



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

**APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE
INTERROGATÓRIO NO FINAL DA INSTRUÇÃO.
NULIDADE. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À
AMPLA DEFESA.**

A opção legislativa expressada na reforma processual de 2008, no sentido de situar o interrogatório como último ato da instrução criminal, vai ao encontro da necessária maximização das garantias fundamentais no âmbito de um direito processual penal compatível com os Estados Democráticos de Direito, notadamente das garantias do contraditório e da ampla defesa, estruturantes do denominado devido processo legal, oportunizando aos réus o conhecimento de todas as teses e provas produzidas a respeito do fato sob julgamento antes do exercício efetivo do direito de defesa, ao menos da autodefesa. Diante desse novo cenário, o interrogatório no procedimento dos delitos envolvendo entorpecentes, porque o artigo 57 da Lei 11.343/06 é anterior às reformas de 2008, e porque na sua redação não há uma determinação expressa de que o interrogatório deva anteceder à inquirição das testemunhas, deve ser situado ao final da audiência de instrução, com aplicação subsidiária do artigo 400 do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 394, § 5º, do mesmo diploma legal. Preliminar de nulidade acolhida. Sentença condenatória desconstituída para que seja oportunizado ao réu novo interrogatório. Mantidos os demais atos da instrução criminal. Mérito prejudicado.

**PRELIMINAR ACOLHIDA.
MÉRITO PREJUDICADO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70049819469

COMARCA DE PORTO ALEGRE

CLEITON LUIS DUTRA FREIRE

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher a preliminar de nulidade suscitada para desconstituir a sentença condenatória e determinar seja oportunizado ao réu novo interrogatório, mantidos os demais atos da instrução criminal. Prejudicado o exame do mérito. Determinada a expedição de alvará de soltura ao réu por esse processo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO.**

Porto Alegre, 08 de novembro de 2012.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra C.L.D.F., dando-o como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 29 do Código Penal, pelo seguinte fato delituoso:

No dia 28 de janeiro de 2012, por volta da 03h25min, na Rua Irmã Nely, nº 163, Bairro Partenon, nesta Capital, o denunciado, em conjugação de esforços e convergência de vontades com os adolescentes Y.F.MP., com 16 anos de idade, e P.S.S., com 14 anos de idade, trazia consigo, oferecia e vendia, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 30 (trinta) bucinhas de cocaína, pesando aproximadamente 12,96g,



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, consoante auto de apreensão de fls. e laudo de constatação da natureza da substância de fls.

Na ocasião, policiais militares que faziam monitoramento na região, conhecido ponto de tráfico da Capital, presenciaram o momento em que o denunciado e dois adolescentes, previamente ajustados quanto à divisão de tarefas, aproximaram-se de um veículo e, ato contínuo, passaram a comercializar drogas com os seus tripulantes. Ocorre que ao perceberem a aproximação da guarnição, os tripulantes do automóvel deixaram rapidamente o local, sem serem identificados. Nesse momento, os policiais avistaram o denunciado C. jogando algo sobre o telhado de uma Igreja, enquanto o adolescente, mais tarde identificado como P.S.S. dispensava, ao solo, quantia em dinheiro. Feita a abordagem e procedida a revista pessoal, foi apreendida em poder do denunciado C. a quantia de R\$ 730,00 (setecentos e trinta reais), em pequenas notas, típicas do comércio de drogas, além de um aparelho celular, marca Nokia. Os policiais recolheram o material por ele dispensado, oportunidade em que constataram tratar-se de um tubo plástico, contendo 23 (vinte e três) petecas de cocaína, devidamente embaladas para a venda, pesando aproximadamente 9,65g. Com o adolescente P. foi apreendida a quantia de R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), fracionada em uma nota de R\$ 100,00, duas de R\$ 50,00, seis de R\$ 20,00, três de R\$ 10,00 e duas de R\$ 5,00, que, momentos antes da abordagem, havia sido por ele jogada ao solo. Já com o adolescente Y. foi apreendido, no interior de suas vestes, mais precisamente dentro de sua cueca, 07 (sete) petecas de cocaína, pesando aproximadamente 3,31g, individualmente embaladas, prontas para a venda.

Desse modo, o acusado, em conjunto com os adolescentes I. e P., dedicava-se ao tráfico, mediante a divisão de tarefas.

A denúncia foi recebida em 31.01.2012 (fl. 51).

O acusado foi citado pessoalmente (fl. 55) e apresentou resposta à acusação (fls. 57 a 62). Durante a instrução foi interrogado o réu (fls. 81 e 82) e inquiridas duas testemunhas (fls. 82 a 86). Encerrada a instrução, em memoriais, o Ministério Público requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 93 a 98). A defesa, por sua vez, postulou a absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

Código de Processo Penal. Em entendimento diverso, requereu a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou a aplicação do parágrafo quarto do artigo 33, do mesmo Diploma Legal, com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito (fls. 100 a 109).

Sobreveio sentença de procedência da denúncia para condenar o acusado pelo delito previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, impondo-lhe pena de 01 ano e 08 meses de reclusão (pena-base fixada em 05 anos de reclusão), com pena de multa fixada em 166 dias-multa, em regime inicialmente fechado. Ainda, decretado o perdimento do numerário apreendido (fls. 111 a 115).

A sentença foi publicada em 18.04.2012 (fl. 115).

Em face dessa decisão, a defesa interpôs, tempestivamente, recurso de apelação (fl. 120). Em suas razões, alegou, em sede de preliminar, a nulidade do feito, em face da inobservância do artigo 400 do Código de Processo Penal, que prevê a realização do interrogatório do réu após a oitiva das testemunhas. No mérito, sustentou insuficiência probatória. Assim, postulou pela absolvição do réu, com fundamento no artigo 386, inciso V ou VII, do Código de Processo Penal. Em entendimento diverso, argumentou pela desclassificação do delito de tráfico para o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006; pela aplicação da atenuante da menoridade, prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal; pela alteração do regime prisional e pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Ainda, prequestionou a matéria para eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. Colacionou jurisprudência e, ao final, requereu o provimento do apelo (fls. 122 a 128).

Com as contrarrazões (fls. 130 a 137), subiram os autos.



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

Neste grau de jurisdição, o digno Procurador de Justiça opinou pela rejeição da preliminar suscitada pela defesa e, no mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 140 a 145).

É o relatório.

VOTOS

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

Eminentes colegas:

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu, em face de sentença que o condenou como incurso no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06.

EM PRELIMINAR

Suscita o réu, em preliminar, a nulidade do processo por inobservância do artigo 400 do Código de Processo Penal, pois interrogado o réu no início da instrução criminal.

Entendo deva ser acolhida a preliminar.

Não desconheço o entendimento predominante no sentido da inexistência de nulidade, pois observado o procedimento previsto na Lei 11.343/06, que é uma lei especial. Ocorre que a Lei de entorpecentes é anterior à reforma do Código de Processo Penal, essa de 2008, que ao modificar os procedimentos processuais penais optou por alocar o interrogatório como último ato da instrução criminal, considerando tratar-se de um meio de defesa.

A opção legislativa vai ao encontro da necessária maximização das garantias fundamentais no âmbito de um direito processual penal



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

compatível com os Estados Democráticos de Direito, notadamente das garantias do contraditório e da ampla defesa, estruturantes do denominado devido processo legal, oportunizando aos réus o conhecimento de todas as teses e provas produzidas a respeito do fato sob julgamento antes do exercício efetivo do direito de defesa, ao menos da autodefesa.

No ponto, entendo deva ser interpretado o artigo 57 da Lei 11.343/06 em conformidade com o disposto no artigo 394, § 5º, do Código de Processo Penal, como forma de atender ao disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. O dispositivo referido do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.719/08, determina a aplicação subsidiária do procedimento comum ordinário aos procedimentos especial e comum sumário e sumaríssimo. E o artigo 400 do Código de Processo Penal, que regulamenta a audiência de instrução no procedimento comum ordinário, determina expressamente seja o interrogatório o último ato da instrução.

Já o artigo 57 da Lei 11.343/06, por sua vez, não determina seja o interrogatório o primeiro ato da instrução. Apenas dispõe que na audiência, “após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas”, será dada a palavra ao Ministério Público e à defesa, para debates. Não há, pois, uma disposição expressa a determinar seja antes interrogado o réu, e só depois inquiridas as testemunhas.

Entendo não ser possível, ou pelo menos não ser a melhor opção, a interpretação literal do artigo 57 da Lei 11.343/06, de modo a inviabilizar a efetivação das garantias do contraditório e da ampla defesa aos acusados por tráfico ilícito de entorpecentes, criando com isso uma disparidade em relação aos demais réus acusados por outros delitos. Fosse a Lei de drogas posterior à reforma do Código de Processo Penal e trouxesse motivação razoável para tal limitação, poder-se-ia admitir a



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

sistemática. Mas não, o procedimento estabelecido pela Lei 11.343/06 é anterior à reforma do Código de Processo Penal. Era adequado ao procedimento comum ordinário então vigente, mas atualmente afigura-se em nítida oposição à atualização da lei processual penal, defasada e contrária às garantias expressamente asseguradas na Constituição Federal.

Assim, tenho que a interpretação do referido artigo 57 da Lei 11.343/06 deve ser feita de modo combinado com o disposto no artigo 394, §5º, do Código de Processo Penal, preenchendo-se a lacuna daquele artigo, no que diz respeito ao momento do interrogatório na audiência de instrução, com a disposição expressa do artigo 400 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a propósito, decidiu recentemente essa Câmara Criminal:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROCEDIMENTO. INTERROGATÓRIO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA NULIDADE. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DO FISCAL DA LEI. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. MÉRITO PREJUDICADO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº **70047976436**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/05/2012)

Assim, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, acolho a prefacial de nulidade suscitada para desconstituir a sentença condenatória e determinar seja oportunizado ao réu novo interrogatório, mantidos os demais atos da instrução criminal.

Como consequência, determino a expedição de alvará de soltura ao réu por esse processo.

Voto, pois, por acolher a preliminar de nulidade suscitada, para desconstituir a sentença condenatória e determinar seja oportunizado ao réu novo interrogatório, mantidos os demais atos da instrução criminal, com retirada dos autos do interrogatório anterior. Prejudicado o exame do mérito. Determinada a expedição de alvará de soltura ao réu por esse processo.



NJG
Nº 70049819469
2012/CRIME

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (REVISOR) - De acordo com o(a)
Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - De acordo com o(a)
Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº
70049819469, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM
A PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA, PARA DESCONSTITUIR A
SENTENÇA CONDENATÓRIA E DETERMINAR SEJA OPORTUNIZADO
AO RÉU NOVO INTERROGATÓRIO, MANTIDOS OS DEMAIS ATOS DA
INSTRUÇÃO CRIMINAL. PREJUDICADO O EXAME DO MÉRITO.
DETERMINADA A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA AO RÉU POR
ESSE PROCESSO."

Julgador(a) de 1º Grau: HONORIO GONCALVES DA SILVA NETO