

Apelo com diversos fundamentos. Nulidade da citação. Condenação fundada somente no depoimento de policiais. Vício na dosimetria da pena e outros. Desacolhimento do recurso.

3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS.

Proc. nº 13.439

Apelantes: *Adriano Bento Santana, Luiz Claudio França Ribeiro, Rone de Souza Valadares, José Carlos Damaceno da Silva, Geovane Oliveira da Silva, Ednei Matins Felicíssimo, Marcio Bezerra dos Santos, João Antonio Soares Santiago, Arlindo Augusto dos Santos, Alexandre Alves Feitosa, Marcos Antonio Ribeiro Amorim, Jorge Luiz Militão Novaes, James Correia da Silva, Ronaldo Adriano de Souza, André Luiz Araujo de Arruda, José Carlos Amorim.*

Apelado: *Ministério Público*

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Douto Procurador de Justiça

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela Promotora de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem, tempestivamente, oferecer

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

nos termos que passa a aduzir:

Insurgem-se as defesas dos recorrentes contra a brilhante sentença de fls. 502 *usque* 509, a qual os condenou pela prática do crime previsto no art. 12 c/c art. 18, inciso III da Lei nº 6.368/76.

Com a devida *venia*, a r. sentença impugnada não merece reforma, uma vez que foram comprovadas cabalmente a autoria e a materialidade dos fatos narrados na denúncia.

Sustentam as defesas, em síntese:

- a) nulidade do processo desde o interrogatório, diante da inexistência de citação dos acusados por mandado;
- b) embasamento do decreto condenatório unicamente em depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão dos réus;
- c) insuficiência da confissão do réu José Carlos Amorim para confirmar os depoimentos dos milicianos;
- d) defeito na dosimetria da pena, eis que a pena base foi fixada acima do mínimo legal;
- e) impossibilidade de majoração da pena aplicada pela infringência do art. 12 da Lei nº 6.368/76 levando em conta o art. 18, inciso III do mesmo diploma legal, por tratar-se a hipótese de mero concurso de agentes;
- f) não aplicação da Lei nº 9.714/98, com a finalidade de substituir a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos;
- g) inconstitucionalidade do regime inicial de cumprimento de pena integralmente fechado,
- h) desclassificação do delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76 para o previsto no art. 16 da mesma lei.

Permissa venia, nenhuma das teses defensivas merece acolhida, senão vejamos.

A citação é o ato processual através do qual é cientificado o réu da existência do processo, chamando-o a defender-se, querendo. A partir do art. 351, o estatuto processual penal disciplina a matéria, elencando as diversas formas de citação. Em processo penal, a citação dar-se-á por mandado ou por edital, conforme a circunstância. No entanto, preceitua o art. 360, *verbis*:

“Art. 360. Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados.”

Acerca do dispositivo legal acima transcrito, já grassaram discussões, no passado, quanto à necessidade da citação do réu preso ser efetivada por mandado. De fato, a jurisprudência entregou-se à discussão que acabou por conduzir a um entendimento tranqüilo do dispositivo em comento. Consoante a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, em seu *Código de Processo Penal Interpretado*, 7ª ed., p. 762, *verbis*:

“Citação e requisição do réu preso.

Também a citação do acusado preso exige a requisição de seu comparecimento, sem a qual, evidentemente, não lhe seria possível atender ao chamado judicial.

(omissis)

Mas é praticamente pacífico na jurisprudência que, se o réu estiver preso e for requisitado regularmente, dispensa-se sua citação por mandado. Argumenta-se que a nulidade está sanada por ter o interessado comparecido antes de consumir-se o ato, ou seja, seu interrogatório, tomando ciência da acusação (art. 570, 1ª parte).”

Acompanhando a lição acima expendida, também DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, em seu *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª ed., p. 238, assevera, *verbis*:

“Eventuais defeitos da citação.

De acordo com o STF, consideram-se sanados se o acusado comparece a juízo, é interrogado e se defende.” (RHC 56.195, DJU 19.5.78, p. 3466).

Os Tribunais pacificaram o entendimento de inexistência de qualquer nulidade capaz de justificar a anulação do processo quando o réu é requisitado, comparece, é interrogado, não decorrendo daí qualquer prejuízo para ele, eis que esteve presente ao ato processual. Importante se torna trazer à colação decisões várias que demonstram a insubsistência da tese defensiva.

“Com a presença do acusado em juízo, fica superada a eventual falha na sua citação e na intimação para interrogatório judicial, pouco importando tratar-se de réu preso.” (RJDTACRIM 38/369).

“Mais conforme a garantia constitucional da ampla defesa que a citação do réu preso seja feita por mandado. A falta de citação, porém, fica suprida, se o réu é requisitado, toma conhecimento da acusação, e não alega prejuízo.” (JTACRESP 75/100).

“Habeas corpus. Requisição. Art. 360 do CPP. Suprimento da falta de citação. Reiteração do pedido.

1. O entendimento pretoriano se direciona no sentido de que a requisição, nos moldes do art. 360, do Código de Processo Penal, supre a falta de citação por

mandado, quando não verificado prejuízo para a defesa que não levanta qualquer embaraço ou tropeço impossibilitando o acusado de oferecer sua versão durante o interrogatório.

2. *omissis*

3. *omissis*." (STJ, 6ª Turma. HC 11360/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. *DJ*. 22/05/2000, p. 00143).

"Processo Penal. Réu preso. Citação. Prescindibilidade.

1. Para o réu preso, a citação é prescindível, bastando a requisição para o interrogatório, quando obrigatoriamente será cientificado da acusação (arts. 360 e 188 do CPP)." (STJ, 6ª Turma. REsp 57583/SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. *DJ*14/08/2000, p. 00209).

"Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Tráfico. Citação. Requisição de réu preso.

Ressalvada a demonstração de prejuízo (art. 563, CPP), a requisição do réu para interrogatório supre eventual lapso na citação por mandado. Não há que se reconhecer, de imediato, nulidade.

Recurso desprovido." (STJ, 5ª Turma. RHC 9674/SP. Relator Min. Félix Fischer. *DJ*18/09/2000, p. 00141).

Também a Suprema Corte brasileira agasalhou tal entendimento, havendo torrencial jurisprudência no sentido do ora sustentado, da qual se destacam os seguintes exemplos, *verbis*:

"Citação. Réu preso. Requisição ou mandado.

A discussão em torno da necessidade de citação por mandado do réu preso, requisitado à direção do Presídio, perde relevo se o denunciado compareceu ao interrogatório, sem argüir nulidade de seu chamamento a juízo."

STF. 1ª Turma, HC 68272/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence. *DJ*26/10/90, p. 11979.

"Penal. Habeas Corpus. Citação. Réu preso. Prazo para interrogatório. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

A alegação de nulidade da citação com o pedido de requisição do réu preso, está superada pelo

comparecimento em juízo, onde foi constatada a desnecessidade de adiamento do interrogatório.

A designação do interrogatório para a mesma data em que expedida a requisição não afeta o direito de defesa do acusado, seja porque não existe na lei processual exigência de interregno (HC nº 69.350), seja porque, preso há quase um mês, não poderia causar surpresa o fundamento da acusação, que é antecipado, em linhas gerais, pela nota de culpa ou pelo mandado, em caso de preventiva, possibilitando assim, a elaboração de um esboço de autodefesa ou mesmo de defesa técnica para oferecimento em juízo. Ademais, a celeridade na fixação do interrogatório atendeu ao próprio interesse do acusado, que se encontrava preso.

Habeas Corpus indeferido." (STF. 1ª Turma, HC 71839/MG. Relator Min. Ilmar Galvão. DJ25/11/94, p. 32302).

As decisões acima trazidas adequam-se precisamente ao caso dos presentes autos. Os acusados foram requisitados regularmente à Autoridade Policial, apresentados e prestaram suas declarações, sem que qualquer cerceamento de defesa ocorresse. Estiveram eles livres para apresentar suas versões do fato, e o fizeram, aparentando estarem todos eles muito bem preparados para responder às perguntas formuladas, eis que a mesma estória fantasiosa foi narrada pela maioria deles, não havendo argüição de nulidade no momento próprio, que foi o do próprio interrogatório, escorreito, portanto, conforme estabelece o art. 570 do Código de Processo Penal.

"Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüí-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte."

Ultrapassada a nulidade argüida, temos que os depoimentos prestados por policiais merecem tanto crédito quanto aqueles prestados por qualquer pessoa, não podendo receber a pecha de imprestáveis à convicção do julgador. Aliás, o sistema adotado pelo direito processual penal pátrio é o da livre convicção ou da persuasão racional, insculpido no art. 157 do CPP, *verbis*:

"Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova."

Com relação ao sistema adotado, nos ensina PAULO RANGEL, em seu *Direito Processual Penal*, 3ª ed., p. 307, *verbis*:

“O sistema da livre convicção ou da persuasão racional faz com que o magistrado somente condene nas provas contraditas, ou seja, aquelas que foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório, impedindo, assim, a chamada condenação com base em “*provas*” do inquérito policial.”

É este o caso *sub examen*. A prova foi produzida sob o crivo do contraditório, livre de vícios, possibilitando, com isso, a cristalização da convicção do Magistrado.

Aliás, a Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se a esse respeito, ao analisar o REsp 162022/GO (1998/0001308-3), em decisão da lavra do Rel. Min. Vicente Leal, de 16/04/1999, com o seguinte teor:

“Processual Penal. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Prova. Testemunho policial. Idoneidade.

É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com a plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante.

A confissão extrajudicial, mesmo sendo negada em juízo, tem valor probante quando em sintonia com a versão dada por outros meios de prova.

Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.”

Também a Corte Suprema brasileira posiciona-se na esteira do mesmo entendimento, conforme se depreende de decisão da lavra do ínclito Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, em HC-73529/SP, de 28/05/1996, In DJ06/09/96, p. 31852:

“...
Sentença - Prova - Flagrante - Depoimento dos policiais.

Na hipótese de prisão em flagrante, exsurge com inegável valia o depoimento dos agentes policiais.

Votação: Unânime.”

Dessarte, é de reconhecer-se a existência de posicionamento jurisprudencial minoritaríssimo, contrário à validade dos depoimentos prestados

por policiais. A verdade é que a doutrina e a jurisprudência amplamente majoritárias indicam na direção da validade e lisura das referidas declarações.

Insurge-se ainda a Ilustre Defesa quanto à não aplicação do art. 44 do Código Penal, alterado pela Lei nº 9.714/98. Melhor sorte não lhe assiste.

A referida norma introduzida pela Lei nº 9.714/98 acompanha a tendência do direito penal moderno, voltada para a necessidade de buscar-se a aplicação da pena privativa de liberdade apenas para os crimes que realmente causem séria afronta à sociedade, violando bens jurídicos que apresentam vital importância para a integridade social.

Cumpre salientar que, no caso em tela, o crime praticado pelo réu foi o de tráfico ilícito de entorpecentes, crime considerado hediondo pela Lei nº 8.072/90, eis que atinge frontalmente a saúde pública, atentando ainda contra a manutenção dos valores ético-sociais, tão importantes para o progresso de uma nação, proporcionando a desagregação e a deterioração do tecido social.

Fácil perceber, *concessa venia*, o grau de lesividade da conduta praticada, levando o intérprete do Direito à única conclusão possível, ou seja, a inviabilidade da pretensão defensiva, eis que não há como aplicar-se uma norma elaborada pelo legislador, com a finalidade despenalizadora, a crimes que se constituem em terrível flagelo social. Não é essa a *mens legis*. Demais disso, importante frisar que a Lei nº 8.072/90 inovou na ordem jurídica, justamente com a finalidade de punir mais severamente crimes que causassem repúdio social, elencando-os de forma taxativa, autorizada que estava pela Magna Carta, em seu art. 5º, inciso XLIII.

Ademais, forçoso reconhecer, o art. 44 do Código Penal traz uma regra geral, que não tem o condão de revogar norma especial. A Lei de Introdução ao Código Civil, viga mestra do Direito Brasileiro, em seu art. 2º, § 2º, estabelece, *verbis*.

“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º....

§2º *A lei nova, que estabeleça disposições gerais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*” (grifo nosso).

A doutrina é tranqüila quanto à interpretação da lei no tempo, sendo de importância trazer à colação dois renomados juristas e suas obras, senão vejamos:

“...Essa coexistência não é afetada, quando o legislador vote disposições especiais a par das gerais, ou disposições especiais a par das já existentes, porque

umas e outras não se mostram, via de regra, incompatíveis." In *Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 84, 19ª ed., CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. (grifos desta promotora).

"O princípio norteador do tema é de que, em princípio, regra geral não revoga regra especial, bem como norma especial não revoga norma geral. Nesse sentido dispõe o § 2º do art. 2º da LICC." In *Introdução ao Direito Civil*, vol. I, p. 272, 1ª ed., J. M. LEONI DE OLIVEIRA.

A jurisprudência já assentou entendimento nesse sentido, como se depreende do v. aresto proferido pela Suprema Corte brasileira, *verbis*:

"Habeas Corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. (Lei nº 6.368/76). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei nº 9.714/98): Inaplicabilidade.

1. O preceito ínsito no art. 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei nº 6.368/76, visto tratar-se de lei especial.

2. A pena privativa de liberdade por crime previsto na lei de tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente em regime fechado em face da Lei nº 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.

3. *Habeas Corpus* indeferido. (HC-79567/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ em 03/03/00. Unânime.)"

Na esteira desse entendimento, no mesmo sentido já se pronunciou por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça, especialmente, dentre várias, em decisões com o seguinte teor:

"Penal. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 e seguintes do Código Penal (Lei nº 9.714/98). Impossibilidade.

1. A Lei nº 9.714/98 introduzindo modificações nos arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos, que têm regulamentação específica (*lex generalis non derogat specialis*), daí porque o

condenado por tráfico (art. 12 da Lei nº 6.368/76), não tem o direito ao benefício.

Precedentes do STF e desta Corte.

2. Ordem denegada." (HC 12625/PR, *Habeas Corpus* (2000/0024042-7), rel. Min. Fernando Gonçalves, in *DJ* 14/08/2000, p. 00209).

"Tráfico de entorpecentes. Condenção. Pena alternativa.

1. A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei nº 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do art. 12 do próprio diploma penal material brasileiro. ("*As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.*")

2. A pretensão de reexame de prova é estranha à via estreita do *habeas corpus*.

3. Ordem denegada." (HC 11572/SP; *Habeas Corpus* (1999/0117981-5), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, in *DJ* 14/08/2000).

"Penal. Tráfico de drogas. Crime hediondo (Lei nº 8.072/90). Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (Lei nº 9.714/98). Impossibilidade.

1. A Lei nº 9.714/98, que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade não se aplica aos crimes hediondos definidos na Lei nº 8.072/90, dentre os quais o tráfico de drogas, em atenção à especialidade deste último diploma legal.

Precedente desta Corte.

2. Ordem denegada." (HC 11126/SP; *Habeas Corpus* (1999/0098489-7), Rel. Min. Vicente Leal, in *DJ* 21/08/2000, p. 00173).

Também o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se pronunciou, firmando posição na esteira do entendimento dos Tribunais Superiores, qual seja, *verbis*:

"Tráfico ilícito de entorpecente. Condenação. Substituição. Pena restritiva de direitos. Inexistência. Constrangimento ilegal. Art. 44 C.P.

Se a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XLIII, considera o crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, ao lado dos a ele equiparados e aos hediondos, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia;

Se a Lei nº 8.072/90 (dos Crimes Hediondos), seguindo a esteira da Lei Maior, proíbe qualquer forma de liberdade provisória, determinando o cumprimento da pena em regime integralmente fechado;

Se, no curso do processo, por estar sendo o agente acusado de prática de infração gravíssima, deve ser mantido preso, e quando condenado, seria um contra-senso colocá-lo em liberdade. E de certo, esta não foi a vontade do legislador que conflitaria com a Lei Maior, que considera tais infrações de maior potencial ofensivo e praticadas por agentes, que, ao realizá-las, normalmente atuam com exacerbada culpabilidade e causando, via de regra, conseqüências socialmente desastrosas;

Se, por outro lado, a pretendida substituição da pena fosse compatível com a natureza da infração, para o exame da possibilidade de sua concessão seria necessária a verificação dos pressupostos subjetivos, incabível nos estritos limites do *habeas corpus*.

Não há que se falar em constrangimento ilegal. (HC 2524/98 - Em 25/03/99 - 7ª Câmara Criminal. Unânime. Des. Giuseppe Vitagliano. Ementário Criminal nº 20/99. DO 30/06/99, p. 256).

“ Tráfico ilícito de entorpecente. Substituição da pena. Pena restritiva de direitos. Prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade. Lei n.º 9.714, de 1998. Inaplicabilidade.

Crime de tráfico de drogas. Decisão que substitui pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos, constitui, além de flagrante ilegalidade, carência de bom senso, na medida em que possibilita ao traficante dar continuidade à sua ação deletéria em hospitais, escolas e orfanatos, *ex vi* do art. 46 do Código Penal. Inaplicabilidade da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos ou a eles assemelhados. Provimento do recurso Ministerial. (AC 1771/1999 - Reg. em 02/09/

1999. Julg. 22/06/99. (Ementário Criminal 28/1999,
DO. 22/09/99).

A própria sentença condenatória reconheceu que o regime de cumprimento da pena será o integralmente fechado, em função de imposição legal.

Congruente com o exposto, mais o que consta dos autos, provada a autoria e a materialidade do crime imputado e infundadas as razões invocadas pela Douta Defensora do apelante, requer o Ministério Público seja conhecido e negado provimento ao apelo, e que seja prolatado acórdão no mesmo teor da condenação monocrática, por questão de fiel e íntegra JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2000.

DENISE DE MATTOS MARTINEZ GERACI
Promotora de Justiça