ, o delito de tráfico de drogas não comporta a incidência do princípio da insignificância, visto que se cuida de delito de perigo abstrato praticado contra a saúde pública. Dessa forma, para esse específico fim, é irrelevante a pequena quantidade da substância apreendida (no caso, 0,2 decigramas de crack)**. Contudo, essa quantidade, aliada ao fato de que foi aplicada a pena-base em seu mínimo legal, valida a aplicação da causa especial de diminuição em seu grau máximo de 2/3 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). Então, o *quantum* da pena e a circunstância de o crime ser praticado na vigência da *novel* Lei de Drogas possibilitam fixar o regime semiaberto, ou mesmo o aberto, para início do cumprimento da pena (art. 33 do CP), bem como falar em substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos (art. 44 do CP).

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
873
Carimbado Eletronicamente

> Precedentes citados do STF: HC 91.759-MG, DJ 30/11/2007; HC 88.820-BA, DJ 19/12/2006; HC 101.291-SP, DJe 12/2/2010; HC 97.256-RS, DJ 2/10/2009; do STJ: HC 81.590-BA, DJe 3/11/2008; HC 55.816-AM, DJ 11/12/2006; HC 59.190-SP, DJ 16/10/2006; HC 131.265-SP, DJe 1º/3/2010; HC 130.793-SP, DJe 29/3/2010, e HC 118.776-RS, DJe 23/8/2010. HC 155.391-ES, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/9/2010" (STJ, Informativo n.º 445, Período: 30 agosto a 03 de setembro de 2010, destaques nossos).

Sob este viés, revela-se inteiramente descabido, na hipótese em tela, o fundamento da infração bagatelar imprópria, utilizado pelo Juiz *a quo* para declarar impunível o apelado, eis que inaplicável o princípio da irrelevância penal do fato – sustentáculo da tese em comento – aos crimes perpetrados, em tese, pelo mesmo, dada a acentuada reprovabilidade das condutas.

De outra parte, é de se ressaltar que, o instituto jurídico da bagatela imprópria é fruto de construção doutrinária que carece de previsão legal no ordenamento pátrio, sendo certo que o Magistrado não se vê dotado da discricionariedade necessária para decidir, ao seu bel-prazer, sobre a aplicação, ou não, da pena cominada em lei para um fato penalmente típico.

Tal é a crítica tecida por Guilherme de Souza Nucci acerca da teoria em debate: "***Bagatela imprópria: inexiste no ordenamento jurídico-penal brasileiro*** *e, com essa designação, em outras legislações estrangeiras.* ***Seria o mesmo que afirmar a existência de um princípio impróprio, vale dizer, um princípio da insignificância impróprio, uma grave imperfeição jurídica***. *Há quem sustente ser a bagatela imprópria uma alternativa ao julgador, que, não podendo reconhecer a autêntica insignificância do delito (que exclui a tipicidade), terminaria por absolver, sem fixar pena.* ***Em verdade, quer-se aplicar uma espécie de perdão judicial. Entretanto, para que o fato típico, antijurídico e culpável deixe de ser apenado, torna-se imperiosa a participação do legislador. Perdão não é concedido a bel-prazer do magistrado, pois as suas hipóteses estão claramente tuteladas em lei***. *Buscar associar a tal bagatela imprópria com ensinamentos estrangeiros, com a devida vênia, também é um equívoco, pois* ***o que muitos autores externos destacam é a viabilidade de não se aplicar a***

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
874
Carimbado Eletronicamente

pena, tendo em vista a ausência de culpabilidade, incluindo no conceito desta um prisma de política criminal. *Em suma, por qualquer ângulo, esse instituto, em nosso entendimento, não galga acerto.* ***Por derradeiro, a aplicação esparsa dessa terminologia em julgados igualmente isolados não o torna legítimo. Afinal, se o julgador colocar no papel qualquer ilegalidade que favoreça o acusado, não havendo recurso do MP, termina por consolidar-se; daí dizer que é correto vai uma longa distância***" (*in*, Código penal comentado – 17ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 111, grifamos).

Nesse diapasão, estando o Julgador, no exercício de seu mister, adstrito à lei, importa repisar-se que esta já prevê a figura do perdão judicial, segundo a qual são expressamente excepcionados os casos em que se permite à autoridade judiciária deixar de aplicar a pena. Confira-se:

> "Art. 107 - **Extingue-se a punibilidade**:
>
> (...)
>
> IX - **pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei**".

A título ilustrativo, transcrevem-se aqui alguns exemplos de cabimento do perdão judicial, previstos no Código Penal:

> **Homicídio culposo**:
>
> "Art. 121 (...)
>
> § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".
>
> **Lesão corporal culposa**:
>
> "Art. 129 (...)
>
> § 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121".
>
> **Injúria:**
>
> "Art. 140 (...)

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
875
Carimbado Eletronicamente

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria".

Apropriação indébita previdenciária:

"Art. 168-A (...)

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

Receptação culposa:

"Art. 180 (...)

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. (...)".

Subtração de incapazes:

"Art. 249 (...)

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena".

Assim, percebe-se que a benesse do perdão judicial se reserva a casos específicos, nos quais a necessidade de imposição da pena se mostra, de fato, questionável, seja pelo grande prejuízo sofrido pelo próprio agente do crime, como consequência de sua conduta, em cotejo à ínfima reprovabilidade da mesma, seja pela

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
876
Carimbado Eletronicamente

disponibilidade do bem jurídico tutelado ou da ação penal correspondente ao delito. Caso contrário, a pena é inderrogável.

Profícua, novamente, a lição de Nucci: "***Perdão judicial: é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes****, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. (...)* ***é causa de extinção da punibilidade. Exige expressa previsão legal, pois a pena tem como característica fundamental ser inderrogável***" (*op. cit.*, p. 414, destaques nossos).

Para os demais casos, não contemplados com a previsão do perdão judicial (como se dá na hipótese), mas em que se constata uma atuação ou um esforço do agente, no sentido de impedir que o resultado se produza, ou tendo o mesmo, ainda, reparado o dano resultante – desde que não tenha sido empregada violência ou grave ameaça –, existem, respectivamente, as figuras da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, as quais não se destinam a excluir a pena, mas somente atenuá-la.

Ademais, ainda que assim não fosse, mesmo se levássemos em conta o fato do réu ter sido atingido na cabeça por um projétil de fuzil, enquanto consequência por demais gravosa ao mesmo, em decorrência de sua conduta criminosa, tal circunstância não possui o condão de tornar despicienda a resposta penal estatal, uma vez que não teria sido cumprida, assim, a função duplamente preventiva da pena, em caráter geral e especial, porquanto não só o próprio acusado poderia tomar sua impunidade como estímulo para a reiteração delitiva no futuro, da mesma forma com como também poderiam vir a ser sentidos pela coletividade os efeitos nocivos do mau exemplo que a graça indevida representaria aos demais.

Nessa senda, ecoam vívidas as palavras de Cesare Beccaria: "***Às vezes, a gente se abstém de punir um delito pouco importante****, quando o ofendido perdoa.* ***É um ato de benevolência, mas um ato contrário ao bem público****.* ***Um particular pode bem não exigir a reparação do mal que se lhe fez; mas, o perdão que ele concede não pode destruir a necessidade do exemplo****.*

O direito de punir não pertence a nenhum cidadão em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
877
Carimbado Eletronicamente

todos. *Um cidadão ofendido pode renunciar à sua porção desse direito, mas não tem nenhum poder sobre a dos outros*.

(...)

Sendo a clemência virtude do legislador e não do executor das leis, devendo manifestar-se no Código e não em julgamentos particulares, se se deixar ver aos homens que o crime pode ser perdoado e que o castigo nem sempre é a sua conseqüência necessária, nutre-se neles a esperança da impunidade; faz-se com que aceitem os suplícios não como atos de justiça, mas como atos de violência.

Quando o soberano concede graça a um criminoso, não será o caso de dizer que sacrifica a segurança pública à de um particular e que, por um ato de cega benevolência, pronuncia um decreto geral de impunidade?

Sejam, pois, as leis inexoráveis, sejam os executores das leis inflexíveis*; seja, porém, o legislador indulgente e humano. Arquiteto prudente, dê por base ao seu edifício o amor que todo homem tem ao próprio bem-estar, e saiba fazer resultar o bem geral do concurso dos interesses particulares;* ***não se verá, assim, constrangido a recorrer a leis imperfeitas, a meios pouco refletidos que separam a cada instante os interesses da sociedade dos cidadãos; não será forçado a elevar sobre o medo e a desconfiança o simulacro da felicidade pública***" (*in*, Dos Delitos e Das Penas. Edição: Ridendo Castigat Mores, 2001, p. 41. Disponível em: www.ebooksbrasil.com, grifamos).

Dessa forma, tem-se que, caso admitíssemos a incidência da tese em debate, no caso concreto, ainda que amparada no fato do réu ter sofrido severas lesões corporais decursivas de sua conduta delitiva, comprometendo, assim, suas faculdades mentais, tal benevolência somente se prestaria a fomentar o cometimento de mais delitos, tanto por parte do próprio apelado quanto por todos aqueles que enxergarem a esperança de impunidade para si.

Por todo o exposto, afasta-se a incidência do princípio da bagatela imprópria, enquanto fundamento que não poderá voltar a ser utilizado pelo Juiz de primeiro grau na espécie dos autos."

Importa repisar, ainda, a inexistência de contrariedade ao art. 59 do Código Penal, bem como ao art. 4º da Lei de Introdução ao Direito

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
878
Carimbado Eletronicamente

Brasileiro, a pretexto de não ter sido aplicada a construção doutrinária da bagatela imprópria ao caso concreto dos autos.

Vejamos, a propósito, o que estatui a redação dos referidos dispositivos legais, *ad litteram*:

> "Art. 59 - **O juiz**, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**:
>
> I - as **penas aplicáveis dentre as cominadas**;
>
> II - a **quantidade de pena** aplicável, **dentro dos limites previstos**;
>
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
>
> IV - **a substituição da pena privativa da liberdade** aplicada, por outra espécie de pena, **se cabível**".
>
> "Art. **4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com** a analogia, os costumes e **os princípios gerais de direito**".

Como visto a lei penal pátria se faz clara e expressa quanto ao caráter inderrogável da reprimenda que o Julgador "*estabelecerá*" aos agentes que houverem perpetrado alguma conduta porventura tipificada como crime pelo nosso Estatuto Repressivo, ou pela legislação penal extravagante, não havendo, nessa seara, qualquer espaço para que o Magistrado, discricionariamente, deixe de aplicar a pena, segundo o seu próprio entendimento, encontrando-se este adstrito "*às penas aplicáveis dentre as cominadas", cujos quantitativos devem ser calculados "dentro dos limites previstos", podendo o Juiz proceder, no máximo, à "substituição da pena privativa de liberdade (...), se cabível*".

Assim, vê-se que "*os princípios gerais de direito*", da mesma forma que "*a analogia*" e "*os costumes*", só poderão figurar como fundamento exclusivo de uma decisão judicial em caráter subsidiário, ou seja, a título de se colmatar eventual lacuna normativa no ordenamento jurídico

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
879
Carimbado Eletronicamente

positivado, o qual seria, a princípio, aplicável a determinado caso, mas, em face de um contingente e pontual vácuo silencioso da lei, esta poderia, então, se socorrer daqueles citados suplementos de integração da norma, o que não é o caso.

Nada obstante, compreende-se que a solução subsidiária, sugerida no parecer da Procuradoria de Justiça, na direção de conceder-se, ao réu recorrente, a prisão domiciliar humanitária, por aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, afigura-se adequada ao caso concreto dos autos, pelo que, considerando-se o disposto no artigo 164, 2ª parte do novo Regimento Interno do TJRJ, e na esteira da sedimentada jurisprudência do STF e do STJ, a seguir transcritas, encampa-se a fundamentação exposta no parecer de fls. 830/841, fazendo-se *per relationem*, a qual passa a integrar o presente voto, como razões de decidir o presente recurso de Apelação, cujo teor, no essencial, ora se transcreve, *in verbis*:

"*No caso, não há qualquer dúvida acerca da autoria e materialidade dos crimes imputados ao réu e nem mesmo a defesa discute a prova destes fatos, razão pela qual mostra-se correta a valoração probatória na sentença recorrida, à qual agora se reporta esta Procuradoria de Justiça.*

Contudo, o exame de sanidade mental realizado no réu, data vênia, não chegaria mesmo a um resultado distinto, já que a situação atual do réu se deu justamente em decorrência dos crimes aqui apurados. Ou seja, foi posterior a estes fatos.

No caso, ainda que não se tenha o exame pericial que se refira à superveniência da doença que atinja a saúde mental do réu, segundo a sentença anulada e que contou atualmente até com a adesão do Ministério Público, pode-se buscar amparo para o encontro de solução no que já prevê a lei para hipóteses parecidas, como no caso de superveniência de doença mental ao réu ou para os casos de prisão humanitária, como tratado no artigo 117 da LEP, já que se mostra a execução penal o óbice à sentença condenatória apontado pelo recorrente.

A questão foi tratada no âmbito da prisão preventiva para hipótese semelhante, ao que pensa o Ministério Público, quando do julgamento do HC 153.961 pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso destes autos, sendo o apelante réu condenado à pena cujo início se daria em regime fechado, aplica-se, no entendimento desta Procuradoria de Justiça, tratamento idêntico àquele conferido pelo

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
880
Carimbado Eletronicamente

Superior Tribunal de Justiça em situações excepcionais, como se deu no julgamento abaixo:

> *HABEAS CORPUS Nº 521.663 - RO (2019/0205702-6)*
> *IMPETRANTE : MARILDA DE PAULA SILVEIRA*
> *ADVOGADOS : BÁRBARA MENDES LÔBO - DF021375*
> *MARILDA DE PAULA SILVEIRA - DF033954*
> *HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA - DF059173*
> *IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA*
> *PACIENTE : MARCOS ANTÔNIO DONADON (PRESO)*
> *INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA*
> *HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDIÇÕES INADEQUADAS PARA TRATAMENTO. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.*
> *1. Esta Corte Superior, interpretando o art. 117 da Lei 7.210/1984, tem entendido pela possibilidade excepcional do deferimento da prisão domiciliar aos apenados que se encontrem em regimes semiaberto e fechado, quando as circunstâncias do caso recomendarem essa medida.*
> *2. Paciente acometido de doença grave, restando certo que o estabelecimento prisional onde se encontra não dispõe dos meios necessários à prestação do adequado tratamento de saúde.*
> *3. Habeas corpus concedido para a transferência do paciente para a transferência do paciente para prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, o que não impede o cumprimento da ordem acaso indisponível esse instrumento, isso enquanto mantiver a condição de doença que o impossibilite de ser tratado na unidade prisional ou até ser instalado serviço médico apto a seu tratamento.*
>
> *EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE DE RECEBER TRATAMENTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REVOLVIMENTO DE PROVAS. VIA*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
881
Carimbado Eletronicamente

IMPRÓPRIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão agravada pelos próprios fundamentos.
II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, embora o art. 117 da Lei de Execução Penal estabeleça como requisito para a concessão de prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime prisional aberto, é possível a extensão do benefício aos condenados recolhidos no regime fechado ou semiaberto, em casos excepcionais.
III - No caso dos autos, não ficou comprovado que a sentenciada não pode receber o atendimento médico adequado no local em que estiver recolhida.
IV - A revisão de tal entendimento demanda necessariamente o reexame do contexto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.
Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC n. 914.491/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 27/8/2024).

Assim, as citadas sequelas encefálicas do réu, pericialmente comprovadas (e-doc. 613 – Itens VIII- Exame Psíquico e Item IX- Conclusões), ainda que não permitam o reconhecimento da sua inimputabilidade, demandam a necessidade de se assegurar a integridade física do apelante e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, autorizando que a Corte resolva definitivamente o processo, ao efetivamente conhecer o recurso defensivo e julgá-lo parcialmente procedente ou concedendo ao réu de ofício a ordem em Habeas Corpus, para que lhe seja permitida a prisão domiciliar humanitária".

Impende, por pertinente, enfatizar que, a fundamentação "*per relationem*", denominada pela doutrina de, *aliunde*, referencial, referenciada, por referência ou por remissão, é uma técnica de motivação, pela qual há expressa remissão ou referência às alegações de uma das partes, à alguma manifestação/ proposta/parecer (*v.g.*, do órgão do Ministério Público), ou, ainda, a algum precedente ou decisão anterior, nos autos do mesmo processo.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
882
Carimbado Eletronicamente

Tal tipo de fundamentação, "*per relationem"*, tem previsão legal na Lei Federal nº 9.784, de 29.01.1999 (Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal), precisamente no parágrafo 1º do art. 50, ora transcrito, *ex textus*:

" *Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

(...). *I; II; III; IV; V; VI; VII; VIII.*

§ 1º. ***A motivação*** *deve ser explícita, clara e congruente,* ***podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que neste caso serão parte integrante do ato*****."**

Por certo, esta técnica de motivação, que tem previsão no sistema normativo brasileiro, não importa em qualquer ilegalidade, e, tampouco pode ser acoimada de viciosa, pois não se trata de ausência de fundamentação, nem pode ser rotulada como inidônea ou ilegítima, de modo que não se mostra incompatível com a norma do art. 93, IX da Constituição da República de 1988.

Segundo entendimento externado pelo Ministro do **STF**, CELSO DE MELLO, em voto de sua lavra no HC 86532/SP, julgado pela Primeira Turma em 15.8.2006 (Inf. n.º 436, de 14 – 18.08.2006), "*Não se desconhece, na linha de diversos precedentes que esta Suprema Corte estabeleceu na matéria (RTJ 173/805-810, 808/809, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 84.869/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE),* ***que se revela legítima, para efeito do que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a motivação*** **"per relationem"**, *desde que os fundamentos existentes "aliunde", a que se haja reportado a decisão questionada, atendam às exigências estabelecidas pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal*.

É que a remissão feita pelo magistrado, referindo-se, expressamente, aos fundamentos que deram suporte a anterior decisão *(a sentença do Juizado Especial, no caso),* ***constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao novo ato decisório*** *(o acórdão da Turma ou Colégio Recursal, na espécie),* ***da motivação a que este último se reportou como razão de decidir***.

Desse modo, ***o exame da estrutura formal do ato ora questionado revela que este se mostra compatível com a jurisprudência do***

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
883
Carimbado Eletronicamente

Supremo Tribunal Federal, *cuja orientação, no tema, reflete o entendimento que se vem de expor:*

> *"**Acórdão. Está fundamentado quando se reporta aos fundamentos do parecer** do SubProcurador-Geral, **adotando-os; e, assim, não é nulo**."*
> *(RE 37.879/MG, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI - grifei)*
>
> *"**Nulidade** de acórdão.*
> ***Não existe, por falta de fundamentação, se ele se reportou** ao parecer do Procurador-Geral do Estado, **adotando-lhe os fundamentos**."*
> *(RE 49.074/MA, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI - grifei)*
>
> *"**'Habeas corpus'. Fundamentação da decisão** condenatória. **Não há ausência de fundamentação**, quando, ao dar provimento à apelação interposta contra a sentença absolutória, a maioria da Turma julgadora acompanha o voto divergente, que, para condenar o réu, **se reporta expressamente ao parecer** da Procuradoria-Geral da Justiça, onde, em síntese, **estão expostos os motivos** pelos quais esta opina pelo provimento do recurso. 'Habeas corpus' indeferido."*
> *(HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei).*" (trecho do voto). (Destaques nossos).

A título ilustrativo, também do **STF,** no julgamento do HC 86.533/SP, em sessão realizada em 08/11/2005, pela Primeira Turma, o Ministro EROS GRAU, fundamentou o seu voto, no sentido de que, " *1.O § 5º do artigo 82 da Lei n. 9.099/1995 dispõe que **'se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos**, a súmula do julgamento servirá de acórdão'. O preceito legal prevê, expressamente, **a possibilidade de o órgão revisor adotar como razão de decidir os fundamentos do ato impugnado, o que não implica violação do artigo 93, IX, da Constituição do Brasil**.*

*2. É fora de dúvida que o acórdão da apelação, **ao reportar-se aos fundamentos do ato impugnado, não é carente de fundamentação**, como sustentado pela impetrante. **Aludindo à motivação da sentença, delimita a causa de pedir de eventual recurso extraordinário ou de 'habeas corpus'. Esta Corte firmou o entendimento de que '[a] adoção integral do parecer** do MP - **que, de sua vez, transcreve as razões** da apelação, **não compromete a idoneidade da motivação do acórdão que a provê, se, nas peças adotadas, a decisão encontra fundamentação formalmente idônea, não***

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
884
Carimbado Eletronicamente

cabendo indagar, em 'habeas corpus', da sua adequação substancial à prova' *(HC n. 77.583, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 18.9.98)*". (trecho do voto). (Frisamos).

Outrossim, o Pleno do **Supremo Tribunal Federal**, pronunciando-se sobre essa técnica decisória, **reconheceu-lhe a inteira compatibilidade com o que prescreve o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República**, inclusive sendo **matéria de repercussão geral**:

> "**Questão de ordem**. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3° e 4°). 2. **Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão**. 4. **Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal**, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral" (**STF**., AI 791292 QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, Julgado em: 23/06/2010, DJe 13/08/2010). (Grifamos).

> "E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" – **ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO "*PER RELATIONEM*" – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DECISÓRIA – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA** – PENA-BASE ESTABELECIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RECONHECIMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS MOTIVADAS PELA CULPABILIDADE E PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO PRATICADO PELO RECORRENTE – JUSTIFICADA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL – REDIMENSIONAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – FUNDAMENTOS NÃO APRECIADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR –

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
885
Carimbado Eletronicamente

> SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO PENAL – NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO – INVIABILIDADE NA VIA DO RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (**STF.,** Segunda Turma, RHC 149.357 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgado em: 14/12/2018, DJe 07/02/2019). (Gizamos).

Carreia-se à colação, ainda, seguindo a mesma orientação do Supremo Tribunal Federal, julgados do **Superior Tribunal de Justiça**, *in litteris*:

> "(...) Por fim, a tese de que a **decisão que** indeferiu o pleito liberatório é nula porque **faz apenas referência a fundamentação de decisões anteriores**, também, não merece prosperar.
> No caso, observa-se que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com **a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que admite a utilização da técnica de fundamentação *per relationem*, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, observada a economia processual, sem que isso ofenda a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais**. (...)".
> (**STJ.,** HC 636.554/RJ, 5ª T., Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, decisão monocrática, julg. 22.03.2021. Dje de 24.03.2021). (Marcamos).

> " (...) **a utilização da fundamentação *per relationem*, seja para fim de reafirmar a fundamentação de decisões anteriores, seja para incorporar à nova decisão os termos da manifestação ministerial anterior, não implica vício de fundamentação".** (**STJ** – 5ª Turma. AgRg no AREsp n. 1.7906.66/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, Dje 06.05.2021). (Realçamos).

Desta feita, devidamente comprovada, nos autos, a debilidade acentuada da saúde do nomeado apelante, o qual apresenta deformidade craniana, com "*ausência de calota craniana à direita*" e "*hemiparesia*", acometido de "*encefalopatia (sequela cerebral traumática) (F06.8)*", com comprometimento de memória de evocação, assim como da

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
886
Carimbado Eletronicamente

locomoção "*devido às dificuldades de se sustentar-se por muito tempo de pé, além de necessitar de assistência de terceiros para os atos da vida diária, sua higiene pessoal e alimentação*", e considerando-se as peculiaridades do caso concreto, notadamente a necessidade de assistência de terceiros para os atos da vida diária, tem-se que os cuidados essenciais à saúde do mesmo não serão satisfatoriamente supridos no interior de uma unidade prisional, razão pela qual deve ser admitida, excepcionalmente, a prisão domiciliar, ainda que tenha sido fixado o regime prisional inicialmente fechado.

Sob tais fundamentos, vota-se pelo **CONHECIMENTO** e **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso de apelação, interposto pelo réu, Filipe César da Silva Alves, por meio de sua Defesa, somente para conceder ao mesmo, dada a excepcionalidade do caso concreto, a prisão domiciliar de natureza humanitária.

Rio de Janeiro, data da assinatura digital.

Des. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
RELATORA

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ