

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010161-45.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.010161-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA LANAT
ADVOGADO : FÁBIO RODRIGO PERESI
: FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS
APELANTE : Justiça Pública
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00101614520084036119 6 Vr GUARULHOS/SP

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DEFESA PRELIMINAR NÃO APRESENTADA ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DO ART. 55 DA LEI 11.343/06. .PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE CONFIGURADA.

I - Hipótese na qual ao apelante foi imputada a prática do crime de tráfico de entorpecentes, cuja denúncia foi recebida sem que o juízo lhe possibilitasse a apresentação de defesa preliminar.

II - Inobservância do procedimento previsto no art. 55 da Lei 11.343/06, que gera nulidade absoluta, e prescinde da demonstração de prejuízo, por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

III - Preliminar acolhida para anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, prejudicada a apelação do Ministério Público Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar da defesa para anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, prejudicada a apelação do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2011.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064
Nº de Série do Certificado: 44369877
Data e Hora: 27/4/2011 18:03:51

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010161-45.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.010161-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA LANAT
ADVOGADO : FÁBIO RODRIGO PERESI
: FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS
APELANTE : Justiça Pública

APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00101614520084036119 6 Vr GUARULHOS/SP

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI: Deve ser acolhida a alegação de nulidade da ação penal, após o oferecimento da denúncia, porquanto o magistrado "a quo" deixou de abrir vista ao réu para apresentação de defesa preliminar prevista no art. 55 da Lei 11.343/06.

A data da inicial acusatória (27.12.08) revela que a ação penal já se encontrava sob a égide da Lei n.º 11.343/06, publicada em 24.08.06. Entretanto, a denúncia foi recebida sem a observância do disposto no art. 55 da referida lei (fls. 48/50), que assim dispõe:

"Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas."

No caso dos autos, verifica-se que a inobservância do preceito legal foi suscitada com presteza pela defesa, em sede de alegações finais (fls. 327/359), e reiterada, agora, em preliminar de apelação.

Com a modificação do procedimento penal para a apuração dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes, a instrução criminal deve ser realizada nos moldes estabelecidos pela nova lei.

Aliás, o art. 38 da Lei n.º 10.409/02, já previa a necessidade de abertura de prazo para a apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, a todos os procedimentos em andamento durante a vigência da Lei n.º 10.409/02. Referida lei foi revogada pela Lei n.º 11.343/06, que se encontra vigente, e contém, em seu artigo. 55, a mesma regra de notificação do réu para apresentar defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória, devendo, portanto, ser respeitado o rito processual descrito nesse Diploma Legal, em obediência ao art. 2º, do Código de Processo Penal, bem como em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Não custa ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem oscilado sobre a natureza dessa nulidade (inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei 11.343/06), havendo julgados considerando-a relativa, e outros, absoluta.

Entendo, entretanto, tratar-se de nulidade absoluta, que prescinde da comprovação de prejuízo, e resulta nulidade do processo penal, desde o recebimento da denúncia, em razão da violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Nesse sentido decisão do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: PENAL. PROCESUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTS. 12 E 18, I, DA LEI 6.368/76. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART 5º, XLIII, DA CONSTITUIÇÃO.

INAFIANÇABILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFESA PRÉVIA. ART. 38 DA LEI 10.409/02. INOBSERVÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados decorre da própria inafiançabilidade imposta pelo art. 5º, XLIII, da Constituição Federal à legislação ordinária (Precedentes). II - A inobservância do rito instituído pela então vigente Lei 10.409/02, art. 38, resulta na nulidade da ação penal desde o recebimento da denúncia, inclusive (Precedentes). III - Ordem concedida de ofício" (HC 92874/SP, Rel. Min. Ricardo Levandowski, DJe-112 public 20.02.08).

No mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. RHC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DEFESA PRELIMINAR NÃO APRESENTADA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DA LEI N.º 10.409/02. PRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. DIFICULDADE DE DEMONSTRAÇÃO. NULIDADE CONFIGURADA. REVOGAÇÃO DA LEI PROCESSUAL. VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.343/2006. PROCEDIMENTO QUE DEVE SER APLICADO AO CASO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA DETERMINADA. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese na qual ao recorrente foi imputada a prática do crime de tráfico de entorpecentes, sendo que o Juízo monocrático recebeu, de pronto, a inicial acusatória, sem possibilitar a apresentação de defesa prévia.

Com a modificação do procedimento penal para a apuração dos crimes que envolvem substâncias entorpecentes, a instrução criminal deve ser realizada nos moldes estabelecidos pela nova lei.

A teor do art. 38 da Lei n.º 10.409/2002, há necessidade de abertura de prazo para a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, a todos os procedimentos em andamento durante a vigência da Lei n.º 10.409/2002, a qual foi publicada em 11/01/2002.

É prescindível a comprovação de prejuízos para justificar a anulação do processo, tendo em vista a dificuldade de demonstrá-los. Precedentes do STF.

A Lei n.º 10.409/2002, vigente à época do processamento do feito, foi revogada pela Lei n.º 11.343/2006, publicada em 24/08/2006, a qual se encontra vigente no presente momento e contém, em seu artigo 55, a mesma regra de notificação do réu para apresentar defesa preliminar antes do recebimento da peça acusatória, devendo, portanto, ser respeitado o rito processual descrito nesse novo Diploma Legal, em obediência ao art. 2º do Código de Processo Penal.

Deve ser cassado o acórdão recorrido e anulada ação penal instaurada ontra o recorrente, desde o recebimento da denúncia, inclusive, a fim de lhe ser concedida a oportunidade de apresentação da defesa preliminar, respeitando-se o procedimento estabelecido na Lei n.º 11.343/2006, com a conseqüente expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso. Recurso provido, nos termos do voto do Relator" (RHC 20821/SP, Min. Gilson Dipp, DJ 04/06/07).

No mesmo sentido, decisão monocrática proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 805807, publicada no DJe em 08.09.10, na qual ficou assentada: *"Prevalece na Sexta Turma deste Tribunal a orientação segundo a qual configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar, agora prevista no art. 55 da Lei n.º 11.343/06, por*

violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal."

Diante do exposto, acolho a preliminar suscitada pela defesa, para anular a ação penal, desde o recebimento da denúncia, prejudicada a apelação do Ministério Público Federal.

É o voto.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064

Nº de Série do Certificado: 44369877

Data e Hora: 27/4/2011 18:03:43

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010161-45.2008.4.03.6119/SP

2008.61.19.010161-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE : PEDRO HENRIQUE OLIVEIRA LANAT
ADVOGADO : FÁBIO RODRIGO PERESI
: FERNANDO GARDINALI CAETANO DIAS
APELANTE : Justiça Pública
APELADO : OS MESMOS
No. ORIG. : 00101614520084036119 6 Vr GUARULHOS/SP

RELATÓRIO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL

JOSÉ LUNARDELLI: Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Pedro Henrique de Oliveira Lanat contra a r. sentença de fls. 397/403, que julgou procedente a denúncia (recebida em 29.12.08), para condenar o acusado nas penas do art. 33, *caput*, e art. 40, inc I, da Lei 11.343/06, a uma pena de 03 (três) anos e 13 (treze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento 217 (duzentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, porque no dia 1º de dezembro de 2008, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, o acusado foi preso em flagrante delito quando desembarcava de voo procedente de Bruxelas, com escala em Lisboa, transportando para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros no exterior, 6.040g (seis mil e quarenta gramas) de SKANK, peso líquido, espécie de maconha com maior concentração de THC, substância que determina dependência física e/ou psíquica sem autorização legal ou regulamentar.

Protocolizada petição da defesa protestando pela apresentação das razões recursais em instância superior, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal (fl. 626).

Inconformado apela o Ministério Público Federal, em cujas razões (fls. 635/645-v) postula, em síntese:

a) a não incidência da atenuante da confissão do réu, pelo fato

de não ter sido espontânea;

b) a majoração do "quantum" da causa de aumento decorrente da internacionalidade para 1/3 (um terço);

c) a inaplicabilidade da causa de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ou, ao menos, a aplicação de seu patamar mínimo;

d) o reconhecimento do erro material com relação à quantidade de dias-multa estabelecido na sentença, bem assim a exasperação do valor unitário do dia-multa.

Contrarrrazões da defesa (fls. 651/667), nas quais requer o desprovimento do recurso do Ministério Público Federal.

Por sua vez, o réu, em suas razões recursais (fls. 680/699) requer, em síntese:

a) a nulidade da ação penal após o oferecimento da denúncia, porquanto o magistrado "a quo" deixou de abrir vista ao réu para apresentação de defesa preliminar prevista no art. 55 da Lei 11.343/06;

b) a aplicação da pena-base no mínimo legal;

c) aplicação da atenuante genérica prevista no art. 65, inc I, do Código Penal, porque à época dos fatos o autor contava com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

d) fixação do regime de cumprimento de pena menos severo que o fechado, vez que a conduta praticada não pode se equiparada a crime hediondo.

e) a reforma da pena de multa fixada na sentença condenatória, considerando-se *"... os parâmetros que devem ser adotados para cálculo da pena privativa de liberdade (mormente no que se refere à fixação da pena base e à aplicação da atenuante da menoridade)"*.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 701/713), nas quais requer o parcial provimento do recurso de apelação interposto pelo réu, tão somente para lhe aplicar a atenuante prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal, e o provimento do recurso do *Parquet*, para afastar a incidência da atenuante por confissão espontânea, reduzir o *quantum* da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, d Lei 11.343/06, bem como majorar o valor do dia-multa.

Petição da defesa requerendo o desentranhamento da manifestação ministerial de fls. 701/713, abrindo-se, em seguida, nova vista dos autos ao *Parquet* Federal, a fim de que ofereça nova peça de contrarrrazões, limitando-se, então, a contrariar os argumentos expostos nas razões do apelo defensivo de fls. 680/699 (fls. 727/730).

Indeferido o pleito de desentranhamento, uma vez que o parecer da Procuradoria Regional da República, na qualidade de *custos legis*, corrobora as razões recursais do órgão ministerial, disso não resultando nulidade alguma (fls. 732).

Nova petição da defesa requerendo o desentranhamento da

manifestação ministerial de fls. 701/713, abrindo-se em seguida, vista dos autos ao Ministério Público Federal para que ofereça suas contrarrazões ao apelo defensivo de fls. 680/699 e, somente após a realização de tal ato processual, possa a Procuradoria Regional Exarar seu parecer, na qualidade de *custos legis* (fls. 734/736).

Indeferido o pedido da defesa (fls. 738).

Nova vista ao Ministério Público Federal, objetivando evitar eventual nulidade (fls. 743).

Manifestação do *parquet* federal no sentido de que as contrarrazões de apelação e o parecer do Ministério Público Federal como *custos legis* se encontram em uma única peça, de forma que os argumentos apresentados no recurso de apelação foram rebatidos ao longo da manifestação acostada às fls. 701/713).

Feito submetido à revisão, conforme previsão regimental.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064

Nº de Série do Certificado: 44369877

Data e Hora: 4/2/2011 13:41:30
