

*Apelo contra a vontade do réu. Conhecimento.  
Prevalência da manifestação recursal levada a  
efeito pela defesa técnica*

*Tribunal de Justiça  
Apelação Criminal nº 1981/96*

**Apelante:** Lindomar Moraes dos Santos

**Apelado:** Ministério Público de 1º Grau

I - Recurso Criminal. Direito de recorrer. Pressuposto de admissibilidade de intervenção recursal. Réu condenado no art. 12, da Lei nº 6.368/76 que, **intimado** da sentença, manifestou desejo de não apelar da reprimenda. Apelação, não obstante, interposta pela Defensoria Pública do Juízo com devolução da causa ao Tribunal *ad quem*. Preliminar de não conhecimento do apelo defensivo suscitado pela Promotoria de Justiça sob o fundamento de que, tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa a defesa apelar contra a vontade do réu. Prefacial improcedente. Faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído, visto que o princípio da mais ampla defesa no pleito criminal se desdobra em duas vertentes: "a autodefesa ou defesa pessoal, desempenhada pelo próprio acusado, e defesa técnica, realizada pelo Defensor escolhido ou nomeado que, na realidade de técnico em Direito, tem condições de aquilatar quais as medidas mais favoráveis que devem ser tomadas em favor do patrocinado" (RT 638/317). Por outro lado, nunca é demais lembrar que é o órgão da administração da justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, garantia da proteção da própria sociedade (STF, HC 72.573-2, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF nº 22, in DJERJ de 27.8.96, p. 4). Ressai do texto constitucional o entendimento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133), cabendo ao profissional do Direito a atividade privativa da postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados especiais (Art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04.07.94). No caso dos autos acresce, ainda, o fator de que o acusado, à época da renúncia ao seu direito subjetivo de apelar da sentença, era pessoa relativamente incapaz, porque menor de vinte e um anos de idade, o que impunha fosse intimado do *decisum* acompanhado de curador. Preliminar de não conhecimento do recurso que se afasta,

para que seja julgado o inconformismo da defesa. Inteligência dos artigos 564, 576 e 578, do Código de Processo Penal. *Tráfico de drogas em associação* (Artigo 12 e artigo 18, III, da LT). Apelo da defesa objetivando a absolvição do recorrente pelo crime de que se trata, com pedido alternativo para a desqualificação do tipo para a conduta prevista no artigo 12, *caput* da Lei específica. Autoria e materialidade do crime cumpridamente demonstradas no processo, sendo impositiva a condenação do acusado. Quanto à qualificadora do tipo, não pode subsistir, posto que o que se tem em vista é a existência de concurso ocasional ou visando a menores de vinte e um anos, e não a co-participação destes à prática do crime, mas sim a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo. Cf. TASP, Ap. 169.613, 08.11.1977, Rel. Juiz Adalberto Spagnulo, *Apud* Vicente Greco Filho, *Tóxicos-Prevenção-Repressão*, Ed. Saraiva, 7ª ed., 1911, p. 129, nota ao rodapé. Acolhida em parte do apelo para os fins deduzidos na tese alternativa da irresignação defensiva.

II - Parecer da Procuradoria de Justiça orientado no sentido da rejeição da preliminar argüida pela Promotoria de Justiça, conhecendo-se do apelo e, no mérito, por seu provimento parcial para condenar o réu na forma do artigo 12, da Lei nº 6.368/76, às penas mínimas previstas para o tipo, confirmando-se no mais a r. sentença contestada.

## PARECER

### *Egrégia Câmara:*

I. *Lindomar Moraes dos Santos* foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal Regional de Jacarepaguá, nesta Capital, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão e 66,66 (sessenta e seis inteiros e sessenta e seis centésimos) dias-multa, no v.u.m., a serem cumpridas integralmente em regime fechado pela transgressão do artigo 12, c.c. o artigo 18, inc. III, da Lei nº 6.368/76, em sentença exarada pelo eminente e culto Juiz Dr. Orlando de Almeida Secco (v. Fls. 36/38).

Intimado pessoalmente, o réu manifestou desejo de **não recorrer** da sentença consoante **termo** nos autos (v. Fls. 76). A Defensoria Pública do juízo, entretanto, interpôs **tempestivamente** apelação contra o decisório, sustentando, preliminarmente, a admissibilidade da impetração, sob o enfoque de que a renúncia do réu ao apelo não impede o seu exercício pela defesa técnica, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa. Tal posicionamento vem ilustrado por decisões extraídas do Pretório Maior (v. Fls. 78/79). Quando da digressão recursal, sustenta a ilustrada Defensora Pública, Dra. Ângela Haussman, que a prova dos autos é precária para assentar o juízo de reprimenda, com base exclusivamente em depoimentos de policiais. Não atua o órgão policial *inter partes* e, sim *como parte*. No que refere à

agravante qualificadora da associação do inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76, predomina o entendimento de que não se equipara à co-autoria, posto que uma “associação” descarta necessariamente a eventualidade, sendo imprescindível o *ajuste prévio*, o que não restou demonstrado pelo Ministério Público (v. Fls. 81/82).

A Promotoria de Justiça, em resposta subscrita pelo digno e culto Dr. Carlos Augusto Borges, argüi *preliminar de não conhecimento* do apelo porque, tratando-se de direito renunciável, que é o de ofertar ou não sua contrariedade através do recurso, não se vê como possa apelar contra a vontade do réu. A d. Promotoria de Justiça adorna o seu pronunciamento com magistério de *Júlio Fabbrini Mirabete* na sua festejada obra *Processo Penal*, Ed. Atlas, 3ª ed., 1994, pág. 612. Sustenta, por derradeiro, carecer a Defensoria Pública de legitimidade para a interposição do recurso ora alvejado, posto que em contrariedade com a manifestação da vontade do réu. No mérito, refere que a condenação do r. apelante encontra suporte na certeza da prática de ato mercatório de substância entorpecente, que resai não somente das declarações dos testemunhos de policiais, mas de um conjunto de indícios e circunstâncias concludentes aptas a impor a verossimilhança da fala policial. Prestigia o reconhecimento da agravante posta em relevo na sentença, eis que associação do inciso III, do artigo 18 se caracteriza quando é eventual, decorrendo de reunião ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura (RSTJ 13/267, RSTJ 30/298 e RSTJ 30/267). Arremata o dr. Promotor de Justiça, nos termos da preliminar lançada, *não seja conhecido* o apelo, e, no mérito, que seja negado provimento, com a total confirmação do decisório monocrático (v. Fls. 86/92).

Esses os fatos dignos de menção à conta de relatório (artigo 43, III, da Lei nº 8.625/93).

**II.** Cuidam os presentes autos do processo de réu condenado no artigo 12, da Lei nº 6.368/76 e que, intimado da sentença, manifestou desejo de não apelar da reprimenda (v. Fls. 76). Inobstante isso, houve apelação interposta pela Defensoria Pública do Juízo, com devolução da causa ao Tribunal *ad quem*. A d. Promotora de Justiça suscitou preliminar de *não conhecimento* do apelo defensivo sob o fundamento de que, tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa a defesa apelar **contra a vontade do réu**. Embora respeitando a posição denunciada pelo ilustrado dr. Promotor de Justiça, uma das melhores figuras do órgão ministerial, ousamos divergir. Trata-se, na hipótese, de faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído, visto que o princípio da mais ampla defesa no pleito criminal se desdobra em duas vertentes: “(...) a autodefesa ou defesa pessoal, desempenhada pelo próprio acusado, e defesa técnica, realizada pelo defensor escolhido ou nomeado que, na realidade de técnico em Direito, tem condições de aquilatar quais as medidas mais favoráveis que devem ser tomadas em favor do patrocinado”. (TASP, RSE 548.947, 8ª Câmara Criminal, em 08.12.1988, Rel. Juiz Silva Pinto, “Revista dos Tribunais”, v. 638/317. Nesse sentido é a orientação de majoritária corrente jurisprudencial. CF. “Revista dos Tribunais” vols. 520/423, 538/371, 543/363, 545/379, 554/379, 597/289, 602/365, 614/321, 617/257, 628/

316, 639/285; “Jurisprudência do Tribunal de Justiça”, Ed. *Lex*, v. 174/346; RJDТА-CRIMSP, vols. 6/58, 6/59 e 9/65; “Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo”, Ed. *Lex*, vols. 39/270, 62/34 e 75/231; STF: “Revista dos Tribunais”, v. 629/391; “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vols. 103/1.046 e 115/157; STJ: “Revista do Superior Tribunal de Justiça”, v. 42/88-90, etc. O Excelso Pretório, dissecando a matéria, decidiu que

“*Habeas corpus*. Apelação interposta por Defensor Público, que não foi conhecida, por falta de legitimidade para o recurso, tendo em conta que o réu, ao tomar ciência da sentença, sem assistência do Defensor Público, afirmou que dela não recorreria. Intimação do Defensor Público, realizada posteriormente, vindo a interpor o recurso, por considerá-lo aconselhável aos interesses do acusado (...). A declaração do réu, feita sem a assistência do defensor, no sentido de que não deseja recorrer da sentença condenatória, não deve, por si só, produzir efeitos definitivos. O Defensor Público não só pode como deve esgotar, a favor do réu, todos os recursos legais que garantam ampla defesa. Sem assistência do defensor, nem sempre o réu está plenamente capacitado a avaliar as possibilidades de sua defesa. *Habeas corpus* deferido para que, afastada a preliminar de ilegitimidade do Defensor Público, julgue o Tribunal indigitado coator a apelação do réu como entender de direito”. (HC nº 70.444-1/130-RJ, ac. un. da 2ª Turma, em 29.03.1994, Rel. Min. Néri da Silveira, in “Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, Ed. *Lex*, v. 193/316.)

Mais recentemente a Suprema Corte ratificou tal exegese. Cf. RECRIM nº 188.703-SC, ac. un. da 2ª Turma, em 04.08.1995, Relator, Min. Francisco Rezek, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, v. 156/1.074.

Por outro lado, nunca é demais lembrar que o advogado é órgão da administração da Justiça e não mero representante dos interesses do acusado. Isto porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo, assim, plena garantia de proteção da própria sociedade. (Cf. STF, Informativo STF nº 22, in DERJ de 27.08.96, HC nº 72.573-2, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio). Ressai do texto constitucional o entendimento de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, Artigo 133), cabendo ao profissional do Direito a atividade privativa de postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais (Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da OAB). Para uma exata compreensão da matéria, cf. **Ada Pellegrini Grinover e alii**, in *Recursos no Processo Penal*, Ed. RT, 1996, págs. 42/43; *As nulidades no Processo Penal*, Malheiros Ed., 2ª ed., 1992, pág. 179. No caso dos autos, acresce ainda o fato de o acusado, à época da renúncia ao seu direito subjetivo de apelar da sentença, era *pessoa relativamente incapaz*, porque menor de vinte e um anos de idade, o que impunha fosse *intimado* da sentença acompanhado de *curador* (v. fls. 05,06, *infra*, 12/14, 29 e 76). Menor de vinte e um anos de idade não mantém o réu *compus sui* a faculdade de decidir sozinho a importante questão de saber da conve-

niência de apelar ou não do decreto sancionatório. Não é a toa que a **Súmula** nº 144 das Mesas de Processo Penal da Universidade de S. Paulo assinala que “O menor de vinte e um anos de idade é relativamente incapaz para os atos do processo e só pode renunciar ao direito de apelar em termo próprio assistido pelo curador”. A melhor interpretação dos artigos **574**, **576** e **578**, do Código de Processo Penal está assentada na corrente pretoriana e doutrinária a sustentar que no confronto entre a vontade do defensor que apela e a do condenado que não deseja apelar, prevalece a do advogado do réu. Por essas razões, somos em que a preliminar de *não conhecimento* do recurso deve ser afastada, para que se possa julgar o inconformismo da defesa.

**III.** Quanto ao mérito, vemos que o apelo da defesa objetiva a *absolvição* do recorrente pelo crime de que se trata, com aceno alternativo para a desqualificação da conduta do réu para a forma do artigo 12, *caput* da lei específica. *Data venia* da honrada e talentosa Defensora Pública, o pedido de absolvição não pode prosperar. A *autoria* e a *materialidade* do crime estão cumpridamente demonstradas no processo, aquela pelos depoimentos firmes, coerentes e sintônicos dos policiais que efetuaram o flagrante do acusado (Fls. 03/06 e 47/48), e esta através a juntada do auto de apresentação e apreensão, do laudo prévio e do laudo pericial de substância entorpecente (Fls. 02, 03 e 53). Mas, quanto à qualificadora do tipo, assiste razão à nobre Defensora, eis que não pode subsistir essa causa de majoração da pena porque o que se tem em vista é a existência de concurso ocasional ou visando a menores de 21 anos, e não a co-participação destes à prática do crime, mas sim a das pessoas a quem o agente entrega a substância entorpecente para consumo. Cf. TASP, Apel. 169.613, em 08.11.1977, Rel. Juiz Adalberto Spagnulo, *apud Vicente Greco Filho, in Tóxicos, Prevenção-Repressão*, Ed. Saraiva, 7ª ed., 1991, pág. 129, nota ao rodapé. Esses os motivos por que entendemos deva ser acolhido o apelo para os fins deduzidos na tese alternativa da irresignação.

Nessas condições, e em face do que ficou exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça se orienta no sentido da *rejeição* da *preliminar argüida* pela Promotoria de Justiça, conhecendo-se do apelo e, no mérito, por um provimento parcial para condenar o réu na forma do art. 12 da Lei 6.368/76, às penas mínimas previstas para o tipo, confirmando-se, no mais, a r. sentença contestada.

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 1996.

**Luiz Brandão Gatti**  
Procurador de Justiça