

Revisão criminal

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | fevereiro 12, 2024
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO

(CPP, art. 624, inc. II)

Ref.: Revisão da condenação aplicada em face do acórdão
proferido na Apelação Criminal nº 0000000

Intermediado por seu mandatário ao final firmado (CPP, art. 623) – instrumento procuratório acostado – causídico inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado, sob o nº 0000, com seu escritório profissional consignado no timbre desta, comparece, com o devido respeito à presença de Vossa Excelência, JULIANO DE TAL, casado, maior, mecânico, residente e domiciliado na Rua Xista, nº 000, em Cidade, possuidor do RG nº. 445566 – SSP/PP, para ajuizar, com fulcro no art. 621, inc. I, art. 626 c/c art. 630, § 1º, todos da Legislação Adjetiva Penal, a presente

AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL,

‘c/c pedido de indenização’

em razão das justificativas de ordem fática e de direito,
abaixo delineadas.

(1) – SÍNTESE DO PROCESSADO

O Autor fora condenado pelo d. Juiz de Direito da 00ª Vara Criminal da Cidade (PP) pela prática de associação para prática de tráfico de entorpecentes. (Lei nº. 11.343/2006, art. 35)

Da análise das circunstâncias judiciais, o MM Juiz de Direito processante do feito fixou a pena-base em cinco anos e seis meses de reclusão, tornando-a definitiva em razão da ausência

de atenuantes e agravantes. (doc. 01)

Referida decisão transitara em julgado no dia 00/11/2222. (doc. 02) Inexiste, pois, qualquer recurso a ser interposto. O Promovente, até mesmo, encontra-se cumprindo pena no Presídio Tantas desde 22/11/2222, consoante guia de recolhimento ora carreada. (doc. 03)

A Egrégia 00ª Câmara Criminal, sob a relatoria do Desembargador Fulano de Tal, acolheu, in totum, a sentença condenatória. (doc. 04)

Porém, não obstante o recurso apelatório haver guerreado, fundamentadamente, a questão do regime inicial da pena, o mesmo, também nesse ponto, não tivera acolhimento. Para a defesa há notório equívoco nesse aspecto.

Ao reapreciar-se a pena-base, em conta do recurso de apelação, na primeira fase da dosimetria se destacou ser o então réu primário e, ainda, com circunstâncias judiciais favoráveis. Acertadamente, nesse ponto, a pena-base fora estabelecida 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No entanto, ao estabelecer o regime inicial do cumprimento da pena, não se apoiou aos preceitos expostos no art. 33 c/c art. 59, um e outro do Estatuto Repressivo. É dizer, impôs o regime inicial fechado, contudo alicerçado, e tão só, na gravidade abstrata do crime de tráfico.

Este Tribunal, em acórdão da lavra do ilustre Desembargador Fulano de Tal, em face do recurso de Apelação Criminal nº 334455/15, igualmente acompanhou o entender do magistrado de piso. (doc. 05)

Urge transcrever trecho do referido acórdão:

“Acertada a sentença condenatória no que diz respeito ao cumprimento inicial da pena. O MM Juiz de direito ao individualizar a pena, nos moldes dos artigos 59 e 69 do

Estatuto Repressivo, examinou a culpabilidade e assim estabeleceu: 'A culpabilidade é alta, pertinente ao tipo penal em debate, sendo reprováveis sua conduta; colhe-se dos autos que o acusado é primário; não há elementos probatórios contrários à sua vida social; a personalidade do acusado é a do homem comum; os motivos não o favorecem, prejudicando ao extremo o meio social apoiando o tráfico ilícito de entorpecentes; as circunstâncias são desfavoráveis; as consequências extra penais são graves, disseminando o vício no meio social; a vítima é a sociedade e seu comportamento nada ajudou a postura do acusado.

Deste modo, estabeleço a pena-base de cinco (5) anos de reclusão e 100 dias-multa.

(. . .)

"Inexiste atuante e agravante, bem como causas especiais de diminuição e aumento, motivo pelo qual tomo a pena-base como definitiva para fixá-la em cinco (5) anos de reclusão e 100 dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

(. . .)

Tendo em conta a disciplina do artigo 33 do Código Penal, fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena. '

Neste azo, uma vez que a delimitação da reprimenda atendeu aos ditames legais, nada há a reparar na decisão recorrida. "

(Destacamos)

Dessarte, certamente houve error in judicando. Há notória inadequação do regime inicial do cumprimento da pena.

Assim, em conta da equivocada dosimetria da pena, emerge ao Promovente a viabilidade da promoção da presente Ação de Revisão Criminal, mormente com o desiderato de rever-se a aplicação da pena e, igualmente, o regime inicial do

cumprimento da pena.

(2) – NO MÉRITO

EQUIVOCADA DOSIMETRIA DA PENA

CPP, art. 621, inc. I c/c art. 626, caput

2.1. Cabimento da Revisão Criminal

Antes de tudo, convém revelar argumentos atinentes a demonstrar a propriedade da presente Ação de Revisão Criminal, cujo propósito, no âmago, é rever aspectos da dosimetria da pena.

Certamente, máxime sob a égide do art. 626, da Legislação Adjetiva Penal, há total conveniência processual no aviamento desta ação, quando o propósito, repise-se, é o de rever-se a aplicação da pena.

Com esse entendimento, bom lembrar o magistério de Eugênio Pacelli:

Quando a lei estabelece qualquer graduação ou alternativa à sanção penal tradicional, o acusado ou qualquer pessoa que estiver sob ameaça de sua imposição tem verdadeiro direito a não ser punido fora dos limites da lei. Quando, por exemplo, há erro na dosimetria da pena, o réu tem o direito a ver corrigido o equívoco pela não observância das normas legais restritivas da liberdade. E não só pela legitimação recursal, como, também, pela ação de revisão criminal, art. 626, CPP.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal [livro eletrônico]. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. Epub. ISBN 978-85-970-0636-0)

(sublinhamos)

Com esse enfoque, é altamente ilustrativo transcrever os seguintes arestos:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA.

Pena-base corretamente exasperada na fração de 1/6 pela natureza das drogas. Atenuante da menoridade relativa verificada. Acolhimento do pleito. Peticionária que faz jus à redução da pena, não aplicada na decisão definitiva. Dosimetria reaplicada constatando-se o erro na aplicação da pena. Ação revisional parcialmente procedente. (TJSP; RevCr 2235830-14.2020.8.26.0000; Ac. 15456450; Nazaré Paulista; Sétimo Grupo de Direito Criminal; Rel. Des. Cláudio Marques; Julg. 06/03/2022; DJESP 14/03/2022; Pág. 2676)

REVISÃO CRIMINAL. POSSE/PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PLEITO DE REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. EMBORA TENHA SIDO, SEM MOTIVAÇÃO ADEQUADA, NEGATIVADO O QUESITO CIRCUNSTÂNCIAS, A PENA-BASE FOI FIXADA, NA PRIMEIRA FASE, NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA, NA SEGUNDA FASE, DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES OU AGRAVANTES. AUSÊNCIA, NA TERCEIRA FASE, DE CAUSAS DE DIMINUIÇÃO OU DE AUMENTO. ELEVAÇÃO DA SANÇÃO FINAL SEM NENHUMA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. MANIFESTA ILEGALIDADE. REEXAME/REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 2 (DUAS) RESTRITIVAS DE DIREITOS (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

1. A alteração da dosimetria da pena transitada em julgado por meio de revisão criminal, medida de caráter excepcional, pressupõe a comprovação da existência de flagrante ilegalidade, erro técnico ou evidente injustiça na aplicação da reprimenda, circunstâncias que caracterizam, ainda que indiretamente, violação ao texto da Lei, não podendo a revisão criminal, demais disso, ser usada como instrumento para se adotar a corrente doutrinária ou jurisprudencial mais favorável ao condenado. 2. Na espécie, a sanção do Requerente (ação

penal de nº xxx7618-96.2015.8.06.0091) foi fixada em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa pelo crime do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, sendo que a Juíza a quo, embora tenha fixado, na primeira fase, a pena-base no mínimo legal (3 anos de reclusão e 10 dias-multa) e sem que houvesse, na segunda fase, circunstâncias atenuantes ou agravantes e, na terceira fase, causas de diminuição ou de aumento, fixou, sem apresentar nenhuma justificativa plausível, a sanção final em 3 (três) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, circunstância que impõe o reexame/refazimento da dosimetria da pena do Requerente, haja vista a manifesta ilegalidade.

3. Passo a examinar a dosimetria da pena do Requerente. Primeira fase. Os motivos apresentados pela Juíza a quo não justificam a negativação do item circunstâncias, seja porque são vagos/genéricos/abstratos, seja porque não desbordam do próprio tipo penal, seja porque não são jurisprudencialmente aceitos, além do que, conforme já decidiu o STJ, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, condenações ainda não transitadas em julgado ou ainda condenações por fatos cometidos posteriormente aos em análise não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (STJ, HC 427064/PE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 17.04.2018, DJe 04.05.2018), havendo o STJ editado, a respeito da matéria, a Súmula nº 444 (É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base). Destarte, afasto a negativação do quesito circunstâncias e mantenho a pena-base no mínimo legal (3 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Segunda fase. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes, permanecendo a sanção, na segunda fase, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Terceira fase. Não há causas de diminuição

ou de aumento, resultando a reprimenda, definitivamente, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (correspondendo cada dia-multa a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato), em regime inicialmente aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do CP. 4. Levando em conta o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, ficando a cargo do Juízo da execução a definição sobre a forma de cumprimento. 5. Revisão Criminal conhecida e julgado procedente o pedido. (TJCE; RevCr 0638330-43.2021.8.06.0000; Rel. Des. Henrique Jorge Holanda Silveira; DJCE 08/03/2022; Pág. 218)

2.2. Pena-base – Exacerbação indevida

(gravidade abstrata do delito – fundamentação inidônea)

No tocante ao estabelecimento da pena-base, fixada na decisão recorrida, certamente houve indevida agravação.

Bem sabemos que a individualização da pena obedece ao sistema trifásico. Nesse enfoque, o inaugural cumprimento da pena deve ser apurado à luz do que rege o art. 33, § 3º, do Estatuto Repressivo, a qual remete aos ditames do art. 59 do mesmo diploma legal.

Em que pese a orientação fixada pela norma penal supra-aludida, este Tribunal pecou ao apegar-se à gravidade abstrata do delito. Com efeito, exasperou-se a pena-base, confirmando a sentença monocrática condenatória.

Nesse ponto específico, extraímos da decisão em liça passagem que denota claramente o desmotivado aumento da pena-base:

“... os motivos não o favorecem, prejudicando ao extremo o meio

social apoiando o tráfico ilícito de entorpecentes; as circunstâncias são desfavoráveis; as consequências extra penais são graves, disseminando o vício no meio social; a vítima é a sociedade e seu comportamento nada ajudou a postura do acusado.”

Como se percebe, o acórdão em liça destacou que o apoio ao tráfico ilícito de entorpecentes prejudica o meio social e, mais, que tal diretriz dissemina vício no meio social. Afrontou, sem sombra de dúvidas, o princípio da individualização da pena.

É consabido que o magistrado deve, ao individualizar a pena, observar a mínima fundamentação para registrar a exacerbação da pena-base. Não foi o caso.

Na hipótese em estudo, o magistrado de piso, acompanhado pela Egrégia Câmara Criminal, considerou como circunstâncias desfavoráveis a “culpabilidade alta” e, mais, “reprováveis sua conduta. ”

A fundamentação, pois, é mínima e escassa, merecendo o necessário reparo.

Com efeito, é de todo prudente revelar o magistério de Rodrigo Roig:

“De fato, é possível constatar uma corriqueira lacuna de coerência no exercício de imputação da pena (e de suas normas) por parte do juízo aplicador. Na tarefa de fixação da reprimenda, usualmente são empregadas expressões que Pagliaro denominara ‘ formas estereotipadas de fundamentação aparente’ e que Mantovani identificava como fórmulas preguiçosas, ou seja, fundamentações genéricas, concisas e vazias, aplicáveis a todas as sentenças (ex.: pena adequada ao fato e a personalidade).

Por essa razão, uma das premissas de um novo modelo de aplicação da pena privativa de liberdade consiste no

reconhecimento de que a utilização de modelos de sentença penal condenatória, dotados de motivações padronizadas e de expressões estandardizadas, torna nula a decisão judicial, por desrespeito aos princípios da fundamentação e individualização da pena. ” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Epub. ISBN 978-850-261-618-9)

Com o mesmo entendimento, professa Antônio Paganella Boschi que:

“A garantia de fundamentação da pena, por ensejar a consideração do fato concretamente praticado por indivíduo único, porque revestido de singularidades próprias e intransferíveis, atua como importante fonte de legitimação do direito penal, uma vez que propicia a conciliação de dois extremos: a igualdade sobre a qual está assentado o direito penal moderno e a diferença, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas.

Com efeito, a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, da CF) é hoje garantia do indivíduo, inserida no contexto das lutas seculares que assinalaram a história do homem e das sociedades, sendo, no dizer de Fragoso, citando Bricola, o ‘diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio’.

Em sendo assim, a quantificação das penas – que se insere como atividade na garantia da individualização da pena – não dispensa devida fundamentação, pois o réu ‘tem direito de saber porque foi condenado e conhecer os fatores que definiram a sanção, qualitativa e quantitativamente’.

Como disse Roberto Lyra é para evitar que a sentença acabe se transformando em instrumento para a projeção de seus tumultos interiores que o juiz precisará exteriorizar passo a passo o caminho percorrido, desde o instante em que, dentre as penas possíveis, identificar aplicáveis, até o momento derradeiro em

que anunciar as quantidades certas das penas executáveis.

Embora a alusão mais frequente ao acusado, esse direito não lhe é exclusivo, já que o acusador, quando movimenta o Judiciário com denúncia ou queixa, assim o faz em defesa de interesse estatal, público e, pois, nos moldes do réu, também tem o direito de ser informado sobre todos os aspectos que influíram na escolha da pena, na sua mensuração, na imposição do regime carcerário, nas substituições, na concessão ou negação do sursis, etc.

Como disse Sérgio Salomão Shecaria, 'a defesa e a acusação têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É, principalmente, impossibilitar o ataque lógico ao julgado objeto do recurso. " (BOSCHI, José Antônio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação [livro eletrônico]. 7ª Ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Epub. ISBN 978-85-7350-174-2)

Nesse sentido, o STJ já tem decidido que:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTOS INERENTES AO DELITO VIOLADO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da

ordem de ofício. II – O juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006. No presente caso, há desproporção no aumento da pena-base, pois, os fundamentos exarados, quais sejam, a natureza dos entorpecentes, considerando a pouca quantidade apreendidos, refletem elementos ínsitos ao crime, existindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal, não servem para a exasperação da pena. III – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que “a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AGR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020)” (HC n. 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/9/2021). IV – Na espécie, embora o paciente seja primário e possua bons antecedentes, a minorante foi afastada com base na existência de ações penais em curso. Entretanto, embora esta Corte tenha firmado entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Desse modo, forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar de 2/3, diante da inexpressiva quantidade de drogas apreendidas. V – O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal

declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. VI – In casu, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior. VII – Finalmente, cumpre registrar que o Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ; HC 705.536; Proc. 2021/0359275-7; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Jesuíno Rissato; Julg. 22/02/2022; DJE 25/02/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO. NÃO CONFIGURADO. CONDUTA SOCIAL. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. Admite-se a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito, com base no prejuízo expressivo sofrido pela vítima, quando ultrapassa o normal à espécie. 2. Destacou-se o prejuízo sofrido pela vítima, já que o veículo subtraído foi, inclusive, incendiado. No entanto, o fundamento

utilizado mostra-se inidôneo a justificar o desvalor da conduta, tendo em vista a informação de que o veículo era segurado, de modo que tal fundamento se baseia em elemento ínsito ao tipo penal, não devendo prevalecer. 3. Para a valoração negativa em relação à conduta social, não foi demonstrada nenhuma fundamentação concreta a respeito de o dano haver sido superior ao inerente ao tipo penal, tendo sido indicado em relação a cada um dos réus que “trata-se de indivíduo com alto envolvimento no submundo do crime e intimamente ligado a pessoas também relacionadas ao mundo criminoso”, devendo o aumento por tal circunstância, portanto, ser expurgado da dosimetria. 4. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-HC 691.514; Proc. 2021/0285324-3; ES; Sexta Turma; Rel. Min. Olindo Menezes; Julg. 15/02/2022; DJE 21/02/2022)

Por esse ângulo, o aumento da pena-base, certamente, fora apoiado em argumentos genéricos, de gravidade abstrata.

2.3. Regime inicial do cumprimento da pena

(gravidade abstrata do delito – fundamentação inidônea)

No tocante ao regime inicial do cumprimento da pena, houve indevida agravação.

Bem sabemos que a individualização da pena obedece ao sistema trifásico. Nesse enfoque, pois, o inaugural cumprimento da pena deve ser apurado à luz do que rege o art. 33, § 3º, do Estatuto Repressivo, a qual remete aos ditames do art. 59 do mesmo diploma legal.

Em que pese a orientação fixada pela norma penal supra-aludida, entendemos que este Tribunal pecou ao apegar-se à gravidade abstrata do delito para, assim, exasperar o regime inicial do cumprimento da pena, confirmando a sentença monocrática condenatória.

Nesse ponto específico, extraímos da decisão em liça passagem que denota claramente o descabido aumento da pena-base:

“... os motivos não o favorecem, prejudicando ao extremo o meio social apoiando o tráfico ilícito de entorpecentes; as circunstâncias são desfavoráveis; as consequências extra penais são graves, disseminando o vício no meio social; a vítima é a sociedade e seu comportamento nada ajudou a postura do acusado. ”

Como se percebe, a decisão vergastada se apoia ao aspecto que “o tráfico ilícito de entorpecentes prejudica o meio social” e, mais, que tal diretriz “dissemina vício no meio social”. Afrontou, sem sombra de dúvidas, o princípio da individualização da pena.

Leve-se em conta, ademais, que a própria decisão estipulou que o Autor é primário.

A propósito, sobre o tema em vertente Cezar Roberto Bitencourt professa que o art. 33 do Código Penal deve ser analisado em conjugado com a diretriz do art. 59, do mesmo Diploma Legal, in verbis:

“ Conjugando-se o art. 33 e seus parágrafos e o art. 59, ambos do Código Penal, constata-se que existem circunstâncias judiciais em que determinado regime inicial é facultativo. Neste caso, quando o regime inicial for ‘facultativo’, os elementos determinantes serão os do art. 59 do CP(art. 33, § 3º, do CP). “(BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1, p. 521)

Com o esse mesmo pensar, este é o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

11. Gravidade do crime e regime fechado: a gravidade abstrata do crime, por si só, não é motivo para estabelecer o regime fechado. A eleição do regime

inicial de cumprimento da pena obedece aos mesmos critérios do art. 59, conforme determinação expressa do § 3.º do art. 33. Afinal, o regime de cumprimento da pena está intrinsecamente ligado ao sentenciado e suas condições pessoais. Portanto, ilustrando, se o réu é reincidente, pode-se falar em regime fechado para iniciar o cumprimento. Mas, somente pelo fato de ter cometido um roubo, crime abstratamente grave, não significa que deva o regime ser o fechado. Sob outro aspecto, caso o delito de roubo tenha sido praticado em circunstâncias particularmente graves, evidenciando a concretude da gravidade do crime e eventual periculosidade do agente, torna-se possível o regime inicial fechado. Conferir: STF: “Regime prisional fechado. Imposição em consideração à gravidade abstrata da infração. Impossibilidade. Precedentes. Invocação abstrata de causas de aumento de pena. Inadmissibilidade. Precedentes. Ilegalidade flagrante. Constrangimento ilegal manifesto. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (...) Tratando-se de réu primário, condenado a pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, e sendo-lhe favoráveis as diretrizes do art. 59 do Código Penal, não se admite a fixação de regime prisional fechado fundada em mera gravidade abstrata da infração (Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal). ” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado [livro eletrônico]. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Epub. ISBN 978-85-309-6885-4)

É consabido que o magistrado deve, ao individualizar a pena, observar a mínima fundamentação para registrar a exacerbação do regime inicial do cumprimento. Não foi o caso.

Na hipótese em estudo o magistrado processante do feito considerou, como circunstâncias desfavoráveis, a “culpabilidade alta” e, mais, “reprováveis sua conduta. ”

O STJ já definiu que o julgador deverá considerar os elementos contidos no Código Penal (CP, art 33, §§ 2º e 3º) para fixar o regime inicial do cumprimento da pena. Ademais, afirma que só podendo agravar havendo elementos justificadores no proceder do réu na perpetração do delito, ainda assim motivando expressamente tais elementos.

Observando preservar a proporcionalidade na apenação do réu, surgiu os seguintes verbetes do Supremo Tribunal Federal:

STF – Súmula 718: A OPINIÃO DO JULGADOR SOBRE A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO DO QUE O PERMITIDO SEGUNDO A PENA APLICADA.

STF – Súmula 719: A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA PERMITIR EXIGE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

Na mesma esteira de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 440.

A fundamentação, pois, é mínima e escassa, merecendo o necessário reparo.

Nesse sentido, reiteradas vezes já decidira, in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. CAUSAS DE AUMENTO. SÚMULA N. 443 DO STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA N. 440 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A impetração de habeas corpus após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal. 2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, e, da

Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados. 3. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula n. 443 do STJ). 4. “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravida abstrata do delito” (Súmula n. 440 do STJ). 5. Agravo regimental provido. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, na terceira fase da dosimetria, reduzir a fração de aumento de pena em relação ao delito de roubo circunstanciado e alterar o quantum da pena e o regime inicial para o semiaberto. (STJ; AgRg-HC 699.523; Proc. 2021/0326032-0; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; Julg. 08/03/2022; DJE 11/03/2022)

Frise-se, ademais, que o crime em estudo (associação para o tráfico de entorpecentes) não pode ser confundido com o crime de tráfico de entorpecentes.

Trata-se de delitos autônomos, onde aquele tem previsão no art. 35 da Lei nº 11.343/06. Nesse importe, o crime de associação para o tráfico não se inclui no rol de crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), não merecendo, também por esse norte, qualquer motivo para o cumprimento da pena iniciar-se no regime fechado.

Portanto, deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, para redimensionar-se o regime inicial para cumprimento da pena para semiaberto, mediante as condições a serem estipuladas pelo Juízo das Execuções Penais.

(2.4. Reparação de danos – “Pretium doloris”)

Sem sombra de dúvidas a hipótese em estudo é de erro

judiciário. Existe, desse modo, o dever de indenização.

Tal situação, obviamente gerou gravíssimo dano moral, especialmente pelo sentimento de dor, sofrimento, pavor e pânico ocasionado pelo encarceramento em precaríssimo estabelecimento prisional.

Bem a propósito reza o Estatuto de Ritos que:

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 630 – O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Não devemos olvidar as lições de Yussef Cahali, quando, citando o magistério de Espínola Filho, professa que:

“ Observa Espínola Filho que, em revisão criminal, a absolvição é a reparação de um erro judiciário, feita pelo tribunal, cassando uma condenação proferida contra lei expressa, contra a evidência dos autos, ou baseada em falsa prova, sendo razoável e justo que sejam indenizados os danos sofridos pelo réu, em razão de tal condenação. “ (Cahali, Yussef Said. Dano moral. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 598)

Com efeito, no tocante à prisão indevida, estabelece a Legislação Substantiva Civil que:

CÓDIGO CIVIL

Art. 953 – A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954 – A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao

ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o cárcere privado;

II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III – a prisão ilegal.

De outro plano, o mesmo Código Civil estabeleceu regra clara de que aquele que for condenado a reparar um dano, deverá fazê-lo de sorte que a situação patrimonial e pessoal do lesado seja recomposta ao estado anterior. Assim, o montante da indenização não pode ser inferior ao prejuízo. (CC, art. 944)

Quanto ao valor da reparação, concernente ao dano moral, assevera Caio Mário da Silva Pereira, que:

“ Quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. “ (Pereira, Caio Mário da Silva (atualizador Gustavo Tepedino). Responsabilidade Civil. 10ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2012, p. 78)

(destacamos)

Nesse mesmo compasso de entendimento, leciona Arnaldo Rizzardo que:

“ Não existe uma previsão na lei sobre a quantia a ser ficada ou arbitrada. No entanto, consolidaram-se alguns critérios.

Domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se

estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato. Devem preponderar, ainda, as situações especiais que envolvem o caso, e assim a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a posição social das partes, a condição econômica dos envolvidos, a vida pregressa da pessoa que tem o título protestado ou o nome negativado. “ (Rizzardo, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 4ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 261)

É certo que o problema da quantificação do valor econômico a ser repostado ao ofendido tem motivado intermináveis polêmicas, debates, até agora não havendo pacificação a respeito.

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação deve se dá com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

(3) – PEDIDOS e REQUERIMENTOS

Ex positis, o Promovente pleiteia que Vossa Excelência se digne de tomar as seguintes providências:

a) Inicialmente, requer seja determinada a oitiva do Procurador-Geral, no prazo de 10 (dez) dias (CPP, art. 625, § 5º);

b) Como matéria de fundo, o Autor pede que sejam JULGADOS PROCEDENTES os pedidos formulados na presente Ação de Revisão Criminal e, via reflexa, pleiteia que:

(i) com suporte nos fundamentos destacados nesta peça exordial, seja anulada a decisão combatida (CPP, art. 626, caput), para, com isso, seja reexaminada a aplicação da pena.

Nesse passo, pede-se seja reformulada a dosimetria da pena, com a análise de todas as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), afastando-se a causa especial de aumento da pena, a qual

atrelada à gravidade do delito, redimensionando-se a pena-base e o regime inicial para cumprimento da pena;

(ii) pede, mais, sejam restabelecidos todos os direitos perdidos e resultantes da condenação em espécie (CPP, art. 627), determinando, outrossim, que o magistrado processante do feito acostue imediatamente aos autos originários o teor completo do acórdão, para o fiel cumprimento da decisão (CPP, art. 629);

(iii) pleiteia seja reconhecido ao Autor o direito à indenização (CPP, art. 630, caput), de logo postulando que seja arbitrada no mínimo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Subsidiariamente, com o trânsito em julgado, pede-se seja deferida a liquidação do quantum no juízo cível;

(iv) seja na sentença definida a extensão dos valores condenatórios, máxime os índices atinentes à correção do valor importem condenatório (CPC, art. 491, caput);

(v) requer, em arremate, a expedição incontinenti do devido Alvará de Soltura, em face da alteração do regime inicial do cumprimento da pena, inclusive com a comunicação ao Magistrado processante do feito criminal, via fax ou outro meio eletrônico, para que proceda com a soltura do Autor, de pronto.

Respeitosamente, pede deferimento.

Cidade, 00 de fevereiro de 0000.

Beltrano de Tal

Advogado – OAB 0000