

Apelação criminal

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | fevereiro 12, 2024
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL
DA COMARCA DE PORTO SEGURO NO ESTADO DA BAHIA

Autos nº 000000000000

XXXXXXXXXX, já qualificado nos autos do processo nº 0000000000, por seu advogado infra assinado, vem, com fulcro no art. 593, inciso, interpor recurso de APELAÇÃO por entender, data vênia, que a sentença de fls. xx merece ser reformada porque não espelha a realidade dos fatos.

Desde já, requer remessa dos autos ao Egrégio Tribunal Criminal do Estado da Bahia para conhecimento e provimento do presente recurso.

Nestes Termos, Pede Deferimento.

Juazeiro do Norte – CE, 11 de agosto de 2022

EGRÉGIO TRIBUNAL XX

COLEDA CÂMARA,

EXCELENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES.

PROCESSO Nº 000000000000

APELANTE: XXXXXX

APELADO: Justiça Pública

ORIGEM: Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro – BA

RAZÕES

Trata-se de sentença penal proferida pelo juízo da vara criminal de Porto Seguro na Bahia, na qual na qual não se conformando com a respeitável sentença que lhe o condenou a

pena prevista no art 33 da lei de Drogas, com aumento de pena pelos antecedentes, que merece ser, data vênua, reformada pelas razões e fundamentos de direito expostos a seguir:

1. DOS FATOS

Narra a exordial que o réu foi preso em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas, no entanto finda a fase de conhecimento não foi isso que ficou demonstrado nos autos. Consta na peça vestibular que o réu é estrangeiro e que veio residir no Brasil a pouco tempo não tendo pleno conhecimento sobre a cultura local, nem mesmo, é fluente na língua local, pois em depoimento de um amigo do réu ele afirma que se utilizando do pouca compreensão do réu ele lhe afirmou não ser ilícito a compra da substancia entorpecente, neste sentido então o réu adquiriu a droga, mas não para traficância, mas somente para o seu próprio consumo haja vista ele realizará uma viagem de seis meses para conhecer todo o litoral nordestino brasileiro.

2. DO DIREITO

2.1. DA DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 33 PARA O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06

Cabe ressaltar, como defesa técnica, que a conduta do acusado corresponde em verdade, ao crime de posse de substancia, conforme art. 28 da lei nº 11.343/06.

Ficou demonstrado na fase de conhecimento que o acusado é um usuário de drogas e não traficante, neste sentido, sendo mais uma vítima, como a coletividade como um todo, do mercado do tráfico, sendo injusto a aplicação das tenazes do art. 33 da lei de Drogas, mas sim àquele definido no art. 28 da mesma lei. Não obstante, principiologicamente a lei em comento demonstra o intuito de atuação punitiva do Estado, não se

reveste da punição para aquele por influência do vício tiver consigo substância entorpecente, mas sim se busca a sua reinserção no meio social, sendo então, pela própria norma, tratado de forma diversa do traficante.

Do caso em epígrafe, a apreensão dos entorpecentes e as diligências realizadas, não há sequer indícios que o acusado estivesse ou que tinha ou mantinha atividade de traficância de drogas, mas ao inverso, todo o conjunto probatório apontado com a fim da fase de conhecimento é, que se amolda a conduta típica de usuário.

Neste sentido, em harmonia com todo o conjunto probatório acostado aos autos, a defesa pleiteia a desclassificação do delito do art. 33 para o art. 28 da lei de Drogas.

2.2. DA FRAGILIDADE DAS PROVAS

Concluída a instrução processual do presente feito, entende a defesa técnica do acusado Bruce que as provas submetidas a contraditório judicial não se revestem da robustez necessária à prolação de um édito condenatório.

Na ausência de laudo definitivo de comprovação de substância ilícita atestada por órgão competente, fica um vácuo no convencimento judicial. Haja vista que finalizada a instrução criminal não restou comprovado que o acusado traficava drogas, mas, por outro lado, o que se demonstrou é que o acusado foi enganado por seu amigo e, por este motivo achando ser lícita a substância, realizou a compra para o seu consumo próprio durante a viagem pelo litoral Nordeste com duração de seis meses. Em sede inquisitorial o suposto amigo que declinando da responsabilidade que o fato poderia ter, afirma “que deu as informações falsas a Bruce, ou seja ele confirmou os fatos, dizendo que realmente se aproveitou do escasso conhecimento da língua portuguesa por parte de Bruce”.

Neste sentido, atendendo aos princípios inerentes de aplicação na seara penal, e com base na insuficiência probatória

acostada aos autos, dos elementos e demais circunstâncias, invocando, ainda a aplicação da presunção de inocência em benefício do réu, pois na falta de robustez probatória produzida na fase de conhecimento, não restou claro quanto a real conduta típica, e segundo os fundamentos principiológicos na dúvida favorece o réu.

Nesta conformação, com efeito, ao comentar a disposição constante no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, leciona Guilherme de Souza Nucci: “Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu – in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição”.¹

“Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIME CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. Materialidade e autoria não demonstradas de forma cabal. Palavra da vítima inconsistente. Mostrando-se frágil a prova testemunhal, constituída basicamente pela palavra da vítima, cujo relato, embora coerente, restou infirmado pelo depoimento de sua mãe, disso resultando dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito. Imperativa a absolvição. A prova colhida após a instauração do contraditório não derruiu a dúvida que favorece o acusado no processo penal. Por outro lado, a prova colhida apenas na fase policial não é apta para fundamentar condenação na Justiça criminal, com

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 738/739.

seus efeitos devastadores sobre a liberdade individual, na medida em que produzida distante das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), características inerentes ao processo penal. Mantida a absolvição. Apelação desprovida. (Apelação Crime Nº 70048352967, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de

Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 13/09/2012)” Grifos Acrescentados.

“Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL, AMEAÇA E DESOBEDIÊNCIA. PROVA INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. A prova coligida aos autos não demonstra com a certeza necessária que o réu praticou os delitos pelos quais foi denunciado. Observância do princípio do in dubio pro reo. Apelo desprovido. (Apelação Crime Nº 70030037717, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 30/11/2010)” Grifos Acrescentados.

3. DA BOA-FÉ SUBJETIVA

Na análise dos fatos, deve ser observada a boa-fé no comportamento do acusado frente ao caso concreto. Ora Colenda Câmara, como não reconhecer a boa-fé subjetiva do apelante, se na própria legislação pátria, bem como se encontra na doutrina e jurisprudência entendimento neste sentido. Senão vejamos:

(...) Fábio Ulhoa Coelho definiu como “a virtude de dizer o que acredita e acreditar no que diz”. Assim, aquele que se encontra em uma situação real, e imagina estar em uma situação jurídica, age com boa fé subjetiva. Enquanto estado psicológico, emerge da teoria da aparência, quer dizer, agia de boa-fé aquele que acreditava que estava agindo conforme o Direito. Envolve uma crença, ou uma “aparência” da realidade intuída pelo agente, podemos localizá-la nos artigos. 309, 686, 689, 1201, 1202, 1242, 1260, 1268 e § 1.º e 1561 do Código Civil.

À luz da doutrina, há notória diferença entre boa-fé subjetiva e objetiva: em sua concepção subjetiva, corresponde ao estado psicológico do agente; (...).² (PEREIRA, 2003, p.20). O que se demonstra no caso concreto, haja vista o acusado é de uma cultura diversa desta e com valores totalmente distintos dos comportamentos proibitivos do Brasil. Na boa-fé subjetiva,

portanto, o indivíduo se contrapõe psicologicamente à má-fé, convencendo-se que, não está agindo de forma a prejudicar outrem na relação jurídica.

Em razão disso a jurisprudência defende que a conduta maliciosa tem de restar comprovada de forma inarredável para que haja a restituição dos valores percebidos indevidamente, ou seja, não deve a má-fé ser presumida, mas sim, provada. Isso torna a boa-fé elemento essencial

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Vol. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

para se verificar se há ou não o dever de restituição aos cofres previdenciários em caso de recebimento de valores indevidos.

4. DO ERRO SOBRE O FATOS

Ora colenda câmara, como não reconhecer o erro de proibição, se a conduta do apelante preenche os requisitos. E este é entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência, pois o erro é aquele que recai sobre uma situação fática referente ao negócio realizado, é a falsa compreensão das características físicas de um fenômeno.

Neste sentido, exclui à antijuridicidade por ausência de culpabilidade, quando se referir ao fato constitutivo de infração, ou quando, plenamente justificado pelas circunstâncias, o agente supre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Trata-se de dirimente, excludente subjetiva de antijuridicidade. Ou seja, é fato escusável.

E sobre isso diz o autor Nucci:

“Cuida-se do erro incidente sobre a ilicitude do fato. O

agente atua sem consciência de ilicitude, servindo, pois, de excludente de culpabilidade”.³

Vejamos o conceito de erro de proibição no direito penal:

Pode-se conceituar o erro de proibição como o erro do agente que recai sobre a ilicitude do fato. O agente pensa que é lícito o que, na verdade, é ilícito. Geralmente aquele que atua em erro de proibição ignora a lei. Há o desconhecimento da ilicitude da conduta.

Entretanto, uma vez publicada a lei, se presume conhecida por todos. Embora, é possível que o agente incida em erro quanto à proibição, pelo ordenamento jurídico, daquela sua conduta, o que pode acarretar a exclusão da sua culpabilidade.

“O erro de proibição recai na potencial consciência sobre a ilicitude do fato, ou seja, sobre o conhecimento do caráter proibitivo da norma. Nesta situação, o agente sabe o que faz, mas desconhece sua ilegalidade”.

Devemos neste momento analisar o que diz Nucci: “Diferença entre desconhecimento da lei e erro quanto à ilicitude”

O desconhecimento da lei, isto é, da norma escrita, não pode servir de desculpa para a prática de crimes, pois seria impossível, dentro das regras estabelecidas pelo direito codificado, impor limites à sociedade, que não possui, nem deve possuir, necessariamente, formação jurídica.

(...) Atualmente, no entanto, tendo em vista a imensa complexidade do sistema jurídico brasileiro, o desconhecimento da lei, embora não seja

3NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal, parte Geral arts. 1 a 120 do código penal, vol 1, 3ª edição.- Rio de Janeiro, editora forense, 2019. pág 774.

uma desculpa, pode ser invocado pelo réu como atenuante (art. 65, II, CP).⁴

Desta forma, o erro é escusável quando o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato em situação na qual não é possível lhe exigir que tenha esta consciência.

PENAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO INDEVIDO DE PENSÃO POR MORTE. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ERRO DE PROIBIÇÃO. ART. 21 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. – Incide a excludente de culpabilidade – erro de proibição, se a acusada não alcançou a consciência de ilicitude da sua conduta, supondo inexistir irregularidade na continuidade do recebimento de pensão após a sua maioridade e o falecimento do pai, mormente quando lhe foi renovada a senha do cartão magnético sem a exigência no cumprimento das condições legais para o recadastramento. (ACR 200104010299912, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, TRF4 – SÉTIMA TURMA, DJ 02/10/2002 PÁGINA: 918.

Diante de tudo exposto, para aferir se o erro foi escusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio.

Vejamos agora o que diz o Direito Civil sobre erro:

Erro é a falsa ideia da realidade. São requisitos para a anulação do negócio jurídico baseado em erro: a) que seja substancial (referente à natureza ou ao objeto e suas qualidades essenciais ou à pessoa com quem se negocia), escusável (desculpável, dependendo das características individuais de cada pessoa, ou seja, permitir o erro) e prejudicial (que efetivamente traga prejuízo” (fls. 259) 5

Diante da figura do erro, a vontade é em si deturpada ou não é externada em sintonia com a real intenção do agente.

Vejamos agora sedimentado entendimento jurisprudencial sobre o tema.

AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 485, V E IX DO CPC DE 1973. ESTABILIDADE. ART. 19 DO ADCT DA CF/88. DEMISSÃO DE MEDICO CONTRATADO POR ORGÃO VINCULADO AO MINISTÉRIO DA MARINHA SEM PROCESSO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO E CONSECTÁRIOS. DECISÃO RESCINDENDA BASEADA EM PREMISA FÁTICA INEXISTENTE. ERRO DE FATO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. PROCEDÊNCIA. 1. O erro de fato autorizador da ação rescisória é a falsa representação da realidade, o que ocorre no presente caso, pois a decisão rescindenda tomou por base

4 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal, parte Geral arts. 1 a 120 do código penal, vol 1, 3ª edição.- Rio de Janeiro, editora forense, 2019. pág 775

5 ARNOLDO WALD , Direito Civil Introdução e Parte Geral, 11ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2009

fato inexistente, qual seja, de ser o autor contratado por empresa pública, a influenciar no resultado da demanda. 2. Preenchidos os requisitos autorizadores do art. 19 do ADCT, nos termos da análise probatória levada a efeito nas instâncias de origem, demonstra-se a violação a literal dispositivo de lei, uma vez que, assegurada a estabilidade pelo exercício de cargo público, sem provimento originário pela via do concurso público, por mais de cinco anos na data da promulgação da Constituição, não cabe a demissão do servidor sem precedência do regular processo administrativo disciplinar. 3. Ação rescisória procedente. (STF – AR: 2058 RJ – RIO DE JANEIRO 0001879-75.2008.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/04/2019, Tribunal Pleno)

5. DA PENA-BASE

Excelência, em ultima intenta, caso não sejam acatadas nenhuma das teses supra, é necessário dizer que não deve prosperar a pena-base fixada acima do mínimo legal. Vejamos, o marco inicial de fixação deve ser determinado no mínimo,

conforme estabelece a norma penal, onde a partir deste ponto haverá a incidência de circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP.

Ocorre discricionariedade na aplicação da primeira fase, no entanto veda-se a falta de fundamentação ou que esta seja insuficiente. Como a pena-base do caso epigrafado foi fixada acima do mínimo legal, percebe-se que é inidônea por se mostrar superficial, não só isso, mas também não declinar com clareza as circunstâncias de desvalor.

Vejamos a lição de Avena:

juiz possui liberdade de convencimento, Livre convencimento (art. 155, caput, do CPP) exigindo se, contudo, que fundamente suas decisões. E, para tanto, deverá valer-se, como regra, da prova judicializada, salvo quanto a provas cautelares, produzidas antecipadamente e não passíveis de repetição.⁶

No caso epigrafado, especificamente quanto aos antecedentes, às circunstâncias e às consequências do crime, consideradas desfavoráveis na sentença da qual se recorre, devendo-se fazer uma análise mais apurada.

Com relação aos antecedentes, considerados desfavoráveis pelo magistrado, todavia, seja tecnicamente primário, pois ele ostenta outro registro criminal, porém, em curso. Neste sentido carece lembrar sobre o princípio da presunção de inocência, pelo qual refere-se a Constituição Federal no art. 5º, LVII, que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Constata-se da análise que referida ação penal que ainda será submetidas a julgamento, motivo pelo qual devendo prevalecer, pois, a presunção de inocência do réu.

Neste sentido vejamos a Súmula 444 só STJ em verbis: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA RESTRITA À REVISÃO DA DOSIMETRIA

6 Avena, Norberto Processo Penal / Norberto Avena. – 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

PENAL. MOTIVOS DO CRIME EVIDENCIADOS. CIRCUNSTÂNCIA VALORADA ACERTADAMENTE. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AGRAVADA EQUIVOCADAMENTE. AÇÕES PENAIS AINDA EM CURSO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 444, DO STJ. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. SENTENÇA REFORMADA APENAS PARA EXCLUIR DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS A EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM ANDAMENTO COMO MAUS ANTECEDENTES. DOSIMETRIA RETORQUÍVEL. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 231, DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. – É defesa a utilização de processos penais em andamento para valorar negativamente os antecedentes criminais do réu, em atenção ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Inteligência da Súmula nº 444 do STJ e precedentes desta Câmara Criminal. (TJ-SE – ACR: 2012307412 SE, Relator: DES. LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA, Data de Julgamento: 08/05/2012, CÂMARA CRIMINAL)

5. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o apelante o recebimento da presente irresignação, para fins de dar-lhe provimento e reformar a respeitável sentença ora combatida, nos seguintes termos:

A) Que seja absolvido da acusação, haja vista a falta de provas e o erro de proibição ser comprovado nos autos, conforme art. 386, VI, VII;

B) subsidiariamente em caso de condenação, que seja reformada a primeira fase da dosimetria da pena, para fixá-la no patamar mínimo imposto aos delitos;

C) Que diante da ausência de provas no curso processual, que

seja desclassificado a conduta do art. 33 para o art. 28 da lei de drogas;

D) Que em caso de condenação, seja aplicado regime inicial de cumprimento de pena menos severo;

E) por derradeiro, pugna ainda que, quando do julgamento do acórdão, haja manifestação expressa desta Corte de Justiça a respeito dos seguintes dispositivos legais: art. 59 do CP(dosimetria da pena), bem como dos princípios garantistas constitucionais pertinentes, como o da proporcionalidade, isonomia, legalidade e intervenção mínima; de forma a possibilitar o prequestionamento da matéria às instâncias superiores.

Nestes Termos, Pede Deferimento.

Juazeiro do Norte – CE, 11 de agosto de 2022