



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE.**

Verificou-se a quebra da imparcialidade, atributo mor da magistratura, no momento da coleta da prova oral. O juízo dispensou tratamento diferenciado às testemunhas de defesa e aos usuários ouvidos em juízo, em relação aos policiais, advertindo os primeiros de que, se achasse que estavam mentindo, sairiam da audiência direto para a Delegacia de Polícia. Em contrapartida, no momento do depoimento da autoridade policial, nem o compromisso foi tomado. A postura é inadequada porque, além de intimidar a testemunha, nem sequer seria possível eventual prisão em flagrante durante o depoimento judicial, no caso dos autos.

Por outro lado, especificamente em relação a uma testemunha arrolada pela defesa, houve exagero na condução, quando foi dito para “tomar cuidado com as suas respostas” e “não subestimar a sua inteligência”. Outrossim, em dado momento, disse que o relato feito pela testemunha configurava tráfico, antecipando o mérito da causa.

O magistrado imparcial deve manter-se distante durante a instrução, não cabendo tecer considerações ou tirar conclusões das colocações das testemunhas ou dos réus antes do momento apropriado, que é a sentença condenatória. No caso, poderia ter deixado para valorar o depoimento da testemunha na decisão da causa, abstendo-se de conclusões na audiência.

Por fim, quando do interrogatório de um dos acusados, houve a promessa indevida de certeza da redução da pena se confessasse. O magistrado não pode fazer promessas indevidas de atenuação de pena para obter confissão. Inexistência no sistema jurídico pátrio do instituto da barganha norte-americano, em que há possibilidade de reduzir a pena em troca da confissão e da economia do processo.

**PROCESSO ANULADO DE OFÍCIO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)

COMARCA DE TEUTÔNIA



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

ADRIANA DA SILVA DE CARVALHO

APELANTE

CRISTIANO BILHAR

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em anular, de ofício, a audiência de instrução, prejudicada a análise de mérito do recurso. Expeçam-se alvarás de soltura na origem, se por outro motivo não estiverem presos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE) E DES. JAYME WEINGARTNER NETO.**

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2013.

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

Na sentença, ficou consignado o seguinte relatório:

A JUSTIÇA PÚBLICA, por meio de seu órgão acusador, com base no Inquérito Policial nº 152155/2012/1998, oriundo da Delegacia



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

de Polícia de Teutônia/RS, DENUNCIOU Adriana da Silva de Carvalho e Cristiano Bilhar qualificados na fl. 02, porquê associaram-se para traficar substâncias entorpecentes e forneceram a consumo substância entorpecente. Assim agindo, incorreram as denunciadas nas sanções do artigo 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei Federal nº 11.343/06, combinados entre si e em concurso material, na forma do artigo 69 do Código Penal. Os acusados foram presos em flagrante (fls. 55/56).

Devidamente notificados, apresentaram defesa preliminar e a denúncia foi recebida.

Instrução à fl. 337.

Veio aos autos os antecedentes criminais (fls. 338/340).

Memoriais do Ministério Público pela condenação, nas fls. 341/346.

Memoriais da defesa pela absolvição, alegando preliminares de nulidade e a insuficiência de provas para condenação. Postularam a absolvição.

#### Os fatos restaram assim descritos na denúncia:

##### FATO 1:

Desde data ainda não precisada nos autos, mas na forma continuada e também no dia 10 de agosto de 2012, na rua Juscelino Kubitschek, 380, acima do antigo "Bar do Romeu", no bairro Canabarro, em Teutônia- RS, os denunciados ADRIANA DA SILVA DE CARVALHO e CRISTIANO BILHAR associaram-se para fim de praticar o tráfico de drogas, crime previsto no art. 33, caput, da lei 11.343/06, notadamente de cocaína, crack e maconha, substâncias proscritas no Brasil.

Para praticar o crime, os denunciados transformaram a casa onde reside a denunciada ADRIANA em um verdadeiro ponto de tráfico de drogas. A polícia civil, de posse das informações de traficância, acabou solicitando busca e apreensão, que foi cumprido resultando na prisão em flagrante dos denunciados.

Há anos a denunciado ADRIANA está traficando, inicialmente com seu companheiro anterior David Gomes de Oliveira, preso por tráfico pela comarca de Estrela (processo 047/2.11.0003749-5). Mesmo após a prisão de David a denunciada Adriana continuou o tráfico de entorpecentes, inicialmente sozinha, e, depois, associou-se a Cristiano Bilhar.

##### FATO 2:

Desde data ainda não precisada nos autos, mas na forma continuada e também no dia 10 de agosto de 2012, na rua Juscelino Kubitschek, 380, acima do antigo "Bar do Romeu", no bairro Canabarro, em Teutônia- RS, os denunciados ADRIANA DA SILVA DE CARVALHO e CRISTIANO BILHAR vendem, expõem a venda e mantêm em depósito drogas, substâncias entorpecentes,



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

notadamente como cocaína, crack e maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substâncias entorpecentes que são proscritas no Brasil.

A denunciada Adriana há anos vem traficando, inicialmente com o pai de seus filhos, David Gomes de Oliveira, atualmente preso por tráfico. Com a prisão de David, Adriana começou a traficar drogas em diversos pontos, dentre os quais no local conhecido como favelinha, ao lado da casa dos trilhos do trem, em Teutônia/RS; e na última casa de 4 um beco, na vila Sabão, Fazenda São José, em Paverama/RS. Atualmente Adriana estava traficando com o auxílio de um novo companheiro, o denunciado Cristiano Bilhar (fl.7 do IP).

As informações de tráfico de entorpecentes resultaram em um mandado judicial de busca e apreensão na residência dos denunciados, culminando com a apreensão de uma bucinha de cocaína, pesando 1,4 gramas (apreendida com consumidor Rodrigo de Almeida), uma bucinha de cocaína, pesando 0,5 gramas, um papelote de maconha, pesando 0,4 gramas. Além disso, na residência foram encontrados resquícios e fragmentos de cocaína e crack em uma gaveta, bem como dois rolos de fitas crepes e diversos pedaços de plásticos rasgados, apetrechos usados no preparo e embalagem de drogas, tudo conforme Boletim de Ocorrência (fls. 2/5 APF), Certidão de Busca de Apreensão (fl. 17 – APF), Auto de Apreensão (fl. 18 APF), Laudo Provisório de Substância Entorpecentes (fls. 20-21 – APF), Auto de Prisão em Flagrante (fl. 26- AFP) e Levantamento Fotográfico (fls. 98-99 AFP).

Na oportunidade, em cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo Juízo da Comarca de Teutonia, agentes da polícia civil e militar inicialmente montaram campanha próximo à casa da denunciada Adriana, local conhecido como ponto de tráfico. Após a abordagem de alguns consumidores que confessaram ter adquirido drogas com os denunciados, foi cumprido mandado de busca e apreensão, resultando na apreensão de droga e apetrechos para o preparo, embalagem e venda da droga resultando em prisão em flagrante dos denunciados.

Acrescento que houve a condenação dos réus nas sanções dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, à pena total de 8 anos de reclusão cada, no regime fechado, e 1.200 dias-multa à razão mínima legal.

A ré Adriana, por seu defensor constituído, Dr. Sérgio Elemar Leonhardt, interpôs recurso de apelação, requerendo a absolvição por insuficiência probatória. Pediu o reconhecimento de quaisquer das nulidades



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

suscitadas nas alegações finais. Ainda, requereu o reconhecimento da minorante do art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, pediu a liberdade da recorrente (fls. 413-433)

O réu Cristiano, por seus defensores constituídos, Dr. Jorge Luiz Garcez de Souza, Dr. Giuliano de Souza Orso e Dr. Carlos Leonel Wommer, interpôs recurso de apelação, pugnando pela absolvição do recorrente de ambas as acusações e, caso mantida a condenação, seja aplicada a diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Ministério Público, no primeiro grau, pelo Dr. Jair João Franz, postulou a manutenção da condenação e, em segundo grau, em parecer da Dra. Ana Rita Nascimento Schinestsck, opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

Impõe-se, de ofício, reconhecer a nulidade da instrução, por verificar-se a quebra da imparcialidade do magistrado na audiência de instrução, conforme mídia audiovisual constante dos autos.

A primeira constatação que se faz é a diferença de tratamento conferido aos policiais e às testemunhas arroladas pela defesa e aos usuários de drogas ouvidos. Quando da oitiva de Juliano Pereira, Sandro Rodrigues, Davi Cristiano, Gustavo, Rodrigo de Almeida e Maiquel Volnei ao compromissá-los, constou a seguinte advertência: “tu tem o dever de me dizer a verdade, sob pena de responder processo por falso testemunho, se



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

eu achar que tu estás mentindo tu sai daqui direto para a Delegacia de Polícia".

Quando da oitiva dos policiais Rodrigo Queiroz, Jean Carlos, Laudinor Luiz e Vanderlei, contudo, houve apenas referência ao dever de dizer a verdade. Ainda, quando da oitiva do Delegado de Polícia Mauro nem sequer esta advertência houve, não sendo colhido, pois, o seu compromisso.

Ora, quando da inquirição das testemunhas deve o juízo tomar o compromisso – ou ouvi-las como informantes – e pode informar que, se a testemunha faltar com a verdade, **poderá** responder pelo crime de falso testemunho, conforme disciplina o art. 203 do Código de Processo Penal. Nada mais é necessário dizer. A colocação de que “se o juízo ‘achar’ que o inquirido está mentindo fará com que saia da sala de audiência ‘direto para a Delegacia de Polícia’” é indevida, porquanto intimida a testemunha. Aliás, a respeito disso há a disciplina do art. 211 do Código de Processo Penal, que estabelece que, na sentença, o magistrado poderá fazer essa consideração, caso em que determinará a remessa dos autos à autoridade policial para o inquérito policial.

No caso, insta reiterar que se tratava do primeiro depoimento em juízo (sendo que algumas das testemunhas nem na fase policial foram ouvidas) e, portanto, não havia a mínima possibilidade de concluir pela falsidade do depoimento com a simples confrontação com as declarações policiais. Seguidamente há relatos na fase policial que não se confirmam em juízo, considerando o contexto em que são colhidas as declarações policiais. No ponto, vale lição doutrinária de Guilherme de Souza Nucci:

(...) Logo, para aqueles que entendem ser cabível prisão em flagrante nesse caso, devem esperar que a testemunha assine o que declarou. Jamais deve-se dar a voz de prisão durante o depoimento, pois há possibilidade de a testemunha tornar atípica a



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

conduta que possa ter-se iniciado típica, isto é, voltar atrás na mentira que estaria a narrar<sup>1</sup>.

Por outro lado, no depoimento da testemunha arrolada pela defesa de nome Davi Cristiano houve outros dois momentos que contiveram exagero na condução. Após a testemunha aduzir que ele e o réu Cristiano eram usuários de drogas, explicando a maneira como adquiriam a droga e a compartilhavam, foi manifestada conclusão que antecipa conclusão favorável à condenação: “tá é isso que eu acabei de falar, é tráfico” (1min50seg da mídia audiovisual de fl. 337). Contudo, descabem consideração sobre o mérito da causa durante a coleta dos depoimentos em audiência. A situação retratada evidenciou, claramente, que o desfecho meritório do processo seria pela condenação dos réus, ainda durante a coleta da prova, o que efetivamente ocorreu.

Ainda, após questionamento da defesa sobre se a testemunha sabia onde o réu Cristiano ficava à noite, Davi respondeu que acreditava que ele ficasse em casa, porque falava com o réu pelo “faceboock” e “MSN”, sendo que naquela época disse que não havia tanta acessibilidade. Nesse momento, houve interrupção ao relato e pergunta “que época o que, o ano passado tu quer dizer?” E a testemunha responde “é, acho que é”. Neste momento a magistrada diz “pelo amor de Deus né”, tendo a testemunha justificado “eu não sei ao certo, não tenho como assegurar que ele estava em casa”. A julgadora responde “só não subestime a nossa inteligência, tá” e “então cuida bem das tuas respostas” (4min40seg mídia audiovisual de fl. 337). A partir de então não são feitas outras perguntas.

Ora, o julgador deve manter-se distante durante a instrução, não cabendo tecer considerações ou tirar conclusões das colocações das testemunhas ou dos réus antes do momento apropriado, que é a sentença

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1155-1156.



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

condenatória. No caso, poderia ter deixado para valorar o depoimento da testemunha na decisão da causa, abstendo-se de confrontá-la na audiência, pois isso evidencia que descrê das suas palavras naquele momento, quando ainda nem haviam sido ouvidos os réus, ou seja, quando, em tese, não teria formado a sua convicção. Além disso, também houve intimidação da testemunha, advertindo-a para “cuidar com as suas respostas”.

Por fim, quando foi interrogado o réu Cristiano, a magistrada disse-lhe que “se eventualmente o senhor confessar os fatos, o senhor com certeza receberá a atenuante da confissão e uma vez condenado a pena será menor” (40segundos da mídia audiovisual de fl. 337).

Ora, convém destacar que os atributos fundamentais que devem presidir a magistratura são a independência e a imparcialidade e que o modelo constitucional do processo penal obedece a diretrizes de um sistema acusatório que prima pela separação entre as funções de acusar e de julgar. Assim, o julgador deve figurar como representante do Estado, sendo terceiro desinteressado e equidistante, e o Ministério Público deve atuar no processo como agente acusador estatal.

Nesse sentido, não cabe ao julgador atuar a qualquer custo em busca da suposta verdade, deixando de atentar à regra mor da imparcialidade, tendo em vista que o sistema acusatório se define quanto ao fortalecimento das partes, com conseqüente redução da participação do julgador na produção da prova.

Assim preleciona Aury Lopes Júnior, tratando sobre o tema<sup>2</sup>:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retiro do juiz o papel de protagonista da instrução. Ao demarcar a separação das

---

<sup>2</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 651-655.



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.

Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que *sobrou*, *complementar a inquirição*.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci<sup>3</sup>:

**8. Procedimento do interrogante:** a autoridade que interroga deve agir com cautela, prudência e equilíbrio, estando cônica de que sua tarefa não é conseguir, a qualquer custo, a admissão de culpa do indiciado ou acusado.

(...)

Assim, resolvendo prestar esclarecimentos, não deve ser coagido, de qualquer modo, a responder o que não pretende. Tom Williamson menciona os erros mais comuns no procedimento do interrogante, que pode macular eventual confissão daí advinda: a) inaptidão do interrogante para inquirir, demonstrando nervosismo fora do comum e ânsia de buscar rapidamente a confissão, b) presunção de culpa, assumindo desde logo o inquiridor que o interrogado é culpado, c) método empobrecido de interrogar, mal sabendo o que perguntar, interrompendo a todo momento o raciocínio do indiciado ou réu e truncando a inteligência da sua exposição, **d) falta de profissionalismo para inquirir, assumindo postura agressiva, fazendo promessas indevidas e sugestionando o interrogado** (*Reflections on current Police practice, p. 110-111, in Morgan, Suspicion & silence*) (grifei).

Com efeito, prescreve o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal que a confissão espontânea da autoria do crime, perante autoridade, é circunstância que sempre atenua a pena. Destarte, entende-se

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. Ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 437.



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

como sendo espontânea a vontade livre de qualquer coação e sem qualquer motivação.

Inexiste, aliás, no sistema jurídico brasileiro o instituto da barganha, como se dá no direito norte-americano, em que se negocia a confissão em troca de pena menor. Conforme consignado acima, houve uma “promessa”, indevida, de certeza de redução da pena se houvesse eventual confissão.

Com efeito, não há falar em diminuição da pena no interrogatório, tendo em vista que esta fase processual é o momento em que o réu exerce a sua defesa pessoal e dá a sua versão direta do fato, depois de produzida toda a prova apresentada pela acusação.

Contudo, há situações em que não há possibilidade de redução de pena, na hipótese, por exemplo, de a pena-base ser fixada no mínimo legal, como ocorreu no caso dos autos (fl. 404). Como, então, reduzir a pena mínima, mesmo havendo eventual confissão, nessas condições, diante da vedação da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>. A propósito dessa impossibilidade há decisão de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Então, numa circunstância como essa, como pode o magistrado dizer, no interrogatório, que haverá certeza de redução de pena, quando, na verdade, não poderá haver nenhuma redução de pena?

E esse é precisamente o caso dos autos.

Não, há, portanto, como sustentar a condenação do réu com base na prova colhida nestes termos, cumprindo declarar a nulidade da instrução.

---

<sup>4</sup> Súmula nº 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.



DVHR

Nº 70056883572 (Nº CNJ: 0412984-87.2013.8.21.7000)  
2013/CRIME

Diante do exposto, anulo, de ofício, a audiência de instrução, prejudicada a análise de mérito do recurso. Considerando a nulidade declarada, expeçam-se alvarás de soltura na origem, se por outro motivo não estiverem presos.

**DES. JAYME WEINGARTNER NETO (REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** - Presidente - Apelação Crime nº 70056883572, Comarca de Teutônia: "À UNANIMIDADE, ANULARAM, DE OFÍCIO, A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, PREJUDICADA A ANÁLISE DE MÉRITO DO RECURSO. EXPEÇAM-SE ALVARÁS DE SOLTURA NA ORIGEM, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVEREM PRESOS."

Julgador(a) de 1º Grau: PATRICIA STELMAR NETTO