

**OITAVA CÂMARA CRIMINAL**  
**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2009.050.07073**  
**APELANTE: PAULO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA**  
**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ORIGEM: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ARRAIAL DO CABO**  
**RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ**

**Tráfico de entorpecentes. Artigo 33 da Lei nº 11.343/06.**  
**Pena: 5 anos de reclusão, regime fechado, e 500 dias-multa, no valor mínimo legal.**

**Apelo defensivo: a) preliminarmente, a anulação do processo pelo cerceamento ao exercício do direito de defesa, considerando que: 1 - a Defensoria Pública foi indevidamente nomeada para apresentação da defesa prévia, quando o réu tinha advogado constituído, com procuração acostada aos autos; 2 - falta de intimação do acusado e/ou seu advogado para informar os endereços das testemunhas arroladas na defesa preliminar, subscrita equivocadamente por Defensora Pública; 3 - falta de intimação do advogado constituído para a audiência de instrução e julgamento; 4 - não oitiva das testemunhas de defesa; b) absolvição, ante a insuficiência do conjunto probatório em relação a autoria; c) desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06; d) reconhecimento da menoridade, com consequente aplicação da redução prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal; e) aplicação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06; f) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; g) redução da pena pecuniária; h) declaração da progressão do regime inicial, fixando-se o regime semiaberto.**

**Oferecida a denúncia imputando ao apelante o crime do artigo 33 da Lei de Tóxicos, o advogado devidamente constituído requereu a liberdade provisória, que foi concedida.**

**Em seguida, o apelante foi notificado para responder a acusação, em cumprimento ao disposto no artigo 55 do mesmo estatuto legal, e, decorrido o decêndio legal sem que a defesa**



**prévia fosse apresentada, os autos foram remetidos diretamente à Defensoria Pública, que ofereceu aquela peça, sem ter tido contacto com o réu.**

**Conforme tranquilo entendimento jurisprudencial, na hipótese de omissão por parte do advogado constituído – o que não aconteceu no caso, pois o advogado não foi intimado para oferecer defesa prévia - deverá o acusado ser intimado para constituir novo patrono ou declarar se deseja ser patrocinado pela Defensoria Pública.**

**O advogado constituído e nem a Defensoria Pública foram intimados para a audiência de instrução e julgamento, sendo nomeado advogado dativo naquele ato.**

**Consta da assentada da audiência que, não tendo sido fornecidos os endereços das testemunhas arroladas na defesa prévia – lógico que a Defensoria Pública arrolou testemunhas fictícias, pois não teve contacto com o réu ou seus familiares -, declarou o juiz a perda da prova, em mais claro cerceamento do direito de defesa.**

**Ao receber os autos para alegações finais, a Defensoria Pública chamou a atenção do juízo de que o réu tinha advogado constituído, e, ao invés de sanar as nulidades, o juiz determinou a intimação do réu para dizer se continuaria a ser assistido pelo patrono constituído – assistido ???, como, se o advogado sempre foi ignorado – ou se desejaria ser patrocinado pela Defensoria Pública.**

**As alegações finais foram subscritas por Defensora Pública, que não discutiu as nulidades, e, após a juntada desta peça, e muitos meses antes da sentença ser prolatada, foi constituído novo patrono, que juntou procuração aos autos, mas, também, não discutiu as nulidades.**

**Conforme se observa, o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório foi sacrificado em várias oportunidades, o que caracteriza insanável nulidade.**



**Preliminar acolhida para anular o processo a partir da apresentação da defesa prévia pela Defensoria Pública.**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 2009.050.07073 em que é apelante Paulo Roberto da Silva Oliveira e apelado o Ministério Público, em sessão realizada nesta data, **ACORDAM** os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade**, em **acolher a preliminar** suscitada, para anular o processo a partir de fl. 54, conforme voto do relator, que passa a integrar o presente.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2009.

**DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ**

**RELATOR**



**OITAVA CÂMARA CRIMINAL**  
**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2009.050.07073**  
**APELANTE: PAULO ROBERTO DA SILVA OLIVEIRA**  
**APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ORIGEM: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE ARRAIAL DO CABO**  
**RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ**

## **V O T O**

**Paulo Roberto da Silva Oliveira** foi condenado no Juízo da Vara Única da Comarca de Arraial do Cabo, em sentença da lavra do Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, na pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo (fls. 101/105), estando os fatos assim descritos na denúncia:

**“No dia 19 de abril de 2007, por volta das 21.30h, na Rua Arthur Bernardes, no interior do Morro da Boa Vista, o denunciado guardava e tinha em depósito, de forma livre e consciente, para fins de traficância, 5,02g (cinco gramas e dois centigramas) de *Cannabis Sativa L.*, substância vulgarmente conhecida como “maconha”, acondicionados em 04 (quatro) pequenos sacos plásticos, popularmente conhecidos como “sacolés”, e 0,48g (quarenta e oito centigramas) de cloridrato de cocaína, chamado popularmente de cocaína, acondicionados em 03 (três) pequenos sacos plásticos, popularmente conhecidos como “sacolés”, ambas consideradas entorpecentes pela legislação em vigor, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de apreensão da substância entorpecente e laudo pericial prévio acostados às fls. 06.**

**Os policiais militares MARCELO ADRIANO SANTOS DE OLIVEIRA e FRANCISCO PAULO DE MEDEIROS BARRETO**



**encontravam-se em patrulhamento de rotina pela cidade de Arraial do Cabo no dia dos fatos quando, na altura da Rua Arthur Bernardes, Praia Grande, avistaram vários elementos que, ao perceberem a presença dos milicianos, evadiram-se em desabalada carreira, subindo o Morro da Boa Vista.**

**Ato contínuo, os milicianos passaram a perseguir os elementos, deparando-se com o denunciado, que trazia consigo as substâncias entorpecentes acima descritas, tendo o mesmo admitido que as portava para fins de traficância por ocasião de seu depoimento em sede policial, conforme fls. 07/08.”**

A defesa técnica tempestivamente apelou, através da petição de fl. 114, requerendo, nas razões de fls. 115/133, o seguinte:

- a) preliminarmente, a anulação do processo pelo cerceamento ao exercício do direito de defesa, considerando que: 1 – a Defensoria Pública foi indevidamente nomeada para apresentação da defesa prévia, quando o réu tinha advogado constituído, com procuração acostada aos autos; 2 – falta de intimação do acusado e/ou seu advogado para informar os endereços das testemunhas arroladas na defesa preliminar, subscrita equivocadamente por Defensora Pública; 3 – falta de intimação do advogado constituído para a audiência de instrução e julgamento; 4 – não oitiva das testemunhas de defesa;
- b) absolvição, ante a insuficiência do conjunto probatório em relação a autoria;
- c) desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06;
- d) reconhecimento da menoridade, com consequente aplicação da redução prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal;
- e) aplicação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06;
- f) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;
- g) redução da pena pecuniária;



h) declaração da progressão do regime inicial, fixando-se o regime semiaberto.

O recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público requereu o improvimento do recurso (fls. 137/146), e, oficiando perante esta Câmara, a Procuradora de Justiça Ecknéa Antonia de Andrade, no parecer de fls. 152/155, opinou naquele mesmo sentido.

É o relatório.

Oferecida a denúncia imputando ao apelante o crime do artigo 33 da Lei das Drogas, o advogado do acusado devidamente constituído, conforme procuração de fl. 27, peticionou requerendo a liberdade provisória, juntando vários documentos (fls. 28/38), sendo o pleito deferido pela decisão de fl. 42.

Em seguida, determinou o juízo a notificação do apelante para responder a acusação, em cumprimento ao disposto no artigo 55 do mesmo estatuto legal: ***“Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”***

O réu foi notificado, conforme certidão de fl. 47, e, decorrido o decêndio legal, o cartório informou a não apresentação daquela peça técnica (fl. 52), e, então, o juiz remeteu os autos à Defensoria Pública (fl. 53), que ofereceu a defesa (fls. 54/56), sem sequer ter contacto com o acusado.

Conforme se observa, o advogado constituído não foi intimado para oferecer defesa prévia, embora houvesse procuração anexada aos autos, e para a audiência de instrução e julgamento.



sublinhando-se que a Defensoria Pública também não foi intimada, tendo sido nomeado advogado dativo para aquele ato, o que está consignado na assentada de fl. 66.

Consta daquela assentada ainda que: **“tendo em vista que a defesa embora tenha arrolado testemunhas não forneceu o endereço para intimação destas, declaro a perda da prova, até porque o acusado em seu interrogatório disse que no momento dos fatos estava sozinho, não havendo portanto testemunhas presenciais.”**

Evidente que as testemunhas arroladas na defesa prévia foram fictícias, pois a defensora pública jamais teve contacto com o réu ou seus familiares, até porque havia advogado constituído, e na audiência de instrução e julgamento o advogado dativo nunca havia visto o acusado.

Interessante sublinhar que, somente ao ter vista do processo para alegações finais, é que a Defensoria Pública, na cota de fl. 88, chamou a atenção do juiz para o fato de que **“o acusado encontra-se patrocinado por advogado”**.

E o que fez o magistrado?

Ao invés de sanar as nulidades ocorridas desde a defesa prévia, determinou a intimação do réu para dizer se continuará (???) sendo representado pelo patrono constituído ou se deseja ser assistido pela Defensoria Pública, sendo conveniente lembrar que o advogado havia sido ignorado até então.

O acusado, então, declarou o desejo de constituir novo advogado, segundo expresso à fl. 91 vº, e, posteriormente, confo



certificado à fl. 92, afirmou que desejaria ser assistido pela Defensoria Pública, a qual, então, ofereceu alegações finais, sem, entretanto, discutir as nulidades acontecidas.

Após as alegações finais e meses antes do feito ser sentenciado, foi constituído novo advogado, que requereu a juntada da procuração (fls. 99/100), sem, também, trazer à discussão a existência de nulidades, e, então, foi prolatada a sentença.

Ora, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, preconiza que **“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**, devendo a ampla defesa ser entendida como o direito ao exercício da autodefesa, praticado pelo acusado, e da defesa técnica, praticada pelo advogado.

Ao final da análise do processado, observa-se que o procedimento correto não foi obedecido, e várias nulidades aconteceram, ressaltando, em complemento ao acima exposto, que:

- a) conforme pacífico entendimento jurisprudencial, na hipótese de omissão por parte do advogado constituído, deverá o acusado ser intimado para constituir novo patrono ou declarar se deseja ser patrocinado pela Defensoria Pública, o que não foi atendido no presente caso;
- b) a não produção de prova testemunhal por parte do réu decorreu exclusivamente por não haver o advogado constituído sido intimado para apresentação da defesa prévia.

Ante o exposto, inexistindo dúvida de que o exercício da ampla defesa e do contraditório não foi respeitado, e que as nulidades relacionadas são insanáveis, acolho a preliminar suscitada, e voto no sentido de



de anular o processo a partir de fls. 54, ou seja, da apresentação da defesa prévia pela Defensoria Pública.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2009.

**DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ**  
**RELATOR**

