

4. TÉCNICAS

4.1. APELAÇÃO CRIMINAL

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

FEITO Nº XXXXXX (TJMG)
COMARCA: XXXXX (Vara Criminal)
ESPÉCIE: Apelação Criminal
RECORRENTE: XXXXXX
RECORRIDO: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
INCIDÊNCIA PENAL: arts. 33, *caput*, e 35, da Lei Federal nº 11.343/06, e 12, da LF nº 10.826/03

EMENTA DO PARECER: PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR INDEFERIMENTO DO MULTIRREQUERIDO EXAME PERICIAL DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – DESNECESSIDADE – PREFACIAL INCONSISTENTE, A MERECER REJEIÇÃO – PRESERVAÇÃO TOTAL DO *DECISUM* HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA QUASE INTEGRAL DO PLEITO CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP – DOSIMETRIA DAS PENAS CORRETA – ATENUANTE DA MENORIDADE = CIRCUNSTÂNCIA REVOGADA DESDE A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – DESAPARECIMENTO DAS RAZÕES PARA SUA SOBREVIVÊNCIA COM O ADVENTO DO *CODEX* – MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE DROGAS, NÃO CONFIGURADA A PARTIR DAS PRÓPRIAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO RÉU (INTERROGATÓRIO) – REGIMES PRISIONAIS ADEQUADOS – VARIEDADE E QUANTIDADE DE TÓXICOS APREENDIDOS A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO LIMITE MÍNIMO LEGAL (LAUDO PERICIAL À FL. 78) – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara Criminal,
Eminentes Desembargadores.

Denunciado, após regular instrução do feito, sem registro de incidentes dignos de nota, viu-se condenado o réu e ora apelante pelos admitidos crimes de tráfico de drogas, modalidade manter em depósito, com intenção mercantil, de associação para esse tráfico e de posse de arma de fogo (foi afastada a causa especial de aumento de pena referente a associação com menor de dezoito anos de idade, por ausência de bastante comprovação da menoridade) – *ex vi* dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei Federal nº 11.343/06 (Nova Lei de Drogas), e 12 da LF nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) (cf. sentença, às fls. 109/121).

Ato contínuo, eis que, inconformada, não obstante a renúncia do próprio réu ao direito de recorrer (fls. 123 e 124), manifestou a combativa defesa constituída recurso de apelação (fl. 125), por meio do que busca a reforma do *decisum*, consubstanciado o inconformismo nos termos das ofertadas razões recursais (pleitos de nulidade do processo por ausência do exame pericial de dependência toxicológica, de absolvição dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ante a vislumbrada fragilidade do acervo probatório, de concessão de pena substitutiva para a incriminação por porte ilegal de arma de fogo, reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade e concessão das benesses da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da legislação de drogas – fls. 147/165).

Contra-razões de apelação, pela Promotoria de Justiça, também regularmente acostadas, ato contínuo (proposta de manutenção parcial da sentença apelada, com diminuição das penas aos limites mínimos legais, reconhecimento da atenuante da menoridade e também da causa especial de redução de pena – fls. 168/178).

Subiram os autos à instância superior, vindo em seguida à Procuradoria-Geral de Justiça para colheita do parecer, conforme dispositivos legais (artigos 613, do Código de Processo Penal, 25, V, e 31, da Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados, e 66, VII, e 71, II, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais).

Este o relatório, em apertada síntese do que realmente importa.

Sobre os demais eventos do processo invoco, na oportunidade, o suficiente intróito da v. sentença objurgada (fls. 109/111).

Passo, em seguida, a manifestar-me.

Considerações preambulares

A presente impugnação vem a ser própria (artigo 593, I, CPP), tempestiva (fl. 125), encontra-se regularmente processada e presente se faz o legítimo interesse recursal, face à registrada sucumbência total suportada pelo acusado, motivos por que o apelo há de ser conhecido na instância revisora.

Existente arguição de questão preliminar por parte da defesa, a mesma, porém, não guarda sequer mínima procedência, havendo, portanto, de ser rejeitada, conforme mais à frente se verificará (tópico específico).

Assim, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Quanto ao mérito do apelo, propriamente dito, eis que, em face justamente da ostentada regularidade formal dos autos, de plano e *a priori* dispensada estaria a emissão, pelo procurador de justiça, de parecer analítico, peça a qual deve sempre se pautar, como sói acontecer com todas as manifestações processuais, por pelo menos um mínimo de utilidade prática.

Situações diferentes, porém, são aquelas – como acontece presentemente, por sinal – em que eventualmente há considerações a se fazer (isto é, acréscimos, requerimentos, propostas, correções ou recomendações – esta última constitui a hipótese dos autos), motivo por que a manifestação processual então deixa de ser mera prática rotineira – como infelizmente vem ocorrendo há muitos anos e em praticamente todo o país (emissão de pareceres sem nenhum reflexo no panorama processual, completamente desprovidos de finalidade útil) –, para de fato assumir verdadeira relevância jurídica.

Protege-se, dessarte, os princípios do contraditório e da ampla defesa, velando-se inofismavelmente pelo completo equilíbrio processual, cumprindo o *Parquet*, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, o seu papel mais importante, que é o de atuar *custos legis*.

No tocante ao mérito do recurso em tela, portanto, malgrado a regularidade exibida pelos autos, eis que assume real importância o parecer da Procuradoria de Justiça, no específico sentido de:

- recomendar, aos eminentes desembargadores, a preservação integral do *decisum* hostilizado (*vide* tópico à frente).

Muito embora o possível impacto negativo dessa posição (intervenção substancial da Procuradoria de Justiça somente diante de questões que porventura revelam-se verdadeiramente importantes para o julgamento do recurso – eventuais hipóteses de acréscimos, correções, requerimentos, propostas ou recomendações), tal não deixará de ser, contudo, absolutamente equivocado, de vez que me declaro adepto desse entendimento já há vários anos.

A propósito reafirmo, incansável e forte em abalizados entendimentos idênticos, que o mergulho no cerne dos autos somente se justifica quando a manifestação, em nome da Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reveste-se de real importância com vistas à melhor entrega possível da prestação jurisdicional, essa a encargo do Judiciário de segunda instância, isto é, o Tribunal de Justiça, sob pena de se ferir o indispensável equilíbrio das partes (princípio da equivalência de armas entre a defesa e a acusação).

PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXAME TOXICOLÓGICO – *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* – INCONSISTÊNCIA – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

Não prospera a alegação defensiva de cerceamento de defesa ante o correto indeferimento do pedido de exame toxicológico, pelo juiz sentenciante.

O exame de dependência toxicológica não é peça essencial ao processo, sendo certo que, em sua ausência, não há que se falar em cerceamento de defesa. A realização do referido exame deve, sim, ser deferida pelo juiz, desde que haja real necessidade, em casos de evidente ou sugerida semi-imputabilidade ou, até mesmo, de inimputabilidade do agente, o que não acontece no caso dos autos, no entanto.

Por outro lado, não assiste razão à aguerrida defesa, ao evocar a nulidade do feito pela ausência de realização de exame de dependência toxicológica do acusado, vez que na lei processual brasileira vige o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência e necessidade de qualquer exame pericial requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa, por si somente.

Assim, o julgador não está obrigado a determinar a realização dos referidos exames, se outros elementos de convicção vêm a justificar sua dispensa, mormente quando inexistirem dúvidas acerca da higidez mental do réu, como se vê no caso destes autos.

Cabe consignar que o simples fato de o réu alegar ser viciado em drogas não impõe a obrigatoriedade da realização do exame pericial de dependência toxicológica, pois, diante dos elementos dos autos, é que o juiz pode – e deve – verificar a necessidade ou não de submissão do réu a tal exame.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

CRIMINAL. HC. ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DO DECRETO CONDENATÓRIO. DISCUSSÃO DA CULPABILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A falta do exame de dependência toxicológica não configura nulidade, se outros elementos de convicção justificam sua dispensa. A via eleita é imprópria para discussão sobre a culpabilidade do paciente – verdadeira pretensão evidenciada no writ. A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, o que não restou evidenciado in casu. Ordem denegada. (STJ – HC 23365 / SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 03.02.2003)

No mesmo sentido: HC 26291/MG, Ministro Jorge Scartezzini, in DJ de 18.08.2003, e RHC 7067/SP, Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 25.02.1998. E ainda:

Em princípio, é cabível o exame de dependência em se tratando de traficante viciado, *mas não basta para seu deferimento a mera alegação de usuário ou viciado, fazendo-se mister a existência de um conjunto de indícios a induzir dúvida razoável sobre a normalidade psicossomática do agente, como decorrência de uso de drogas* (TJRS - AC 685013823 - rel. des. João Ricardo Vinhas – in RJTJRS 111/111). (destaques acrescentados, não constantes do texto original)

O exame de dependência toxicológica só se torna necessário quando houver dúvidas sobre a integridade mental do acusado ou quando tiver sido alegado que a conduta delituosa ocorreu em virtude de dependência à substância entorpecente - Precedentes judiciais - Nulidade rejeitada. (TJRS - AC 68.800.372-2 - rel. des. João Ricardo Vinhas – in RJTJRS 130/166).

Portanto, a alegação de nulidade é descabida.

O sistema de nulidades vigente entre nós, ademais, é orientado pelo princípio francês *pas de nullité sans grief*, consagrado expressamente no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*.

Neste sentido, a decretação da nulidade requer a demonstração objetiva do prejuízo, restando claro e efetivo o dano causado à parte. Reconhecer simplesmente, no presente caso, o cerceamento de defesa é, indubitavelmente, desvirtuar o objetivo maior da atividade jurisdicional em reconhecimento de um formalismo exagerado e inútil.

Prejuízo que, *in casu*, ensejaria o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito é o dano aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo certo que nos presentes autos não se vislumbra qualquer violação a tais princípios.

Digna de rejeição, pois, a preliminar argüida.

BREVE INCURSÃO AO MÉRITO – REGULARIDADE FORMAL DO FEITO – EXISTÊNCIA DE RECOMENDAÇÃO A SER FEITA – PRESERVAÇÃO TOTAL DO *DECISUM* HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA QUASE INTEGRAL DO PLEITO CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP – DOSIMETRIA DAS PENAS CORRETAS – ATENUANTE DA MENORIDADE = CIRCUNSTÂNCIA REVOGADA DESDE A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – DESAPARECIMENTO DAS RAZÕES PARA SUA SOBREVIVÊNCIA COM O ADVENTO DO *CODEX* – MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE DROGAS, NÃO CONFIGURADA A PARTIR DAS PRÓPRIAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO RÉU (INTERROGATÓRIO) – REGIMES PRISIONAIS ADEQUADOS – VARIEDADE E QUANTIDADE DE TÓXICOS APREENDIDOS A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO LIMITE MÍNIMO LEGAL (LAUDO PERICIAL À FL. 78) – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Como anteriormente já consignado, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o presente feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Deu-se, *in casu*, registre-se, a exigível intervenção da Promotoria Pública em todos os atos (*ex vi* do artigo 564, III, “d”, do CPP).

Nada obstante terem ambas as partes debatido livremente suas próprias teses, inexistindo necessidade ou conveniência, neste ensejo, de acréscimos de dados, vale *en passant* consignar, todavia, no que pertine à condenação do réu, a constatação da existência de um panorama até mais do que suficiente de provas e indícios, tudo convergente, concatenado e harmônico, a francamente reclamar a advinda solução condenatória (tráfico ilícito de drogas, associação para esse tráfico e posse ilegal de arma de fogo), inviabilizadas por completo, ressalte-se, as sugeridas soluções em favor do acusado – absolvição dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ante à vislumbrada fragilidade do acervo probatório, de concessão de pena substitutiva para a incriminação por porte ilegal de arma de fogo, reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade e concessão das benesses da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da legislação de drogas – fls. 147/165 –, propostas essas contidas nas ofertadas razões de inconformismo.

Não é razoável exigir-se, ademais, uma prova cabal, farta, robusta, inequívoca, isso muito mais utopia do que realidade, sendo o bastante, portanto, para legitimar uma conclusão incriminatória, uma coleção de elementos de convicção (provas e indícios) que, dada sua convergência e harmonia, aliada à lógica e ao bom senso, esteja a apontar no sentido da culpa do réu.

Para propugnar pela preservação, na íntegra, da excelente sentença penal condenatória, valho-me aqui, *ipsis literis*, da correta e justa linha de raciocínio exposta pelo valoroso magistrado sentenciante, o Dr. José Américo Martins da Costa, sem embargo do entendimento diferente constante das judiciosas ponderações levadas a efeito pelo combativo promotor de justiça autor das bem lançadas contra-razões recursais, o Dr. Emerson Felipe Dias Nogueira, desnecessárias meras repetições, pena de odiosa tautologia.

No que toca, primeiramente, ao visado reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade (o réu tinha, quando dos fatos, dezenove anos de idade), eis que tal circunstância viu-se revogada ante a entrada em vigor, em 10/01/2003, do Novo Código Civil.

Com efeito, viram-se exauridas todas as razões para a sobrevivência da circunstância com o advento do *codex*, de vez que a maioria civil dá-se, desde então, aos dezoito anos de idade, não mais subsistindo qualquer restrição entre essa idade e os vinte e um anos. As razões para a consideração de circunstância atenuante, portanto, daquele agente que comete o fato criminoso ou contravencional entre os seus dezoito

e vinte e um anos de idade, não mais existem, não sendo razoável, diferentemente do interpretado pelo nobre promotor de justiça autor das contra-razões recursais, que o caráter meramente biológico prevaleça sobre o que foi estipulado a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil.

Sobre o cabimento, *in casu*, das benesses do art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, foi a partir das informações fornecidas pelo próprio réu, em seu interrogatório, que o magistrado sentenciante as denegou, aliás corretamente, *data venia*.

Evidente é que vantagem legal desse porte – causa especial de diminuição de pena, capaz de reduzir a sanção penal a um *quantum* concreto aquém do patamar mínimo legal – apenas deve ser deferida àqueles que, como às expressas reza o dispositivo legal em apreço, atendem inequivocamente aos seus rígidos pressupostos (“*nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”), ou seja, *a contrario sensu*, se ausente qualquer dos requisitos, não poderá ser concedida a vantagem ao condenado.

À inexistência de registro de maus antecedentes (isto é, condenação trânsita em julgado por infração penal qualquer, após o cometimento do crime de que tratam os autos) equipara-se a existência de bons antecedentes, dada a imperiosa interpretação restritiva que peculiariza o Direito Penal, quanto ao que milita em prejuízo do réu.

Sobre não se poder dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, a despeito de tantas divergências, algumas até no sentido de que tal não vai além de ser mera letra morta, já que o tão só fato do agente não ostentar maus antecedentes e ser primário conduziria à conclusão negativa acerca daqueles pressupostos, o certo é, *in casu*, o próprio acusado informa ser traficante de drogas. Já no que toca à fixação, pelo juiz, de penas-bases acima dos seus respectivos patamares mínimos legais, para os admitidos crimes de tráfico de drogas e de associação para esse tráfico, tal se justifica – por sinal plenamente – mercê da variedade e quantidade expressiva das substâncias entorpecentes apreendidas (*vide* laudo pericial toxicológico, à fl. 78 dos autos).

O recrudescimento das penas corporal e pecuniária se impunha, portanto!

Atende-se, dessa forma, às finalidades do sancionamento criminal (repressão do delito e profilaxia, esta com alcance tanto individual, para o agente, como social), sem embargo do entendimento diverso estampado nas bem lançadas contra-razões de apelação.

Com efeito, citando-se ensinamento jurisprudencial, que deve ser interpretado *in casu* exatamente: “[...] a alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate ao seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública” (RJTJRS 130/154).

Ao Judiciário cabe, por óbvio, sopesar e fixar a reprimenda criminal disponível, entre os seus patamares mínimo e máximo, justamente atendendo às variantes de cada caso concreto, impondo pena maior às hipóteses de mais grave lesividade ao bem jurídico tutelado, e, sob a mesma ótica, sancionando menos rigorosamente as condutas de menor potencialidade ofensiva.

Devendo a pena criminal, na memorável lição do mui eminente Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira, de saudosíssima memória, situar-se na região de equilíbrio entre o máximo de satisfação para a sociedade e o mínimo de aflição para o acusado, tem-se que o mínimo legal pleiteado tanto pela defesa como em sede de contra-razões, *data maxima venia*, revela-se insuficiente aos fins preconizados pelo sancionamento penal (repressão do delito e sua profilaxia, tanto para o agente como para a sociedade).

Há de se reservar a estipulação da pena no seu limite mínimo legal apenas aos casos em que todas as circunstâncias legais e judiciais sejam favoráveis ao réu, e, tratando-se de delito de tóxicos, aos casos, além disso, em que a quantidade e a espécie de substâncias envolvidas não sejam, respectivamente, expressiva e variada, como exatamente ocorre no caso em tela. Nessa instância revisora, portanto, há de ser negado provimento ao recurso manifestado pela defesa. Deixo de propugnar por vista à defesa (princípio do contraditório), em face do que aqui consta, eis tratar-se de posicionamento que, na realidade, nada trouxe de surpreendente, de modo prejudicial, ao réu ou aos seus defensores.

Conclusão

Pelo exposto sou, respeitosamente, pelo conhecimento do presente recurso, porquanto próprio, tempestivo, regularmente processado e presente o legítimo interesse recursal (sucumbência total do acusado). Quanto à invocada prejudicial de nulidade, por ausência de realização do exame pericial de dependência toxicológica, à míngua de sequer mínima consistência do pleito pugno por sua rejeição. No mérito, estou a manifestar-me pelo desprovimento do apelo aviado.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2008.