Requerente: LUIS FELISBERTO DA SILVA JUNIOR

Ação Originária: 0080849-58.2017.8.19.0001

Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto

A C Ó R D Ã O

REVISÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RESITÊNCIA QUALIFICADA. O REQUERENTE PLEITEOU A DESCONSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO, PARA FOSSE REFORMADA A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA, NO SENTIDO DE RECONDUZIR AS PENAS-BASES AOS PATAMARES MÍNIMOS LEGAIS, RECONHECIDA A ATENUANTE DA MENORIDADE, FIXADA A FRAÇÃO DE 1/6 (SEXTO) NA TERCEIRA FASE DO PROCESSO DOSIMÉTRICO EM RAZÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, IV, DO LEI Nº 11.343/2006, AO FINAL, FOSSE DECLARADA A PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA DO DELITO DE RESISTÊNCIA QUALIFICADA, NOS TERMOS DO ARTIGO 109, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PENAS-BASES RETOCADAS POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA INTERMEDIÁRIA ALTERADA, POIS RECONHECIDA ATENUANTE DA MENORIDADE. READEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA DECLARADA EM RELAÇÃO DO DELITO DE RESISTÊNCIA QUALIFICADA, VEZ QUE ALCANÇADO O MARCO TEMPORAL.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

ALCIDES DA FONSECA NETO:15402 Assinado em 11/09/2024 17:54:08
Local: GAB. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO

CONHECIMENTO E PROVIMENTO EM PARTE DO PEDIDO REVISIONAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0080450-22.2023.8.19.0000, em que é requerente LUIS FELISBERTO DA SILVA JUNIOR.

ACORDAM os Desembargadores que integram o 3º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por maioria**, em **dar parcial provimento ao pedido revisional**, nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de revisão criminal proposta por LUIS FELISBERTO DA SILVA JUNIOR, com fundamento no artigo 621, I, do Código de Processo Penal, em que requereu a reforma da condenação proferida no processo nº 0239592-35.2018.8.19.0001, transitada em julgado em 10/9/2021.

Nos mencionados autos, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia, no IE. 0002, por entender que, no dia 19 de fevereiro de 2012, por volta de 18h30, na Rua Joaquim Pizarro, na Comunidade do Turano, bairro Rio Comprido, RJ, nesta comarca, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com outros dois homens ainda não identificados, opuseram-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo, eis que diante da aproximação dos agentes de segurança pública para identificação e realização do procedimento de prisão em flagrante, efetuaram disparos de arma de fogo na direção destes, a possibilitar a sua fuga e de seus comparsas do local, em razão destes fatos, o ato legal não se executou.

Contou na denúncia que, no dia 19 de fevereiro de 2012, por volta de 18h30, no mesmo endereço acima citado, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com outros dois homens ainda não identificados, efetuou disparos de arma de fogo em via pública e possibilitou a sua fuga e de seus comparsas do local. Detalhou o representante do Ministério Público os agentes de segurança pública MARCIO ROBERTO DA SILVA e THIAGO PINTO CARDOSO DO ROSÁRIO realizavam patrulhamento na Comunidade do Borel, juntamente com outros policiais militares, com o objetivo de reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes na Comunidade, quando, na localidade conhecida como "Bica", avistaram LUÍS FELISBERTO DA SILVA JÚNIOR e outros dois homens não identificados, todos a portarem armas de fogo. Nesta senda, ao tentarem se aproximar para realizar a abordagem destes, para procedimento de revista pessoal e prisão em flagrante, o denunciado e seus comparsas efetuaram disparos de arma de fogo em via pública com o intuito de evitar as suas capturas.

Narrou que, após se abrigarem e revidarem a injusta agressão com disparos de arma de fogo na direção dos atiradores, os policiais militares avançaram no terreno em direção ao local de onde o denunciado efetuou os disparos, contudo não lograram êxito na apreensão de qualquer material entorpecente, tampouco na localização de feridos.

Ressaltou na denúncia que o local do confronto é amplamente conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes, conforme é possível se extrair do depoimento dos policiais militares.

Consignou na peça exordial acusatória, nas mesmas circunstâncias de local, em hora e data anterior a 19 de fevereiro de 2012, o denunciado, com vontade livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com outros dois homens ainda não identificados, associaram-se de forma estável e permanente para o fim de praticar reiteradamente o tráfico ilícito de entorpecentes, sem autorização e

em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a praticar suas atividades ilegais na comunidade do Turano.

Consoante exposto na denúncia, os policiais militares MARCIO ROBERTO DA SILVA e THIAGO PINTO CARDOSO DO ROSÁRIO reconheceram o denunciado como autor das ações criminosas acima descritas (fls. 14 e 15).

Destarte, concluiu o representante do ministério Público que, a conduta do denunciado foi típica e reprovável, sem qualquer descriminante a justificá-la, portanto, encontrava-se incurso nas penas dos artigos 329, §1° do Código Penal e 15 da Lei n° 10.826/2003 e nas penas dos artigos 35 c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/2006, na forma do artigo 69, do Código Penal.

Sentença proferida pelo ilustre magistrado, Marcel Laguna Duque Estrada, em 24/4/2019, em exercício na 36ª Vara Criminal da Comarca da Capital, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu, ora requerente, pela prática dos injustos esculpidos no artigo 35 c/c 40, IV, da Lei 11.343/06 e artigo 329, §1°, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal, nos seguintes termos (indexador242 – autos originários):

> *(...) ISTO POSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal quanto ao acusado LUIS FELISBERTO DA SILVA JÚNIOR para (i) ABSOLVER o réu quanto ao crime do artigo 15 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal; e (iii) CONDENAR o acusado nas penas do artigo 35 c/c 40, IV, da Lei 11.343/06 e artigo 329, §1°, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal.*
> *PASSO A CALCULAR A PENA.*
>
> *I — QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS (artigo 35 c/c artigo 40, inciso IV da Lei 11.343/2006)*

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o réu possui ***conduta-social reprovável****, pois ostenta condenação em 0111 sua folha penal transitada em jugado em data posterior ao fato ora julgado, e que, por isso, não é considerada reincidência; que as* ***consequências do crime possuem uma reprovabilidade acentuada****, na medida em que, a presente associação se insere em quadrilha notoriamente perigosa e bem armada, conforme relato dos policiais e conhecimento geral; que* ***as circunstâncias do crime ensejam maior censurabilidade****, posto que os depoimentos apontam para a ocorrência de tiroteio no local, ensejando perigo para terceiros, bem como que a quadrilha atuante no local, da qual participa o réu, é perigosa e ousada, a ponto de realizar ações desse tipo. Por tal razão, fixo a pena base em 04 (quatro) ANOS DE RECLUSÃO E MULTA DE 800 (oitocentos) DIAS-MULTA.*

Não há qualquer agravante ou atenuante, razão pela qual converto a pena-base em intermediária, mantendo-se a pena em 04 (quatro) ANOS DE RECLUSÃO E MULTA DE 800 (oitocentos) DIAS- MULTA.

Por fim, incide na hipótese a causa de aumento de pena descrita no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06. Assim, aumento a pena em seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), já que restou comprovado que a associação criminosa utilizava de armas de fogo, sobretudo para garantir a continuidade do domínio que a sua facção exercia no local, sendo este procedimento notório em comunidades subjugadas por quadrilhas de traficantes (como é o caso).

Assim, a pena definitiva fica fixada em 06 (seis) ANOS E 08 (oito) MESES DE RECLUSÃO E MULTA DE 1.333 (mil trezentos e trinta e três) DIAS-MULTA.

II- QUANTO AO CRIME DE RESISTÊNCIA (artigo 329 § 1° do Código Penal).

*Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que estão presentes a elevada **culpabilidade** do réu, uma vez que a resistência foi efetivada mediante violência perpetrada com disparos de arma de fogo, colocando em risco não só a integridade física dos policiais bem como de toda a comunidade que ali reside; que o réu possui conduta social reprovável, pois ostenta condenação em sua folha penal transitada em jugado em data posterior ao fato ora julgado, e que, por isso, não é considerada reincidência. Sendo assim, fixo a pena-base em 01 (um) ANO E 06 (seis) MESES DE RECLUSÃO.*

Não há qualquer agravante ou atenuante, nem causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual fica a pena definitiva fixada em 01 (um) ANO E 06 (seis) MESES DE RECLUSÃO.

III - QUANTO AO ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL Considerando que se trata de crimes com desígnios distintos, as penas aplicam-se cumulativamente, perfazendo-se um total de 08 (oito) ANOS E 02 (dois) MESES DE RECLUSÃO E MULTA DE 1.333 (mil trezentos e trinta e três) DIAS-MULTA.

EX POSITIS, CONDENO LUIS FELISBERTO DA SILVA JÚNIOR, qualificado nos autos, à pena de 08 (oito) ANOS E 2 (dois) MESES DE RECLUSÃO E MULTA DE 1.333 (mil trezentos e trinta e três) DIAS-MULTA, na pena do artigo 35 c/c 40, IV da Lei 11.343/06 e do artigo 329, §1°, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal. ABSOLVO o réu quanto ao crime do artigo 15 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

O regime prisional do réu será o FECHADO, com base no artigo 33, §§2° e 3º do Código Penal, considerando a totalidade da pena e as circunstâncias judiciais verificadas. (...)"

Insurgência defensiva interpôs recurso de apelação. Em suas razões (indexador 258 – autos originários) pugnou pela absolvição do apelante, ora requerente de todas as imputações que lhe pesavam nos autos do processo principal, por insuficiência de provas.

Em sede de apelação, o pronunciamento foi mantido por unanimidade, pela Colenda 3ª Câmara Criminal, nos termos do acórdão de fls. 322-326, de relatoria do E. Desembargador Paulo Rangel.

Nas razões da revisão criminal do IE. 0002, o requerente pleiteou pela desconstituição da condenação, para reformar a dosimetria da pena privativa de liberdade aplicada, no sentido de reconduzir as penas-bases aos patamares mínimos legais, reconhecida a atenuante da menoridade, fixada a fração de 1/6 (sexto) na terceira fase do processo dosimétrico em razão da causa de aumento do artigo 40, IV, do Lei nº 11.343/2006, ao final, fosse declarada a prescrição executória do delito de resistência qualificada, nos termos do artigo 109, do Código de Processo Penal.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, da lavra da e. CHRISTIANE MONNERAT, em que se manifestou pela improcedência da revisão criminal (indexador 000033).

É O RELATÓRIO.

A ação de revisão criminal é medida de exceção, cabível apenas nos casos taxativamente arrolados no artigo 621, do Código de Processo Penal, em que se permite juízo rescindente e rescisório sobre condenação ou absolvição imprópria transitada em julgado, quando verificado erro judiciário grave:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

> *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*
>
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*
>
> *III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*

Como se denota da leitura do dispositivo legal ora explicitado, não se admite revisão para simples reexame do mérito ou dos argumentos expostos e debatidos na causa, pois ela se restringe à análise de eventual erro judiciário, caso a condenação seja contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, ou se ela se fundou em prova falsa, ou se forem descobertas provas novas da inocência ou de circunstância de diminuição da pena.

O requerente, em síntese, alega que a revisão criminal se faz necessária, haja vista valorou-se as circunstâncias judiciais negativas, a fundamentar o *decisum* atacado de maneira inidônea, pois se entende que os acréscimos das penas-bases contrariam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores. No mais, pugna-se pelo reconhecimento da atenuante da menoridade, nos termos do artigo 65, I do Código Penal e, pela incidência da fração em 1/6 (um sexto) em razão da causa de aumento prevista no artigo 40, IV da Lei nº 11.343/2006.

Com razão em parte ao requerente.

De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a expressão "texto expresso da lei penal" contida no artigo 621, I do Código de Processo Penal não deve ser compreendida apenas como a norma penal escrita, mas como o sistema processual na sua totalidade, assim, possível a correção da dosimetria da pena em sede de revisão criminal. Confira-se:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *I - Esta Corte vem entendendo que é possível a correção da dosimetria da pena em sede de revisão criminal.*
> *II - In casu, o eg. Tribunal de origem entendeu ausente o grave dano previsto no inciso I do art. 12 da Lei n. 8.137/1990, evidenciando a injustiça da condenação no que diz respeito à aplicação da referida majorante, o que autorizou a sua correção com fundamento na contrariedade ao texto expresso da lei penal. Agravo regimental desprovido. STJ - AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 318.060 - SC (2013/0114457-7) RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER)*

> *'PENAL. RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DA PENA. REVISÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. I - Esta Corte vem entendendo que é possível a correção da dosimetria da pena em sede de revisão criminal (Precedentes). II - In casu, o Tribunal de origem identificou no julgado revidendo flagrante desproporcionalidade entre as*

> *circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis e a exasperação da pena-base, reduzindo a pena para sanar a ilegalidade. Recurso desprovido.' (REsp 1113559/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 03/05/2010)*
>
> *"Outrossim, não obstante se afigure cabível o pedido de revisão criminal com vistas à modificação da pena, à luz do estatuído no art. 626 do Código de Processo Penal, a doutrina e a jurisprudência têm condicionado o deferimento à comprovação de erro técnico ou de injustiça explícita da decisão, segundo se infere do precedente abaixo transcrito: 'A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei (TACrimSP, RVCrim 186.650, 5º Grupo Câms., Rel Juiz Marrey Neto, RJDTACrimSP 6/250)' [...].*

Pois bem.

Infere-se dos autos que por meio do processo dosimétrico, nos delitos que restou o requerente condenado (artigo 35, combinado com artigo 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/20006 e, do delito do artigo 329, I do Código Penal, o Juízo *a quo* reconheceu as circunstâncias judiciais da **conduta social**, **culpabilidade** e **consequência** do delito, nos seguintes termos:

> *I — QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS (artigo 35 c/c artigo 40, inciso IV da Lei 11.343/2006) Atento às diretrizes do artigo 59 do*

*Código Penal, verifica-se que o réu possui **conduta-social reprovável**, pois ostenta condenação em 0111 sua folha penal transitada em jugado em data posterior ao fato ora julgado, e que, por isso, não é considerada reincidência; que as **consequências do crime possuem uma reprovabilidade acentuada**, na medida em que, a presente associação se insere em quadrilha notoriamente perigosa e bem armada, conforme relato dos policiais e conhecimento geral; que **as circunstâncias do crime ensejam maior censurabilidade**, posto que os depoimentos apontam para a ocorrência de tiroteio no local, ensejando perigo para terceiros, bem como que a quadrilha atuante no local, da qual participa o réu, é perigosa e ousada, a ponto de realizar ações desse tipo. Por tal razão, fixo a pena base em 04 (quatro) ANOS DE RECLUSÃO E MULTA DE 800 (oitocentos) DIAS-MULTA.*

II- QUANTO AO CRIME DE RESISTÊNCIA (artigo 329 § 1° do Código Penal).

*Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que estão presentes a elevada **culpabilidade** do réu, uma vez que a resistência foi efetivada mediante violência perpetrada com disparos de arma de fogo, colocando em risco não só a integridade física dos policiais bem como de toda a comunidade que ali reside; que o réu possui conduta social reprovável, pois ostenta condenação em sua folha penal transitada em jugado em data posterior ao fato ora julgado, e que, por isso, não é considerada reincidência. Sendo assim, fixo a pena-base em 01 (um) ANO E 06 (seis) MESES DE RECLUSÃO.*

Primeiramente, cumpre registrar que não atribuo, via de regra, carga valorativa igual a todas as circunstâncias judiciais discriminadas no artigo 59 do Código Penal, pois estou convicto de que, no caso concreto, pelo exame da conduta delituosa praticada ou pela análise do comportamento de um ou mais réus[1], o juiz pode conferir, a uma ou mais circunstâncias, um peso diferenciado, isto é, o magistrado deve ter a possibilidade de atribuir preponderância[2] a uma ou várias circunstâncias sobre outras, pois somente assim será possível individualizar corretamente a sanção aplicada.

A partir da premissa de que é possível haver circunstâncias preponderantes, ainda é preciso afirmar que não é o somatório de circunstâncias encontradas que deve servir, numa mera atividade mecânica[3], para valorar, positiva ou negativamente, a pena em concreto, haja vista que em cada situação determinada ou em relação ao autor ou coautores do crime, definitivamente não é o número de circunstâncias avaliadas que determinará se a pena será mantida no mínimo, um pouco acima dele ou em patamar ainda mais elevado, pois o que realmente importa é que seja encontrado o efetivo grau de culpabilidade decorrente do comportamento delituoso praticado, a partir da correta graduação das circunstâncias analisadas[4], dentro das margens penais estabelecidas pelo

[1] "Tudo isso porque julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) pena-padrão, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável, mormente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena". (Nucci, Guilherme de Souza. "Individualização da Pena". Ed. Revista dos Tribunais. 1 ª edição. São Paulo. Página 175).

[2] "Uma segunda observação crítica está relacionada às razões jurídicas que conferem equivalentes cargas axiológicas às circunstâncias judiciais, tanto assim que a pena-base será estabelecida no mínimo, um pouco acima ou junto ao termo médio conforme indicar o resultado da valoração do conjunto por elas formado. Essas regras não consideram que eventualmente determinada circunstância pode ser reconhecida como preponderante pelo juiz..." (Boschi, José Antonio Panella."Das penas e seus critérios de aplicação". Ed Livraria do Advogado. 5ª edição. Porto Alegre. Página 193).

[3] "Como todo processo de avaliação depende de uma reflexão, e não de simples cálculo matemático, o procedimento aqui proposto não corresponde a uma resolução definitiva da individualização da pena. O que se busca é, no entanto, examinar os elementos dessa individualização sob a perspectiva estrita do princípio da legalidade e da defesa de direitos fundamentais..." (Tavares, Juarez. "Culpabilidade e individualização da pena", "Cem anos de reprovação". Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011. Página. 152.)

[4] "...pois, como dissemos antes, as circunstâncias judiciais não são outra coisa senão ferramentas a serem utilizadas pelo juiz nas investigações sobre todas as particularidades que dizem respeito à reprovação" (Boschi, José Antonio Paganella, ob. cit., p. 191).

legislador, a fim de que o objeto de julgamento seja apenas o fato praticado, pois só ele pode ser empiricamente provado pela acusação e rechaçado pela defesa.

Em seguida, é preciso tecer um pormenorizado exame acerca das circunstâncias judiciais esculpidas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

No que tange à **culpabilidade**, não pode ela ser entendida como uma mera circunstância judicial autônoma, uma vez que ela já exerce função fundamentadora da pena[5].

Com efeito, a culpabilidade se traduz como o efetivo juízo de responsabilidade ou imputabilidade jurídica formulado ao agente, de modo que ela não pode ser examinada como requisito do crime para depois servir como fator de regramento da pena. A meu sentir, esta dupla valoração da figura da culpabilidade, primeiro como uma função fundamentadora, no sentido da verificação da capacidade do réu de motivar-se com a norma, para, depois, ser instrumento de modulação da pena, como função delimitadora desta, se constitui num inaceitável *bis in idem*[6].

Já no tocante aos "antecedentes", o Direito Penal Codificado começa a mostrar como realmente funciona. Sob o manto da igualdade, ele trata os cidadãos com absoluta desigualdade.

Com efeito, os antecedentes desempenham a função de estigmatizar, para sempre, a vida do condenado, ao mesmo tempo que servem de instrumento de manipulação da prova e de supressão da própria imparcialidade do juiz.

[5] "A definição da culpabilidade como circunstância judicial de formulação do juízo de reprovação constitui impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime, não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade". (Cirino dos Santos, Juarez. "Teoria da Pena". Ed. Lumen Juris, 2ª Edição. Curitiba. 2005. Página. 109")

[6] "Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos. Assim, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima=culpabilidade maior ou menor, conforme o caso" (Nucci, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 173 e 174).

Na verdade, não pode o réu ser examinado por algo que ele "já fez ou se diz que já fez", sob pena de violação do tão propalado Direito Penal do Fato, que é sempre citado na Teoria do Delito, mas que é propositadamente deixado de lado, no momento da concretização da pena.

Além disto, muitos juízes acatam a tese de outros tantos promotores, de maneira que quando se veem em caso de dúvida, invertem o ônus da prova e consultam a Folha de Antecedentes Criminais do réu (Ficha de Pecados[7]) e se algo é encontrado em seu passado, isto é imediatamente entendido como prova capaz de assegurar uma condenação.

Tal comportamento, infelizmente ainda tão comum, elimina a imparcialidade do juiz e, portanto, deve ser compreendido como arbitrário e preconceituoso, diante da evidente violação do Princípio da Culpabilidade, isto é, do fundamento de que a reprovação deve ter como objeto o fato penalmente imputado e não uma qualidade atribuída ao réu.

Quanto à **conduta social**, compreendida como o comportamento do agente, no seio da sociedade, também deve ser veementemente repudiada e afastada por constituir-se num puro juízo moral, que também não se coaduna com o princípio da culpabilidade[8].

Adicione-se que a menção à conduta social do indivíduo representa uma clara e odiosa manifestação de um Direito Penal do Autor, em contraposição ao Direito Penal do Fato. Na verdade, aumentar a sanção com base na conduta social é

[7] Rosa, Alexandre Morais da Rosa. Decisão Penal: A bricolagem de significantes. 2006. Rio de Janeiro. Lumen Juris, p. 346.
[8] "A Constituição da República Federativa do Brasil, que tem um de seus fundamentos na 'dignidade da pessoa humana', garantiu-lhe autonomia moral a partir da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de toda privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre manifestação de pensamento e expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada(artigo 5º, IV, V, VIII, IX e X). A primeira consequência disso é a absoluta interdição, para o Estado, de impor qualquer moral; aí reside um indescartável compromisso do Estado secularizado" (Batista, Nilo. "Cem Anos de Reprovação". Ed. Revan. 1ª Edição. Rio de Janeiro. 2011, Páginas 173 e 174).

responsabilizar o agente por aquilo que *ele é* (ou por aquilo que se pensa que ele é) e não por aquilo *que ele fez*[9].

Além do mais, parece-me antidemocrático e antigarantista estabelecer um postulado genérico de "boa conduta social", pois o padrão que indica os bons comportamentos é construído a partir de valores pertencentes à classe dominante. Será que possuíam boa conduta social aquelas "pessoas honestas, decentes, cegas e desastrosas que votaram em Hitler, em 1933?"[10].

Face a tudo isto, como já assinalado, a apontada circunstância judicial deve ser excluída em razão de sua natureza nitidamente ilegal.

Já a circunstância representada pela **personalidade do agente**, assim entendida como o conjunto de características exclusivas de cada ser humano, igualmente viola o princípio do Direito Penal do Fato, haja vista que, mais uma vez, o magistrado é chamado a emitir um juízo de valor moral sobre caracteres individuais do autor e não sobre a conduta por ele cometida, o que mais uma vez ofende o princípio da culpabilidade.

Agregue-se que, ao majorar a pena-base em face da personalidade, resquício da etiologia positivista do século XIX, o juiz assume o papel de investigar o interior do indivíduo, muito embora ele não tenha qualquer conhecimento técnico para fazê-lo, o que invariavelmente conduz o magistrado a valer-se de termos vagos, imprecisos e genéricos[11], tais como "personalidade distorcida" ou "personalidade voltada para a prática de crimes", o que impede qualquer possibilidade de refutação

[9] "No momento da cominação da pena na sentença condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, consequentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica" (Carvalho, Salo De. "Aplicação da Pena e Garantismo" Editora Lumen Juris. 3ª Edição. Rio de Janeiro. 2004. Páginas 31 e 32).
[10] Citação de Richard Rorty, mencionada no livro de Alexandre Morais da Rosa, já citado. Página 352.
[11] "Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um padrão para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem" (Boschi, José Antonio Paganella, ob. cit., p. 173).

e comprovação, dentro do processo, culminando por traduzir-se em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Mas não é tudo. Há mais.

As três circunstâncias já examinadas e criticadas, quando valoradas negativamente, isto é, quando reconhecidas em desfavor do réu, igualmente se transformam num instrumento legal para que a pena seja regrada além dos limites da culpabilidade, o que também se contrapõe aos princípios da legalidade e da proporcionalidade[12]. Neste ponto, é preciso apontar a contradição do legislador, pois, em que pese o pilar representado pelo Princípio da Culpabilidade, é a própria lei que emite "autorizações legais" para que o juiz estabeleça a sanção penal além dos limites da tão propalada "culpabilidade pelo fato".

Note-se que as citadas "autorizações legais" também acabam por anular o princípio básico da imparcialidade do juiz, fundamento precípuo do Devido Processo Legal.

Já no que concerne à circunstância representada pelos **"motivos**" e que expressa o antecedente psíquico que leva o agente a ter vontade(dolo) de praticar a conduta típica, pode ela ser aceita como elemento modulador da pena porque ela é examinada em relação ao fato praticado e tem função delimitadora da sanção penal, até porque os motivos podem ser negativos, como o egoísmo e a cólera, ou positivos, como a gratidão, sentimento de honra ou piedade.

No entanto, os motivos devem sempre estar associados diretamente ao comportamento concreto cometido pelo agente, sob pena de transformar-se, também, num puro juízo moral.

[12] "Inicialmente, pode-se dizer que a personalidade, como critério de prevenção geral ou especial, não pode implicar a fixação da pena além dos limites impostos pela culpabilidade, pois isso importaria em violação aos princípios objetivos da legalidade e da proporcionalidade (Tavares, Juarez, ob. cit., p. 148.).

No que tange às "**circunstâncias do crime**", considero que seja ela o elemento principal na definição do grau de culpabilidade, tamanha a sua amplitude.

Com efeito, o conteúdo desta circunstância encerra um conjunto de valores que se relaciona diretamente com o fato, tais como as condições de tempo, lugar, modo de execução, bem como o comportamento do autor durante a atividade criminosa.

Tais circunstâncias podem ser reveladoras, também, de maior ou menor covardia, audácia, preparação meticulosa para o delito, assim como igualmente retratam o maior ou menor grau de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Nesta importantíssima e fundamental análise quanto à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido, podem e devem ser objeto de exame: se o crime chegou à fase de exaurimento, quando possível a sua verificação, no tipo, de modo destacado da consumação delituosa; o número de ações cometidas pelo agente e os seus efeitos concretos; o valor real da violação ao objeto material do delito, assim como também o número de vítimas atingidas pela ação criminosa.

A apontada circunstância judicial, como leciona o professor Juarez Tavares, também indica a maior ou menor autonomia do sujeito[13], bem como as relações volitivas do agente para com o fato, vale dizer, se agiu o acusado com dolo direto ou eventual.

Por seu turno, as "**consequências do crime**" podem servir de parâmetro para o regramento da pena desde que sejam previstas ou ao menos

[13] "O juízo sobre a autonomia deve ser efetuado tendo como ponto de referência o contexto individual e social do autor e sua capacidade de realizar o fato, apesar dos apelos normativos da ordem jurídica...Uma vez que o sujeito tenha tido dificuldades de exercer sua autonomia, deve-se concluir que sua culpabilidade é diminuta; se ao sujeito fosse absolutamente fácil seguir sua vida normal, sem realizar o fato, poder-se-ia concluir que sua culpabilidade não é diminuta. Igualmente se congregam no âmbito da avaliação da autonomia s relações volitivas do agente para com o fato: se o agente, dessa forma, agiu com dolo direto ou eventual" (Tavares, Juarez, ob., cit., p. 143).

previsíveis ao agente, no momento do fato, sob pena de clara violação ao princípio da culpabilidade.

Não se perca de vista que é preciso destacar que outros resultados ou consequências relevantes, decorrentes do crime, sejam de natureza pessoal, moral ou econômica, não podem se confundir com o normal resultado proveniente da violação do tipo penal.

Por fim, quanto ao denominado "**comportamento da vítima**", também pode e deve ser verificado pelo juiz como circunstância judicial, uma vez que ela, como titular do bem juridicamente protegido, pode ter uma efetiva contribuição para a prática do crime, através de um comportamento, por exemplo, de provocação, facilitação ou mesmo de estímulo ao agente, o que servirá para reduzir o grau de culpabilidade do agente ou até mesmo compensar ou neutralizar a presença de outra circunstância judicial, apontada como desfavorável ao réu.

Portanto, dentre todas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, considero válidas, apenas, os **motivos**, as **circunstâncias** e **consequências** do crime, bem como o **comportamento da vítima**. E em que pese minha posição diametralmente contrária, também devo me valer da circunstância associada aos "**antecedentes**" do réu, haja vista a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em seu Tema nº 150[14].

Neste prisma, a jurisprudência da Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social,

[14] Tema nº 150/STF: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal."

quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes.

É consabido que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado (AgRg no AREsp n. 1.073.422/DF, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017).

Entretanto, como se verifica, por meio da douta fundamentação esposada no *decisum* atacado, exaspera-se a pena-base no delito de associação para o tráfico, incialmente, em razão da **conduta social** do requerente, pois tida como reprovável, em razão da anotação criminal transitada em julgado (condenação posterior aos fatos do processo originário).

Com efeito, a Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente. Confira-se:

> PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. TIPICIDADE CONFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS: CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS

INIDÔNEOS. ILEGALIDADE PERPETRADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO. I - Alegação de atipicidade da conduta. Para levar a efeito a pretensão deduzida nas razões do recurso ordinário, inexoravelmente, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação incompatível com a via eleita. II - Cumpre asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005). III - **Com efeito, "Esta Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC n. 366.639/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 5/4/2017)**. IV - Ademais, **o STJ tem entendido que a valoração negativa da conduta social e da personalidade se afigura ilegal quando fundada em conceitos e expressões vagas e genéricas, que não denotem concretamente elementos que possam ser objetivamente extraídos dos autos**. Precedentes. V - Circunstâncias do crime. A motivação dedicada à

> majoração da pena-base, no caso em análise, é genérica e não revela elemento acidental. **As circunstâncias judiciais não podem ser consideradas de forma genérica e abstrata, sendo indispensável a demonstração de elementos concretos.** Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido para afastar as circunstâncias judiciais negativas referentes à conduta social, à personalidade e às circunstâncias do crime e, por conseguinte, fixar a reprimenda do ora recorrente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa, ante a prática do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003. (STJ - RHC: 109902 MG 2019/0079191-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 30/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2019)

Ante todo o exposto, impõe-se **afastar a circunstância da conduta social**.

A prosseguir, as circunstâncias judiciais da **culpabilidade** e **consequência do delitos**, de fato, extrapolam a normal para os tipos penais em apreço (associação para o tráfico e resistência), assim devem ser mantidas, pois devidamente fundamentadas.

Note-se que, neste quesito, o magistrado *a quo,* utilizou-se de fatos concretos para exasperar as penas-bases, portanto, não se pode considerar o fundamentado, ora esposado na sentença objurgada, como genérico ou prescrito no próprio tipo penal. Porquanto tais elementos valorados no primeiro momento da

pena não se confunde com os efeitos negativos naturais e inerentes aos tipos penais em análise.

Nesta esteira, ressalta-se a elevada **culpabilidade** do réu no delito de resistência, uma vez que a conduta delitiva foi efetivada mediante violência perpetrada com diversos disparos de arma de fogo, a gerar risco não só a integridade física dos agentes de segurança pública, como também, terror a todo tecido social, principalmente, à Comunidade que ali reside, a demonstrar maior reprovabilidade do agir do agente e, assim como o grau de lesão ao bem jurídico tutelado.

Nesta linha de raciocínio, mantida as referidas circunstâncias judiciais, nos termos do artigo 59, do Código Penal e consoante o entendimento sedimentado nas jurisprudências dominantes do Tribunais Superiores.

Neste prisma, note-se que o julgador indicou elementos concretos dos autos pelos quais entendeu serem reprováveis as circunstâncias judiciais em voga, em manifesto compasso, portanto, com o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988. No mais, verifica-se incensuráveis os motivos determinantes para exasperar as penas-bases, pois os acréscimos são justos e proporcionais.

Assim, ante o afastamento da circunstâncias judicial da conduta social e diante das remanescentes, fixa-se no presente julgado as penas-bases em **3 anos e 06 meses** de reclusão para o delito de associação para o tráfico e, **1 ano e 2 meses de reclusão** para o crime de resistência qualificada.

Da atenuante da menoridade.

O Requerente pleiteia-se o reconhecimento da atenuante da menoridade nos termos do artigo 65, I do Código Penal. Com razão ao requerente.

Note-se que o requerente é nascido em 16/03/1990, e o fato se deu em 19/02/2012, portanto, verifica-se que o acusado possuía menos de 21 anos à época dos fatos em análise nestes autos do processo.

Ao compulsar o *decisum* atacado, percebe-se que tal atenuante não foi reconhecida, entretanto, deve-se fazer incidir a referida minorante, pois configurada na espécie, nos artigo 65, I do Código Penal.

Assim, retocada a pena intermediária seguem as penas no seguintes termos:

1 ano de reclusão para o delito previsto no artigo 329, I do Código Penal.

3 anos de reclusão para o delito de associação para o tráfico.

Da causa de aumento – artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/2006.

Insurge-se o requerente contra o *decisum* objurgado no tocante à *quantum* de aumento da pena no delito previsto no artigo 35, combinado com o artigo 40 IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, por considerar a fração utilizada pelo juízo sentenciante desprovida de fundamentação.

Com a devida venia, colaciona-se no presente a fundamentação do juízo para exasperar a pena, verbis:

(...) Por fim, incide na hipótese a causa de aumento de pena descrita no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/06. Assim, aumento a pena em seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), já que restou comprovado que a associação

criminosa utilizava de armas de fogo, sobretudo para garantir a continuidade do domínio que a sua facção exercia no local, sendo este procedimento notório em comunidades subjugadas por quadrilhas de traficantes (como é o caso). (...)

Sabido que as majorantes previstas nos incisos I a VII do artigo 40 da Lei nº **11.343/2006** podem aumentar a pena de 1/6 a 2/3, contudo, quando aplicadas em fração superior à mínima, exige-se que o julgador, com base nas circunstâncias fáticas do delito, utilize fundamentação concreta e idônea para justificar a majoração da reprimenda.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DE MAJORANTES. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTES. CONJUNTO PROBATÓRIO INCONTROVERSO. MATÉRIA DE PROVA. IMEDIAÇÕES DE FESTA. NATUREZA OBJETIVA DA CAUSA DE AUMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena. 2. As majorantes previstas nos incisos I a VII do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, que poderão aumentar a pena de 1/6 a 2/3, quando aplicadas em fração superior à mínima, exigem que o julgador, com base nas circunstâncias fáticas do delito, utilize fundamentação concreta e idônea para*

> *justificar a majoração da reprimenda. 3. É inviável apreciar alegações referentes ao não envolvimento de adolescente em comércio ilícito de drogas se as instâncias ordinárias, com base na análise do acervo probatório, consideraram incontroversas as circunstâncias ensejadoras da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas e, de modo fundamentado, decidiram pela sua aplicação. 4. A causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 é objetiva, bastando para sua incidência que o delito tenha sido comedido nas dependências ou nas imediações dos estabelecimentos discriminados em tal preceito, sendo desnecessária a comprovação do dolo do agente em atingir o público específico dos locais referidos na norma. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 690.916/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021)*

Desta feita, verifica-se que a fração foi aplicada à razão de 2/3 (dois terços), contudo, *data máxima venia* aos motivos esposados no *decisum* atacado, verifica-se que carece de fundamentação idônea para a incidência da referida causa de aumento no patamar máximo de acréscimo.

Assim, deve-se aplicar a fração de 1/6 (um sexto), vez que justa e proporcional.

Portanto, fixa-se a pena na terceira fase da dosimetria da pena para o delito de associação para o tráfico em 3 anos e 6 meses de reclusão, e ao pagamento de 583 dias-multa.

Inexistentes as causas de aumento e diminuição para o delito de resistência qualificada, fixa-se nesta fase a pena para este delito em 1 ano de reclusão.

Do concurso material.

Presente o concurso material passa-se ao somatórios das penas, a totalizar a pena definitiva estatal em **4 anos e 6 meses de reclusão e, 583 dias-multa**, nos termos do artigo 69, do Código Penal.

Assim, fixa-se a pena definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão e, 583 dias-multa, por infração do artigo 35 c/c 40, IV da Lei 11.343/06 e do artigo 329, §1°, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Da prescrição da pretensão executória.

Pretende-se o recorrente a declaração da extinção da pretensão executória da pena, nos termos do artigo 109, do Código Penal, incialmente, por considerar a menoridade penal, o que incide a regra do artigo 115, do mesmo diploma legal.

Pois bem.

Verifica-se dos autos que os fatos foram praticados em 19/2/2012, a sentença condenatória restou proferida, em 24/4/2019, interpostos pela defesa a apelação criminal, julgou-se o recurso defensivo em 19/11/2019, logo, transitado em julgado em **18/12/2019 para o Ministério Público** e 07/1/2020 para a defesa.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em

julgado para a acusação, e não para ambas as partes, a prevalecer a interpretação literal mais benéfica ao condenado.

Assim, deve-se levar em consideração o teor do artigo 115 do Código Penal, vez que o requerente à época dos fatos possuía menos de 21 anos. Diante da pena interposta para o delito do artigo 329, §1º, do Código Penal, em 1 anos de reclusão, opera-se a prescrição da pretensão executória, pela metade, em 2 anos, assim, *in casu*, nota-se que alcançado o lapso prescricional, nos termos do artigo 109, combinado com artigo 115, ambos do mesmo diploma legal.

Às tais considerações, impõe-se a declarar a prescrição da pretensão executória do delito de resistência qualificada.

Pelo exposto, voto no sentido de JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido revisional para decotar a circunstância judicial da conduta social, aplicar a atenuante da menoridade e fazer incidir a fração de 1/6 (um sexto) para a causa de aumento prevista no artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, e declarar a prescrição do delito previsto no artigo 329, §1º, do Código Penal, nos termos do artigo 109, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal.

Rio de Janeiro, de de 2024

DESEMBARGADOR ALCIDES DA FONSECA NETO
RELATOR