

NO PROCEDIMENTO DA LEI DE DROGAS, O INTERROGATÓRIO É O PRIMEIRO ATO DA AUDIÊNCIA – SUA INVERSÃO É LEGAL OU NÃO?

THE PROCEDURE OF DRUG LAW, THE INTERROGATION IS THE FIRST ACT OF HEARING - YOUR INVESTMENT IS LEGAL OR NOT?

¹JUNIOR-MARTINS, D.; ²CRUZ, C.M.

¹Graduando em Direito - Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM

²Graduado em Direito - Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM

RESUMO

O presente artigo tem o intuito de clarificar as controvérsias decorrentes entre os ritos do artigo 400 do Código de Processo Penal e o artigo 57 da Lei 11.343/2006, tratando sobre a (in)possibilidade de na prática ser mantida a regra geral do artigo 400 do Código de Processo Penal onde o réu deve ser ouvido somente após a inquirição das testemunhas, e se a aplicação da regra geral seria uma forma de contrariar o texto expresso no artigo 394 §2 do Código de Processo Penal. A pesquisa de base qualitativa utilizou-se da entrevista semi-dirigida mediada por questão estimuladora sobre a temática, com um advogado integrante da Comarca de Ourinhos e atuante na esfera criminal, principalmente, nas situações de envolvimento com drogas. Os dados obtidos indicam que é possível substituir o rito previsto na Lei especial, pelo rito previsto na forma geral, já que pode ser considerado em tese, conforme já tratado, mais benéfico ao réu, porém, para tal alteração entende-se necessário a anuência da defesa e da acusação, onde sendo aceito em audiência, nenhuma das partes poderá invocar como matéria a ser discutida em 2ª instância.

Palavras-chave: Interrogatório. Legalidade da Inversão. Lei de Drogas.

ABSTRACT

This article aims to clarify the controversies arising between the rites of Article 400 of the Code of Criminal Procedure and Article 57 of Law 11,343 / 2006, dealing on the (in) ability to practice the general rule of Article 400 be maintained of the Code of Criminal Procedure which the defendant should be heard only after the examination of a witness, and if the general rule would be a way to counteract the express text of Article 394 § 2 of the Code of Criminal Procedure. The basic research we used the qualitative semi-structured interview-mediated stimulatory question on the subject, with a member of the District Attorney of Ourinhos, SP and active in the criminal sphere, especially in situations of drug involvement. The data indicate that it is possible to replace the rite prescribed in special Act, by the rite provided in general, since it can be considered theoretically as already treated more beneficial to the defendant, however, for such change is necessary to understand the consent the defense and the prosecution where being accepted in court, either party may invoke the matter to be discussed at the 2nd instance.

Keywords: Interrogation. Legality of Inversion. Law of drugs.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/2006 que tipifica os delitos envolvendo drogas, além de prever os crimes, refere-se ao procedimento ou, ao também chamado rito, que deverá ser observado pelo juiz na referida situação.

Desta forma o artigo 57 desta Lei, coloca o interrogatório do réu como primeiro ato a ser realizado na audiência de instrução, debates, interrogatório e julgamento, diferentemente do previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal. Este artigo foi alterado no ano de 2008, pela Lei 11.719 e postula que o interrogatório deve ser realizado após a inquirição das testemunhas e da realização das demais provas. Portanto, o interrogatório deixou de ser o primeiro ato de uma audiência de instrução para o último da mesma (GOMES; DONATI, 2014, p. 1).

Em contrapartida, a Lei 11.343/2006, em seu artigo 57, prevê que, em uma audiência de instrução e julgamento, o interrogatório do acusado deve ser realizado antes da inquirição das testemunhas. Em suma, o interrogatório se localiza como o primeiro ato da audiência de instrução.

Diante de tais postulamentos, o presente artigo objetiva discutir acerca da legalidade da inversão do interrogatório em audiências de delitos envolvendo drogas.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir do acervo bibliográfico consultado, bem como pelos dados coletados em campo, constatou-se que é mais favorável ao réu ser interrogado após a oitiva das vítimas, pois o relato trazido pelas testemunhas pode contribuir para a alteração da versão dos fatos que serão apresentados e, assim, contribuir de maneira positiva em favor ao réu. Se, por exemplo, a testemunha não apontá-lo como autor do crime poderá sustentar a negativa ou escolher o silêncio, entretanto, entendendo que as testemunhas foram claras em incriminá-lo, ao réu será mais vantajoso confessar e obter a atenuação da pena. Assim sendo, a regra do artigo 400 do Código de Processo Penal é mais favorável ao réu do que a previsão do artigo 57 da Lei 11.343/2006 (MARCÃO, 2014).

Ainda segundo o referido autor, o fato de a Lei 11.719/2008 ser posterior à Lei de Drogas, surgiu uma corrente na doutrina defendendo que o artigo 57 foi derogado e que, também no procedimento da Lei 11.343/2006, o interrogatório deveria ser o último ato da audiência de instrução. Essa tese não foi acolhida pela jurisprudência. O posicionamento que tem prevalecido no STJ e STF, é que a regra do artigo 57 da Lei 11.343/2006 prevalece sobre a regra geral do Código de

Processo Penal, sendo legítimo o interrogatório do réu antes da oitiva das testemunhas no rito da Lei de Drogas.

Assim, resguardando a devida ética, verifica-se a consonância nos julgados abaixo:

HABEAS CORPUS Nº XXX.XXX-MG
IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE: S. M.

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OITVA DO RÉU ANTES DAS TESTEMUNHAS. LEGALIDADE. RITO ESPECIAL PREVISTO NA LEI N.º 11.343/06. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Para o julgamento dos crimes previsto na Lei n.º11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório na audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra de especialidade (art. 394, §2º, segunda parte, do Código de Processo Penal).

2. Ordem de habeas corpus denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar ordem. Os Srs. Ministros Jorge Musi, Marco Aurélio Belize, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynrd (Desembargadora convocado TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA

ASSOCIAÇÃO. (1) WRIT IMPETRADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL.

IMPROPRIEDADE. (2) PLEITO ABSOLUTÓRIO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. (3) INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA

INSTRUÇÃO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (4) ALEGAÇÕES DE INTERCORRÊNCIAS NA AUDIÊNCIA, ATIPICIDADE E ILEGALIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INSTRUÇÃO DA ORDEM. DEFICIÊNCIA. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. (5) CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. (6) ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. No contexto de racionalização do emprego do habeas corpus, é inadmissível a sua utilização como sucedâneo recursal.
2. Não é viável o manejo do writ a fim de se obter a absolvição, dada a necessidade de dilação probatória.
3. Ao contrário do que ocorre no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), no especial rito da Lei 11.343/2006, o interrogatório é realizado no limiar da audiência de instrução e julgamento.
4. As alegações de intercorrências em audiência, atipicidade e ilegalidade em interceptação telefônica demandam acurado exame de essenciais peças que aparelharam a persecução penal. Não tendo sido carreadas aos autos tais elementos, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao impetrante tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.
5. Havendo condenação pelo crime de associação para o tráfico, verifica-se a incompatibilidade do reconhecimento da minorante do parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/2006.
6. Ordem não conhecida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da

SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz.

Ementa

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS. QUESTÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – Se o paciente foi processado pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos artigos. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). IV – No tocante à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, as instâncias anteriores entenderam de modo diverso quanto ao preenchimento dos requisitos exigidos no referido diploma legal, de modo que a questão posta não é passível de ser decidida em sede de habeas corpus, por demandar o revolvimento de elementos fático-probatórios. V - Ordem denegada.

Decisão

A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 13.05.2014.

Apesar de tal tese não ter sido acolhida pela jurisprudência não significa que ela tenha sido descartada. Ao observar a prática forense nos tribunais, é possível constatar que alguns Magistrados *a quo*, busca-se valer da interpretação que o disposto na forma geral, ou seja, no artigo 400 do Código de Processo Penal, por ser mais benéfica, acaba sendo utilizada, caso o réu queira. Na Comarca de Ourinhos, por exemplo, e mais precisamente na 2ª Vara Criminal, presidida pela

MM. Juíza de Direito Dra. Renata Ferreira dos Santos, tal possibilidade de inversão processual vem ocorrendo após consulta com a defesa e acusação.

Como posto ao norte, em tese tal inversão seria mais benéfica pelas razões expostas, no entanto na prática, esta pode distorcer a verdade real dos fatos segundo o advogado criminalista que fora ouvido para a realização desta pesquisa, enquanto outros advogados entendem que não há prejuízo em tal inversão. Tudo porque deixando-se o interrogatório do Réu para o final, ou seja, alterando-se a regra poderá haver uma falsa confissão para não se correr o risco de ter a pena agravada.

Tal medo se dá por muitas vezes usuários de drogas, serem acusados inicialmente pela pratica do crime previsto no artigo 33 “caput” da Lei 11.343/2006, onde o correto e razão de justiça seja que a Ação seja Julgada parcialmente procedente para desclassificar o ilícito para o previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal, e tal inversão, a qual permite principalmente policiais na qualidade de testemunhas de acusação serem ouvidas antes e na frente do réu, estes podem ficar inibidos e receosos, até porque o momento que tinham para se consultarem com seus defensores, já ocorreu, ou sejam antes do inicio da audiência.

Como exemplo, pode-se citar a situação em que o réu fora flagrado com certa quantidade de entorpecente sem quaisquer outros indícios de traficância, que mesmo não sendo tão comum para um mero usuário, mas de forma isolada não pode condenar alguém, é de conhecimento técnico da defesa, caso, por exemplo, o poder econômico devidamente comprovado, permita a aquisição de uma quantidade maior de drogas, para não ir constantemente às chamadas “biqueiras” o que é comum atualmente, não é de conhecimento muitas vezes do acusado, que se vendo pressionado, pode por si só preferir assumir a pratica de um crime que não cometeu, vez estar sendo praticamente encurralado pela acusação e por policiais, sem ter naquele momento a explicação de seu defensor que possui conhecimento técnico e das jurisprudências.

CONCLUSÃO

Ao analisarmos as Jurisprudências citadas no presente *writ*, conclui-se facilmente que o artigo 57, da Lei 11.343/2006, não fora derogado, em face da

alteração do artigo 400 do Código de Processo Penal, porém o que se busca é demonstrar que é possível substituir o rito previsto na Lei especial, pelo Rito previsto na forma geral, já que pode ser considerado em tese, conforme já tratado, mais benéfico ao réu, porém, para tal alteração entende-se necessário a anuência da defesa e da acusação, onde sendo aceito em audiência, nenhuma das partes poderá invocar como matéria a ser discutida em 2ª instância.

Segundo ainda entrevista com o criminalista, o mesmo entende que o rito geral previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, somente poderá ser considerado realmente mais benéfico para o réu nos crimes previstos na Lei 11.343/2006, caso o mesmo tenha a possibilidade de ser novamente entrevistado antes de seu interrogatório, para que assim possa ser instruído por seu patrocinador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Disponível em:
<<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41#par-1--art-400>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de Agosto de 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.719**, de 20 de Junho de 2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 24 ago. 2014.

GOMES, L. F.; DONATI, P. Lei nº. 11.343 /06 versus lei nº. 11.719 /08: qual procedimento deve prevalecer?, 2009. **JusBrasil**, 2014. Disponível em:
<<http://lfg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

MARCÃO, R. Procedimento jurisdicional na Lei de Drogas, 2013. **Atualidades do Direito**, 2014. Disponível em:
<<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2012/04/16/procedimento-jurisdicional-na-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. **Paciente condenado pelo delito de tráfico de drogas sob a égide da lei 11.343/2006**. Pedido de novo interrogatório. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 29 de Maio de 2005. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28rhc+116713%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/owl4sn6>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

