

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa tratar com especificidade a inversão da colheita do interrogatório nos crime de tráfico ilícito de entorpecentes e condutas afins. Para tanto, deve-se averiguar se o procedimento previsto no art. 57 da Lei nº 11.343/06 (Lei Antidrogas), no que se refere à colheita do interrogatório no início da instrução criminal, prejudica a defesa do réu.

Conquanto o rito elencado no art. 57 da Lei de Tóxicos preceitue que o interrogatório deve preceder à oitiva das testemunhas arroladas, observa-se que, com a alteração já consolidada do art. 400 do Código de Processo Penal, a colheita do interrogatório deve ser o ato derradeiro da instrução criminal, mesmo nos casos previstos na Lei de Drogas. Desta feita, o réu tem a oportunidade de se pronunciar após o integral conhecimento da acusação que recai contra si. Tal inversão no procedimento não gera nulidade, uma vez que não causa prejuízo às partes e reverencia, sobretudo, os princípios da ampla defesa e do *favor rei*.

Nesse sentido, tal discussão é justificável por meio da presença dos ganhos jurídico, social e acadêmico. No primeiro caso, a **pertinência jurídica** ao pesquisarmos sobre o prejuízo causado à defesa do acusado quando o seu interrogatório é colhido no início da instrução criminal, é evidente. Isto se manifesta porque em um Estado, que se quer democrático, não se pode permitir a aplicação de uma norma prejudicial ao réu existindo, contemporaneamente, uma regra benévola ao acusado. É, portanto, intolerável um preceito que não dá guarita aos princípios constitucionais e gerais do direito.

Busca-se, portanto, com a pesquisa em epígrafe, explanação profunda do assunto. Porquanto, demonstrando correntes doutrinárias já existentes e orientações jurisprudenciais divergentes, nota-se a atualidade e importância jurídica da discussão referente ao tema.

Nada obstante, observa-se que o **ganho social** com a abordagem do assunto selecionado é abissal. A pertinência do tema para a sociedade encontra respaldo na segurança jurídica que um indivíduo tem, caso seja eventualmente processado. Sendo que esta garantia se deve pelo fato de que existindo um processo contra si, o

sujeito tem a certeza que serão seguidos os trâmites legais, bem como assegurada a efetiva aplicação dos princípios constitucionais e gerais do direito.

Por derradeiro, no **âmbito pessoal**, o ganho com uma abordagem mais minuciosa sobre o assunto em recorte é grandioso. Sendo uma futura operadora e estudiosa do Direito, a aquisição de informações específicas corrobora com a formação intelectual, profissional e amplia o horizonte de conhecimento da pesquisadora. Além disso, fornece capacitação à estudiosa para futuros préstimos profissionais.

Para aprofundar no assunto e elucidar o tema abordado no processo de construção da monografia, busca-se demonstrar quão prejudicial, à defesa do réu, é a colheita do interrogatório no início da instrução criminal. E, mais especificamente, almeja-se indicar os ensinamentos doutrinários e conceituais, bem como o apontamento de correntes jurídicas distintas sobre o tema em epígrafe por meio de levantamento bibliográfico. Busca-se também, considerar as posições dos juristas sobre o tema em tela, além de cotejar a legislação e jurisprudência pátrias atinentes à interpretação da Lei Antidrogas.

Para desenvolver o tema a eleito optou-se, portanto, pela metodologia de pesquisa teórico-dogmática. Pois, em se tratando de conteúdo basicamente doutrinário, a forma mais adequada de investigação é a de natureza teórica. Desta forma, com a revisão bibliográfica buscaremos, a partir das discussões e releituras doutrinárias e jurisprudenciais, adquirir conhecimento para desenvolver e concluir o tema.

Será realizada também, pesquisa, por amostragem, das atas de audiências criminais referentes aos processos de crimes previstos na Lei de Tóxicos, que ocorreram durante o decurso do primeiro semestre do ano de 2012 na Comarca de Caratinga.

Por derradeiro, sobreleva anotar que com o assunto abordado ficará evidente a sua transdisciplinaridade. A coleta de informações atingirá searas distintas dentro da ciência do Direito. Uma vez que o tema proposto se desprende do Direito Processual Penal e toca, também, o Direito Constitucional, Penal e Legislação Extravagante (Lei 11.343/06).

A monografia em tela será dividida em 03 (três) capítulos. O primeiro deles, intitulado “O interrogatório penal diante dos princípios constitucionais do processo”, defenderá o interrogatório como meio de defesa, e abordará os princípios da ampla

defesa e do contraditório. Ponderaremos, também, sobre os princípios do *favor rei* e o devido processo legal.

O segundo capítulo, sob o título “Conflito de normas no processo penal”, analisará os critérios tradicionais, bem como a utilização da hermenêutica constitucional, para a resolução dos conflitos aparentes de normas penais. Por fim, o capítulo derradeiro intitulado “Processo e procedimento”, esboçará as diferenças entre os procedimentos comum e especial previstos na ceara criminal e, especificamente, sobre o procedimento previsto na nova Lei de Tóxicos, principalmente no que diz respeito à colheita do interrogatório do acusado.

CAPÍTULO I – O INTERROGATÓRIO PENAL DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

1.1 O INTERROGATÓRIO COMO MEIO DE DEFESA

Um dos atos processuais de maior importância, na esfera criminal, é o interrogatório. Tal ato processual é regido pelo juiz, onde indaga-se ao acusado, acerca dos fatos que lhe são atribuídos. Nesta fase, o agente tem a possibilidade de defender-se, caso queira. Neste diapasão, é garantido ao réu o direito constitucional ao silêncio que não pode ser considerado prejudicial à sua defesa.¹

O art. 185 do Código de Processo Penal² ensina que o acusado que comparecer ao processo deverá ser interrogado independentemente da fase processual em que se encontra o feito. Podendo, inclusive, ser sabatinado em grau de recurso. A importância e a obrigatoriedade deste ato procedimental ficam demonstradas por ele ser considerado a primeira intervenção pessoal e intransferível que o denunciado faz nos autos.

Para a técnica processual, o termo interrogatório consiste no ato pelo qual uma autoridade, qual seja, o delegado de polícia ou juiz de direito, ou os jurados, promotor de justiça e o advogado de defesa no Tribunal do Júri, realizam uma série de perguntas ao réu ou indiciado referentes ao fato em que é dado como incurso no processo ou no inquérito policial.

A oitiva do denunciado é bifurcada em: informações pessoais do acusado e sobre o fato que lhe é imputado. Conhecendo o juiz a vida pregressa do réu e sua versão dos acontecimentos, posteriormente se confirmariam os fatos narrados na

¹ BONFIM, Edison Mongenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 390.

² Art. 185: O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941**. "Código de processo Penal." ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 419.

denúncia e corroborados pelo depoente, ou as informações por ele prestadas seriam descreditadas, com as evidências adquiridas no decorrer do ato.³

A Constituição da República de 1.988 ensina, em seu art. 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁴ Nesse sentido, Pedro Lenza, citando o Ministro Cezar Peluso, leciona que a defesa pode ser dividida em técnica e autodefesa. Esta última, por sua vez, pode ser exercitada pelo direito de audiência, ou direito de ser ouvido em juízo pelas autoridades, e de presença/participação em todos os atos do processo, inclusive no ato do interrogatório, que segundo o autor, deve ser considerado como meio defensivo.⁵

Cabe ressaltar que na doutrina pátria existem quatro posições a respeito da natureza jurídica do interrogatório. Podendo ser considerado basicamente como: *meio de prova*, teoria esta defendida por Camargo Aranha; *meio de defesa*, hipótese defendida por Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho e Rui Stoco; *elemento de prova e de defesa*, pensamento adotado por Mirabete, Greco Filho e Cernelutti; e, por fim, pode ser considerado como *meio de defesa essencialmente, e em segundo plano, meio de prova*, teoria defendida por Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez e Antônio Alberto Machado.⁶

Para fins de argumentação e comprovação da hipótese do presente trabalho científico, filiamo-nos à corrente doutrinária majoritária que defende a oitiva do acusado como sendo essencialmente meio de sua defesa, e, subsidiariamente, meio de prova.

A celeuma entre os doutrinadores ocorre pelo fato de que o Código de Processo Penal posiciona topograficamente o interrogatório no capítulo referente à prova, rechaçando sua característica de autodefesa do réu, e considerando-o com verdadeiro meio de prova. Todavia, a jurisprudência e a doutrina mais precavidas e atuais têm considerado o interrogatório como elemento de defesa e,

³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 552-553.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 28.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 714.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 421-422.

subsidiariamente, meio de prova. Aliás, tal ato processual é a materialização, também, ao direito de ampla defesa garantido constitucionalmente.⁷

Fica claramente evidenciada a natureza jurídica híbrida do ato procedimental em questão. Porquanto seja um dos elementos de maior importância do conjunto probatório, daí é meio de prova, é também, uma ação fundamental à defesa do acusado. Tanto é ato defensivo que sempre será facultado ao réu o direito de entrevistar-se reservadamente com o seu advogado antes ou durante o interrogatório, conforme preceitua o art. 185, §5º do Código de Processo Penal.⁸

Com o advento da Lei 11.719 de 2008, que alterou as fases procedimentais criminais, notadamente o disposto no artigo 400⁹ do referido Diploma, observa-se que o interrogatório do acusado passou a ser o ato derradeiro da instrução criminal. Esta consiste no conjunto de atos que têm como escopo colher os elementos probatórios que fornecerão ao magistrado os subsídios necessários para o julgamento da contenda.¹⁰

Na sessão solene a vítima, se possível, será ouvida primeiro. Ato contínuo, serão inquiridas, respectivamente, as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. Por fim, como último ato da audiência de instrução e julgamento, interroga-se o réu.

Com as alterações trazidas pela reforma processual, que alocou o interrogatório como último ato da instrução criminal, averigua-se, nitidamente, a sua característica de uma ação defensiva. Nesta ordem de coisas, o acusado tem total liberdade e segurança para formular sua defesa sobre as provas e depoimentos

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

⁸ Art. 185, § 5º: Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941**. "Código de processo Penal." ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 419.

⁹ Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado**. (Grifo nosso). BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941**. "Código de processo Penal." ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 431.

¹⁰ JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336.

colhidos, desviando-se daquilo que não lhe traga benefício, uma vez que somente será ouvido após a conclusão do sumário de culpa.¹¹

¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 552-553.

1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS

Princípio, etimologicamente, pode conter vários significados tais como preceito, causa primária, origem de algo, causa de determinada ação. Por óbvio, na ciência do Direito, tais parâmetros são considerados. Os princípios são espécies, juntamente com as regas, do gênero norma jurídica. Sua conceituação indica “*uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.*”¹² No sistema normativo brasileiro, existem princípios previstos de forma expressa e aqueles que são implícitos. Consistem nos valores fundamentais que regem o ordenamento jurídico.

No Direito Penal e Processual Penal, as normas supracitadas, limitam o *jus puniendi* estatal, orientando o poder constituinte derivado e fornecendo garantias ao cidadão. Luiz Regis Prado decompõe os princípios fundamentais do Direito Penal em três grupos: princípios da responsabilidade, que se relacionam com as condições de exigência da responsabilidade penal (princípios da segurança jurídica, da imputação e da culpabilidade); princípios da sanção, que norteiam as medidas repressivas penais (princípios da humanidade das penas, da proporcionalidade e do monopólio punitivo estatal); e princípios de proteção, que delimitam os bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado (princípios do interesse público e da correspondência com a realidade).¹³

Na Constituição da República Federativa do Brasil estão previstos a maioria dos princípios constitucionais penais e processuais penais, sejam de maneira expressa ou implicitamente. Dentre aqueles, podemos mencionar a ampla defesa e o contraditório, que estão interligados e que abordaremos a seguir.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

1.2.1 PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O princípio da ampla defesa consiste no direito que têm as partes de demonstrarem a argumentação e as provas que mais lhe beneficiam, no momento determinado pela lei.¹⁴ Consiste na garantia que é dada ao réu de aproveitar-se de vastos métodos para se defender da acusação que recai contra si. Encontra previsão legal no art. 5º, LV da CR/88.

Na relação processual, o réu sempre será a parte hipossuficiente, pois o Estado tem acesso a recursos e informações que o torna mais forte. Portanto, é concedido ao réu um tratamento diferenciado para evitar a desproporção entre os envolvidos na demanda e compensar a força estatal em detrimento da hipossuficiência do acusado. Desta feita, a possibilidade de se defender amplamente constitui uma medida justa contra a arrogância estatal.

O contraditório, assim como a ampla defesa, é também um princípio constitucional explícito do processo penal. O referido princípio versa no sentido de que toda alegação fática ou probatória que seja apresentada do processo por uma das partes, o membro contrário terá de tomar ciência e poderá se manifestar. Com isso, garante-se o perfeito equilíbrio entre a liberdade do acusado e a pretensão punitiva do Estado¹⁵.

Além da Constituição de 1988 assegurar em seu art. 5º, LV aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) garante o contraditório. Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, seu art. 8º ensina:

Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou

¹⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sobreleva anotar que o contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes são consideradas iguais e possuem idênticas formas de provar suas alegações no curso da ação. Não representa apenas o debate sobre a matéria controvertida existente na demanda, mas sim, a paridade de oportunidade que os sujeitos têm no decorrer do procedimento.¹⁶

A instrução contraditória de um processo é decorrente do próprio direito de defesa. Não se deve permitir que na desenvoltura da ação, em que se prima pela busca da verdade processual dos fatos, o acusado não tenha a propriedade de contradizer o alegado pelo órgão do Ministério Público. Deve haver a ciência bilateral dos atos procedimentais e a oportunidade de rebatê-las.

Nesse sentido, para desenvolvimento e com a finalidade de comprovar a hipótese do presente trabalho monográfico, adota-se como marco teórico o pensamento defendido pelo desembargador Guilherme de Souza Nucci que leciona que *“a transferência do momento do interrogatório do acusado para o final da fase de instrução tem a vantagem de proporcionar-lhe a oportunidade de autodefesa, quando já conhece toda a prova contra si produzida.”*¹⁷

Da leitura dos ensinamentos do nosso marco teórico, percebe-se que saliente é o prejuízo causado à defesa do acusado com a sistemática legislativa que aloca o interrogatório como ato primário da audiência de instrução e julgamento. Conhecendo toda a prova contra si produzida o réu tem a opção de manifestar-se e resguardar-se da forma que lhe convenha. Sendo ouvido por último, o agente se defende inteiramente, como corolário da ampla defesa e do contraditório.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 772.

1.2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV, garante que nenhum indivíduo será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. No ramo do Direito Penal é denominado de devido processo penal. A expressão deriva do inglês *due process of law* e significa, fundamentalmente, que o previamente determinado em lei será rigorosamente obedecido. É a garantia que tem um indivíduo de que, caso seja processado, a ação se desenvolverá da forma que a lei estabelecer.

Em sede processual, fornece ao acusado a plenitude de sua defesa, garantindo-lhe o direito de ser ouvido e de manifestar-se após a acusação, de possuir advogado constituído ou nomeado, de ser intimado pessoalmente dos atos processuais, ser julgado por um juízo que tenha competência para tanto e que as decisões sejam motivadas e fundamentadas, e que os decisórios que lhe forem favoráveis não sejam alterados depois de transitados em julgado.¹⁸

A doutrina moderna tem avaliado o princípio do devido processo legal como sendo uma “cláusula de segurança” do ordenamento jurídico. Isto se deve pelo fato de que a tramitação regular de um processo fornece ao cidadão a segurança de que os seus direitos serão respeitados. Compreende o direito ao procedimento adequado.¹⁹ A referida norma é dividida em dois aspectos distintos, quais sejam: *devido processo legal formal e material*.

O devido processo legal em sentido material ou substancial (*substantive due process of law*) diz respeito às garantias fundamentais do indivíduo. Desta feita, protege o cidadão contra a atividade arbitrária do Estado, garantindo que qualquer desproporção acarrete em uma transgressão a direito fundamental.

A aplicação do referido princípio deve ser analisada criteriosamente pelo julgador e ser aproveitado de acordo com o caso concreto. Da apreciação probatória

¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88.

diante das particularidades de cada fato, constata-se se houve desrespeito a algum direito particular decorrente da ação do Estado, aplicando-se, então, o princípio do devido processo legal material.

De outra banda, no que se refere ao devido processo legal formal ou em sentido processual (*procedural due process of law*), fornece ao indivíduo garantias de natureza procedimentais. Assegura ao particular que este será processado de acordo com a forma legalmente estabelecida. O julgador, representando o Estado, obriga-se a seguir o rito fixado antecipadamente pelo legislador, ficando coibido de alterar a ordem do processo ou suprimir qualquer uma de suas fases.

Além desta característica essencialmente procedimental, o devido processo legal formal também garante ao particular a sua atuação livre e efetiva no desenrolar da ação. Fornece ao cidadão todos os meios necessários para produzir provas, fazer requerimentos e alegações para contribuir com o convencimento do juiz, que ficará obrigado a submeter-se ao referido princípio.²⁰

1.2.3 PRINCÍPIO DO *FAVOR REI*

O princípio do *favor rei* apresenta, na doutrina, outras duas nomenclaturas, quais sejam: *in dubio pro reo* e *favor libertatis*. Tal norma tem como alicerce a presunção de inocência. Isto acontece, pois em um Estado que se quer democrático, não se pode permitir que a pretensão punitiva seja justaposta à liberdade do indivíduo. Havendo dúvida quanto à ocorrência de uma ação tipificada como crime ou quanto à culpabilidade do acusado, este deve ser absolvido.²¹

O operador do direito, encontrando-se com interpretações divergentes, deve selecionar àquela que é mais favorável ao acusado. Este é o ensinamento de um dos princípios básicos do Processo Penal, o *favor rei*. Isto significa que havendo

²⁰ BONFIM, Edison Mongenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71-73.

²¹ BONFIM, Edison Mongenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

duas possibilidades de serem adotadas, uma benéfica e outra lesiva ao réu, deve-se seguir pelo caminho que melhor conduz a defesa do denunciado.²²

Sempre que a acusação não tiver trazido aos autos provas suficientes para embasar uma condenação, o juiz deverá adotar a tese mais favorável ao acusado. Tal como ocorre com o princípio da presunção de inocência, o *favor rei* inverte o ônus da prova. Cabe ao órgão acusatório demonstrar que o indivíduo, presumido inocente, é culpado. Não carreando provas suficientes acerca da culpabilidade, deverá ser aplicada uma decisão mais benéfica ao réu.

A dúvida sempre irá beneficiar o acusado. Havendo duas interpretações de dispositivos legais, carece eleger a mais benévola ao réu. No caso de ambiguidade, deve-se absolver o denunciado por insuficiência de provas. É considerado um princípio constitucional explícito e no Código de Processo Penal são várias as passagens que mencionam o *favor rei*. Exemplificando, só a defesa possui o direito de interpor embargos infringentes, bem como propor revisão criminal (ação rescisória penal).²³

Outro exemplo nítido da importância do princípio em tela encontra-se disposto no art. 615, §1º do Código de Processo Penal. O referido artigo leciona que, nos casos de empate de votos nos julgamentos de recurso, caso o presidente a turma, câmara ou tribunal, não tiver tomado parte na votação, ele pronunciará o voto de desempate; ou caso contrário, a decisão mais favorável ao réu irá prevalecer.

Sobreleva anotar que no nosso ordenamento jurídico a antítese teórica do princípio em comento (*in dubio pro societate*), somente tem aplicação em dois casos específicos. Quando do oferecimento da petição inicial acusatória, ou seja, a denúncia ou a queixa, onde se exigem apenas indícios de autoria; e nos processos de competência do Tribunal do Júri, no encerramento da primeira fase, quando da decisão interlocutória mista de pronúncia pelo juiz. Nos demais casos sempre deverá ser aplicado ao caso concreto o princípio do *in dubio pro reo*.²⁴

Diante do exposto, bem como levando em consideração o pensamento defendido pelo nosso marco teórico, contata-se que é mais benéfica à defesa do réu a colheita do interrogatório ao término da instrução criminal. De tal maneira, o réu tem a oportunidade de se pronunciar após o integral conhecimento da acusação que

²² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34-35.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

²⁴ BONFIM, Edison Mongenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

recai contra si. Tal ordem procedimental não causa prejuízo às partes e reverencia, sobretudo, os princípios da ampla defesa, contraditório e do *favor rei*.

CAPÍTULO II – CONFLITO APARENTE DE NORMAS NO PROCESSO PENAL

2.1 CONCEITO E CRITÉRIOS TRADICIONAIS DE RESOLUÇÃO

Conflito ou concurso aparente de normas ocorre quando ao mesmo fato tem-se a impressão de que são aplicáveis duas ou mais regras, formando assim, um conflito ilusório entre elas. No ramo do Direito Penal, ocorre tal situação quando da aplicação da lei, aparentemente, um mesmo fato delituoso é tipificado por dois dispositivos legais. As normas não concorrem, elas excluem umas às outras. Para tanto basta aplicar corretamente os critérios de solução. Por fim, sobreleva anotar que inexistente concurso, mas sim, um conflito fictício.²⁵

A título de exemplificação, quando um indivíduo importa substância entorpecente, de início pode-se optar pela aplicação do elencado no art. 334 do Código Penal, qual seja, o crime de contrabando. Entretanto, o mesmo fato está previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas). Diante do caso exposto, deparamo-nos com um conflito aparente entre normas. Contudo, a ciência do Direito fornece meios para a solução desta contenda. No caso fictício, aplicar-se-á o disposto no art. 33 da Lei Antidrogas, por tratar-se norma especial em relação ao Código Penal.

Sabe-se que no ordenamento jurídico, como sistema, é necessário que as normas permaneçam coerentes entre si, em observância ao princípio da segurança jurídica. Para que haja uma harmonia, a unidade existente no sistema jurídico não permite a existência de normas contradizentes em seu interior.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162-163.

A ocorrência de regras incompatíveis entre si é denominada antinomia jurídica. Esta pode ser entendida como a circunstância que se percebe entre duas normas incompatíveis que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico e possuem o mesmo âmbito de validade.²⁶ Para solucionar uma antinomia, também conhecida como conflito real de normas, Norberto Bobbio propõe três critérios fundamentais, quais sejam: o hierárquico, o da especialidade e o cronológico.

O conflito aparente de normas penais, denominado também de concurso ideal impróprio e concurso aparente de tipos, refere-se à aplicação e interpretação da lei penal. Em certos casos, aparentemente, várias leis são aplicáveis em uma mesma situação, porém, na realidade, apenas uma terá aproveitamento no caso concreto. Por tal razão não existe verdadeiramente um concurso, mas tão somente uma ilusão de conflito. Aproveita-se apenas uma norma penal e afastam-se todas as demais.

Para a ocorrência do mencionado conflito de normas são necessários três requisitos: a unidade de fato, a pluralidade de leis, e a vigência simultânea de todas elas. Desta feita deve existir apenas um fato que signifique uma exclusiva violação da lei, e no mínimo, duas normas vigentes com aplicabilidade aparente.²⁷ Todavia, contrariamente à matéria referente ao concurso de crimes, a legislação brasileira não regulamenta a concorrência de normas. O anteprojeto do Código Penal de 1963, de autoria de Nelson Hungria, fez a única menção legislativa referente ao assunto:

Art. 5º: Quando a um mesmo fato podem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que só uma pena seja imposta: a) a norma especial exclui a geral; b) a norma relativa a crime que passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este; c) a norma incriminadora de um fato que é meio necessário ou normal, fase de preparação ou execução de outro crime, é excluída pela norma a este relativa.

Parágrafo único: A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidades, de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 88.

²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 273-274.

quando os ditos são fatos praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente.²⁸

Ante a ausência de normatização a solução deve ser localizada por meio da interpretação e da hermenêutica. A doutrina majoritária adota três princípios para solucionar o conflito em estudo, utilizando-se a especialidade, a subsidiariedade e a consunção (ou absorção). Entretanto alguns doutrinadores como Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Cleber Masson e Rogério Greco adotam, também, os critérios da alternatividade e da sucessividade como meios para resolução do conflito aparente de normas penais.

Os citados princípios para a dissolução dos conflitos ilusórios são imprescindíveis para manterem a coerência do ordenamento jurídico como sistema organizado. Em decorrência das inúmeras situações que possam ocorrer na vida dos indivíduos, é impossível que o legislador preveja todos os fatos e os regulamente expressamente. Entretanto, não é admissível no sistema penal que duas normas incompatíveis entre si sejam contemporâneas.²⁹

De outra banda, a solução do conflito em análise também é fundamental para preservar a inaceitabilidade do *bis in idem*. Tal instituto dá a garantia ao cidadão, de que não será punido duplamente pelo mesmo fato. Uma vez que não é aceitável que uma conduta singular receba mais de uma punição, como exigência de justiça.

²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 274.

²⁹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 113.

2.1.1 CRITÉRIO DA ALTERNATIVIDADE

O princípio da alternatividade ensina que a aplicabilidade de uma norma a um fato exclui, por consequência, o aproveitamento de outra que também o prevê, em algum momento, como crime. Tal critério terá proficuidade quando estivermos ante um crime de conteúdo variado, também conhecido como de ação múltipla. Tais delitos representam aqueles em que o tipo penal capitula mais de uma conduta em seus vários núcleos, ou seja, crimes plurinucleares.³⁰ A título de exemplificação têm-se os tipos penais elencados do art. 33 da Lei Antidrogas, transcrito *ipsis litteris*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.³¹

Conjeturemos que um indivíduo adquira, carregue consigo e venda drogas. Com tais ações, o sujeito praticou três procedimentos dentre os previstos no dispositivo legal supramencionado. Em tal situação, não poderá o agente ser punido como se tivesse praticado o crime em concurso material, mas sim, apenas uma vez. Esmiuçando, pelo princípio da alternatividade, um indivíduo será punido por uma das

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 33.

³¹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 1194.

modalidades elencadas nos crimes de ação múltipla, conquanto possa praticar mais de uma conduta descrita no tipo.

Exemplificando de outra forma, tem-se o fato *conjunção carnal* que pode ser enquadrado nos delitos de estupro, previsto do art. 213 do Código Penal, violação sexual mediante fraude, elencado no art. 215 e assédio sexual, disposto no art. 216-A, ambos tipificados pelo Diploma Legal supracitado. Segundo tal critério, selecionado o crime e posse sexual mediante fraude, fica afastada a aplicabilidade dos delitos de estupro e assédio sexual.³²

Para alguns penalistas como Guilherme de Souza Nucci, Luiz Regis Prado, Rogério Greco e Carlos Roberto Bitencourt, tal critério é supérfluo e sem utilidade. Segundo o entendimento destes doutrinadores, a aparente concorrência de normas pode ser resolvida compulsoriamente pela especialidade, subsidiariedade ou absorção.

2.1.2 CRITÉRIO DA SUBSIDIARIEDADE

Averigua-se a relação de subsidiariedade e primariedade decorrente entre duas normas quando ambas estipulam o grau de violação a um bem jurídico comum, de forma que a norma principal é aplicada em detrimento da subsidiária. Via de regra, o fato típico subsidiário está contido no principal. Conforme descrito no brocardo jurídico, *lex primaria derogat legi subsidiarie*, a lei primária tem prevalência sobre a lei subsidiária. Esta consiste na regra que define como mais grave um delito tipificado por aquela, podendo ser qualificadora, causa de aumento de pena, agravante ou modo de execução.³³

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

³³ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 118.

Desta feita, quando a um mesmo bem jurídico são atribuídos diversos graus de ofensa, e a lesão mais gravosa e dilatada, descrita pela lei primária, engloba a menos ampla prevista na lei subsidiária, a aplicação desta fica condicionada a não observância da outra. Contrariamente ao critério da especialidade, neste, o fato deve ser analisado de acordo com o caso *in concreto* para se determinar a qual dispositivo legal se adapta.

O alicerce da subsidiariedade está no fato de que dispositivos legais díspares resguardam determinado bem jurídico com diferentes graus de ataque. O sábio Nelson Hungria, citado por Cezar Roberto Bitencourt, diz que “*os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie e gênero, e se a pena do tipo principal (...) é excluída por qualquer causa a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’*”³⁴ devendo este ser aplicado pelo *residuum*. Na impossibilidade de aplicação ou na ausência de uma norma principal mais grave, utiliza-se uma norma subsidiária menos gravosa.

A subsidiariedade normativa pode ser considerada *expressa* ou *tácita*. Diz-se expressa quando a própria lei faz a advertência, demonstrando o caráter subsidiário de uma regra. Exemplificando, de acordo com o elencado pelo preceito secundário do art. 132 do Código Penal³⁵, aplicar-se-á a pena prevista para o delito de perigo de vida ou a saúde de outrem somente se o fato não constituir crime mais grave. Sobreleva anotar que crime de perigo é aquele em que se verifica uma probabilidade de dano.³⁶

Também se verifica a subsidiariedade expressa nos artigos 129, §3º (lesão corporal seguida de morte); 238 (simulação de autoridade para celebração de casamento); 239 (simulação de casamento); 249 (subtração de incapaz); e 307 (falsa identidade), entre outros tipos análogos, todos do Código Penal.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

³⁵ Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. “Código Penal.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 371.

³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 30.

A subsidiariedade tácita ou implícita, por sua vez, ocorre quando o artigo, embora não se referindo expressamente, somente terá aproveitamento quando não for aplicado ao caso um delito mais grave, o que, por óbvio, excluirá aplicação da norma subsidiária. Este critério para resolução de conflito aparente entre normas penais é empregado nos denominados crimes complexos. Estes são os que deixam de observar as normas dos crimes neles englobados para aplicarem a regra principal que os previne.³⁷ Como exemplo, tem-se o crime de roubo que é abrangido os delitos de furto, lesão corporal e constrangimento ilegal ou ameaça.

Observam-se, no Código Penal, vários exemplos de dispositivos que apresentam a subsidiariedade implícita. Como nos crimes em que há emprego de violência ou grave ameaça que contem o constrangimento ilegal (art. 146); o dano (art. 163) no furto qualificado pelo rompimento ou destruição de obstáculo para a subtração de coisa (art. 155, 4º, I); a violação de domicílio (art. 150) em relação ao furto (art. 155) ou roubo (art. 157), com entrada em casa alheia; a subtração de incapazes (art. 249) é norma subsidiária em relação ao sequestro (art. 148) ou a redução à condição análoga à de escravo (art. 149).

2.1.3 CRITÉRIO DA ABSORÇÃO

Segundo o critério da absorção ou consunção, a regra que delibera sobre um crime constitui meio necessário ou fase de preparação ou execução de crime diverso. Quando uma norma penal abarca um fato, também previsto em outra, aplica-se a lei mais abrangente em detrimento da outra.³⁸ Neste critério para resolução dos conflitos aparentes entre normas penais, observa-se o brocardo

³⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

jurídico *lex consumens derogat legi consumptae*. Determinado crime (norma consumida) é fase de realização ou efetivação de outro (regra consuntiva).

Neste princípio, o tipo penal de maior abrangência absorve o de menor amplitude que consiste etapa daquele, em observância ao princípio *major absorbet minorem*. Desta feita, os fatos não estão relacionados como sendo de espécie a gênero, mas sim, de parte a todo, *minus a plus*. Resumidamente, o delito-meio, punido com menor severidade, é absorvido pelo crime-fim que possui uma punição mais austera.³⁹

A relação de crime-meio pode ser exemplificada com o delito de homicídio que absorve o porte ilegal de arma de fogo, uma vez que esta última infração apenas constitui meio para eliminar a vítima. Já a hipótese de crime-fim ocorre, por exemplo, quando um indivíduo viola o domicílio do ofendido com a finalidade de praticar o crime de furto. A invasão é mera fase de execução do crime que lesará o patrimônio da vítima.⁴⁰

Vários crimes no Código Penal podem ser absorvidos por outros delitos. O estelionato (art. 171) absorve a falsificação de documento particular (art. 298); o homicídio engloba a lesão corporal (art. 129); o uso de documento falso (art. 304), a falsificação de documento público (art. 297) e a apropriação indébita (art. 168) em relação ao estelionato (art. 171); e a difamação (art. 139) que absorve a calúnia (art. 138).

É indiscutível o escopo prático do princípio da consunção, pois com a aplicação da pena prevista no crime mais dilatado, torna-se desnecessária e absurda a punição pelo delito menos amplo e grave, descartando, assim, a inaceitável ocorrência do *bis in idem*. Para o doutrinador Cleber Masson, a ocorrência do princípio da absorção pode se verificar em quatro hipóteses: no crime progressivo, na progressão criminosa, crime complexo e nos atos impuníveis, das quais trataremos a seguir.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 276-277.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

O crime progressivo pode ser observado nos casos em que o agente visa, desde o início da execução criminosa, alcançar um resultado mais grave, e, para tanto, pratica reiterados atos ao bem jurídico com violação crescente. É necessária, portanto, uma única conduta visando apenas um propósito, mas com o comportamento fracionável em diversos executórios. Como exemplo tem-se um agente que com *animus necandi* golpeia um indivíduo em múltiplas regiões do corpo. Após, acerta seu desfeto na cabeça ceifando-lhe a vida. As lesões corporais ficam absorvidas pelo homicídio uma vez que necessárias para a consumação deste.

Advém a progressão criminosa quando o sujeito almejando inicialmente produzir determinada lesão ao bem jurídico, após alcançá-la, opta por persistir na prática do delito e inicia outra conduta com a finalidade de acarretar um dano ainda mais grave. Constata-se tal hipótese quando o agente que depois de perpetrar vias de fato contra a vítima, começa a lhe produzir lesões corporais e, logo após, mata o ofendido. Assim agindo, o sujeito responderá apenas pelo homicídio. Nesta banda, o agente pratica uma diversidade de crimes com crescente lesão ao bem jurídico, sendo que cada um dos delitos possui dolos distintos.

Os crimes complexos, também conhecidos como crimes compostos consistem na união de dois ou mais delitos que laboram como circunstâncias ou elementares daqueles. Os delitos complexos absorvem os autônomos que fazem parte da sua estrutura, porquanto prevalece a aplicação daqueles em detrimento destes. O roubo é um exemplo de tal modalidade, uma vez que consiste na fusão entre os delitos de furto e lesão corporal ou ameaça, dependendo da forma de execução.

Os fatos impuníveis são divididos em três categorias: anteriores, simultâneos e posteriores. Os anteriores, prévios ou preliminares são indispensáveis para a concretização do crime principal e ficam por este absorvidos. Como no roubo de uma bolsa que se encontra dentro de um automóvel fechado, a destruição do vidro do carro (art. 163, do Código Penal) é absorvida pelo delito patrimonial.

Já os atos concomitantes ou simultâneos não puníveis são os perpetrados no exato momento da execução do crime principal. Como no caso das lesões corporais

sofridas pela vítima violentada sexualmente que ficam absorvidas pelo delito de estupro.

O ato posterior impunível, por sua vez, consiste na nova ofensa praticada pelo agente que, após cometer o crime principal, visa auferir alguma vantagem com este delito anterior. Exemplificativamente, tal fato se configura quando o ladrão, com a finalidade de obter lucro, vende a *res furtiva*. Se o furto foi impulsionado pelo ânimo de lucro, não é aceitável punir o atuante por ter lucrado. Trata-se de mero exaurimento, ficando, portanto, absorvido pelos atos anteriores.⁴¹

2.1.4 CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE

Uma norma é considerada especial quando aglomera todos os elementos de uma regra geral, acrescidos de outros, denominados especializantes. Desta feita, o agente que pratica um delito previsto em lei especial, realiza, ao mesmo tempo, o tipo geral, entretanto, o contrário não sobrevém. O regramento especial tem o escopo de excluir a lei geral. Tal critério para resolução de conflitos evita o *bis in idem*, estabelecendo a prevalência da lei de especialidade em detrimento da norma geral.⁴²

A lei especial afasta a aplicabilidade da lei geral (*lex specialis derogat legi generali*), tal como preceitua o art. 12 do Código Penal, as regras gerais aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. O identificador de uma lei com atributo especial é a presença de uma particularidade que lhe confere maior ou menor severidade em relação à outra.⁴³

⁴¹ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 121-124.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 163.

O princípio da especialidade, dentre todos os critérios utilizados para resolver um conflito aparente de normas penais, é o único que possui aceitação doutrinária pacífica. Deste feita, a regra especial adiciona à geral um ou mais elementos complementares que interferem na penalização da mesma, seja instituindo um *plus*, quando qualificador/agravador; seja designando um *minus*, quando privilegiador.⁴⁴

Sobreleva anotar, contudo, que a especialidade não acontece somente quando um crime se encontra inserido em outro, como no caso entre o homicídio e o infanticídio. Mas também quando a interpretação demonstra que um tipo penal se enquadra mais perfeitamente a um determinado fato punível. Como nos crimes de calúnia previsto no art. 138 e a difamação, elencado no art. 139, ambos do Código Penal.

Tanto o delito de calúnia quanto o de difamação ofendem a honra e consumam-se no momento em que terceira pessoa toma conhecimento do fato delituoso. Entretanto, no primeiro, a sanção ocorre porque o agente alega que a vítima praticou um crime sabendo que a mesma não o cometeu ou que tal infração jamais tenha ocorrido. De outra banda, na difamação, o agente imputa ao ofendido um fato que desabone sua conduta, seja ele criminoso ou não, pouco importando a comprovação de sua veracidade.

Verificam-se, no Código Penal, outras aplicações do critério em comento. Nos delitos de homicídio (art. 121, *caput*), observam-se os tipos privilegiados (art. 121, §1º) e qualificados (art. 121, §2º). Igual situação ocorre com o furto (art. 155, *caput*), relacionado à forma privilegiada (art. 155, §2º) e qualificada (art. 155, §4º).

É de extrema importância ressaltar que pelo princípio da especialidade, impõe-se que os delitos específicos e genéricos devam ser praticados no mesmo contexto fático. Podem pertencer a um mesmo diploma legal ou constar em leis distintas, extravagantes. Nesse sentido, defende Cleber Masson:

(...) a lei especial abarca um âmbito de aplicação mais restrito, captando um menor número de condutas típicas e ilícitas. Pode, então, ser efetuada a comparação entre os tipos penais como dois círculos concêntricos de diferentes raios, sendo maior o geral e o menor, o especial, razão pela qual, quando o tipo especial não restar caracterizado pela ausência dos elementos

⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275.

especializantes que formam a sua peculiar estrutura abstrata, a conduta poderá ser subsumida no tipo genérico, de natureza residual.⁴⁵

É necessário, por conseguinte, que para a ocorrência de conflito aparente entre normas no âmbito penal, a existência de duas leis penais concorrentes sobre o mesmo fato, e que uma destas esteja contida parcialmente na outra, da qual é diferenciada por conter um ou mais elementos especializantes.

⁴⁵ MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 117.

2.2 RESOLUÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Sabe-se que no ordenamento jurídico, considerado como sistema uno, é necessário que as normas permaneçam coerentes entre si. É cediço que havendo discrepância entre dois regramentos pertencentes ao mesmo sistema normativo, visando solucionar o conflito aparente entre as regras, aplicam-se, tradicionalmente, os critérios descritos no tópico anterior do presente trabalho monográfico, quais sejam, critérios da alternatividade, da subsidiariedade, da absorção e da especialidade.

A interpretação não é um processo de criação de normas, mas sim, de busca pela substância da lei.⁴⁶ Consiste na atividade que possui o escopo de adjudicar significado ao texto desenvolvido pelo legislador. Interpretar um documento normativo nada mais é do que buscar a essência do mesmo, primando por alcançar seu alcance e sentido. Para Carlos Maximiliano interpretar é “*dar o significado de vocábulo (...); reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.*”⁴⁷

Com a finalidade de se obter a intenção das normas, o exegeta utiliza-se de vários métodos ou processos. Entretanto, para fins de argumentação e comprovação da hipótese do presente estudo monográfico, ater-nos-emos à interpretação lógica ou racional por meio do elemento sistemático. Sendo que, com a interpretação sistêmica, o exegeta observa o dispositivo legal e não o analisa de forma isolada, mas sim no contexto, no sistema em que está inserido. A ponderação é feita com base no todo e não somente em uma parte específica.⁴⁸

Embora seja cediço o entendimento de que se deve aplicar, além de outros, o critério da especialidade para a resolução dos conflitos existentes entre as normas

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

⁴⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, arts. 1º a 120**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 40-41.

divergentes do mesmo ordenamento jurídico, havendo disposição, em lei genérica, mais benéfica se comparada à determinada em lei específica, deve-se primar por uma interpretação sistemática da norma e aplicar, desta feita, a regra que mais favorece o réu, mesmo em se tratando de lei geral.

É de extrema importância ressaltar que se aplicando uma lei geral benéfica em detrimento de regra especial prejudicial ao acusado, não gera nenhuma nulidade ao feito. Não há que se falar em vício ou mesmo prejuízo para às partes com tal interpretação sistemática das normas. Se não houver afronta ao sentido, à intenção do regramento, a decretação da nulidade consistiria apenas em um formalismo desnecessário e procrastinatório ao principal objetivo da atividade jurisdicional. Daí surge a ideia empregada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.⁴⁹

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Sarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

CAPÍTULO III – PROCESSO E PROCEDIMENTO

3.1 NOÇÕES GERAIS

O termo processo deriva de *pro cedere* que significa avançar, ir para a frente. Consiste na atividade desenvolvida pelo magistrado com o auxílio dos demais sujeitos processuais, visando à solução da contenda. E, para que o juiz possa solucionar o litígio, vários atos são praticados. Portanto, ao conjunto de atos processuais praticados de forma ordenada que tenha o escopo de solucionar jurisdicionalmente a demanda, denomina-se processo.⁵⁰

Nessa esteira, o processo possui três características determinantes: é procedimento, em seu aspecto externo; relação jurídica, no que diz respeito ao aspecto interno e tem como objeto a obtenção de um provimento jurisdicional.⁵¹ O processo é o instrumento por meio do qual se desponta a jurisdição. Nesse sentido, afirma-se que o processo é o gênero dos quais os variados e distintos procedimentos seriam as espécies.

Já os procedimentos, consistem na forma de desenvolvimento do processo que demarcam os caminhos a serem adotados na apuração do caso concreto. Constituem, portanto, no rito processual. O procedimento é a coordenação dos atos. É a sequência que estes devem obedecer. Se o processo consiste no conjunto de atos que são praticados com a finalidade de promover a solução do litígio, o procedimento, por sua vez, representa o ordenamento dos referidos atos.⁵²

Na sistemática brasileira as formas procedimentais se dividem seis espécies. Existem os procedimentos comuns; os especiais; de competência do Tribunal do

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

⁵¹ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008, p. 435.

⁵² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 99.

Júri; procedimento do Juizado Especial Criminal; de competência originária das Instâncias Superiores; e os de crime de responsabilidade que tramita perante o Senado Federal e as Assembleias Legislativas.

No que tange aos procedimentos comuns, tem-se o ordinário, o sumário e o sumaríssimo. O procedimento ordinário trata dos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou superior a quatro anos. Já o sumário está reservado para os delitos em que a pena máxima privativa de liberdade seja inferior a quatro anos. E o sumaríssimo, por sua vez, se destina às infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas que possuem pena máxima privativa de liberdade de valor igual ou inferior a dois anos.

O procedimento do Tribunal do Júri, previstos nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal, se aplicam aos crimes dolosos contra a vida e seus conexos, inclusive os de forma tentada.

Os procedimentos especiais estão regulamentados na própria Lei Processual Penal. Os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos encontram previsão nos arts. 513 a 518; os delitos de calúnia e injúria estão tipificados nos arts. 519 a 523; e os crimes contra a propriedade imaterial estão previstos nos arts. 524 a 530, todos do Código de Processo Penal.

Algumas leis extravagantes regulamentam outros procedimentos especiais, como no procedimento de tóxicos, previsto na Lei nº 11.343/06; no procedimento de crimes de imprensa, regulamentado pela Lei nº 5.250/67; o procedimento nos crimes de lavagem de dinheiro, previsto da Lei nº 9.613/98; o processo dos crimes eleitorais, regulado pela Lei nº 4.737/65; nos casos de processo por crime de falência, regulado pela Lei nº 11.101/05.

Existem ainda os procedimentos em cujo autor tem prerrogativa de função, que são de competência das Instâncias Superiores. Como exemplos, têm-se os crimes praticados por juiz de direito e promotor de justiça, que serão julgados pelo Tribunal de Justiça. E, por derradeiro, encontra-se o procedimento que tramita perante o Senado Federal, nos casos de crimes de responsabilidade.

3.2 PROCEDIMENTO ESPECIAL PREVISTO NA LEI 11.343/06

3.2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

A Lei 11.343/06 entrou em vigor em 8/12/2006 e revogou expressamente as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002. A doutrina e jurisprudência utilizam-se dos termos “Lei de Drogas”, ou “Lei Antidrogas” como alcunha para a que vigora desde o ano de 2006. Entretanto, há quem a denomine de nova Lei de “Entorpecentes” ou nova Lei “Antitóxicos”, embora o regramento mais recente utiliza-se do termo *entorpecente* de maneira restrita e não faz referência à expressão *tóxico* em seu corpo.

A Lei 11.343/06 deixou de empregar o vocábulo *entorpecente* e passou a utilizar o termo *droga* para designar as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, conforme descrito no parágrafo único, do art. 1º da referida lei.

Da leitura do artigo supramencionado, verifica-se tratar-se de uma norma penal em branco, ou seja, ela depende de uma complementação que se encontra em dispositivo diverso, seja ele legal ou regulamentar, previsto em outro diploma normativo. Todavia, caso não haja lista atualizada por parte do Poder Executivo da União ou enquanto a lei não explicita o significado de substância ou produto, o art. 66 da Lei Antidrogas ensina que para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º da aludida norma, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12/05/98.

A título de exemplificação, a mencionada Portaria da Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde em sua Lista E, engloba as plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, quais sejam: *cannabis*

*sativum, claviceps paspali, datura suaveolans, erytroxylum coca lophophora williamsii (cacto peyote) e prestonia amazonica (haemadictyon amazonicum).*⁵³

A maior inovação presente na Lei de Drogas é a despenalização do porte para uso próprio, consumo pessoal. O art. 28 prescreve as sanções de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Essas penalidades são aplicadas tanto para quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traga consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, quanto para quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o art. 28 da Lei Antidrogas, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a admoestação verbal e multa. Deste feita, verifica-se que o legislador despenalizou a conduta do usuário, mas não a descriminalizou.

3.2.2 PROCEDIMENTO DOS CRIMES DOS ARTS. 33 A 37 E 39 DA LEI 11.343/06

O autor do crime previsto no art. 28 da Lei de Tóxicos, qual seja, porte de droga; de oferecimento eventual e gratuito para uso em conjunto, disposto no art. 33, §3º; e de prescrição e ministração culposa de drogas, definidos no art. 38 da referida Lei, será julgado pelo Juizado Especial Criminal, sobre o crivo do procedimento sumaríssimo. Desta feita, estas três figuras penais, seguirão o rito disciplinado pela Lei 9.099/95, por serem consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Os

⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretário de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998.** “Aprova o regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.” Acesso em 01/11/2012.

demais crimes seguem o procedimento especial, sumário, elencado da Lei Antidrogas. Os arts. 50 a 53 desta, tratam do procedimento investigatório policial e os arts. 54 a 59 demonstram o método judicial.⁵⁴ Para fins de argumentação, ater-nos-emos à metodologia das condutas previstas nos arts. 33, caput e §1º, 34 e 37 da Lei 11.343/06.

A denúncia será oferecida respeitando os requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, podendo ser arroladas até cinco testemunhas. Em seguida, o juiz determinará a notificação do denunciado para apresentar, no prazo de dez dias, defesa prévia por escrito (art. 55). Como esta defesa preliminar é ato obrigatório do acusado, caso o réu não a apresente, o juiz deverá nomear defensor dativo ou público para fazê-lo. A peça técnica poderá conter quaisquer tipos de alegações, como exceções, juntada de documentos, alegações de mérito e rol de cinco testemunhas, no máximo.

Apresentada a defesa preliminar escrita, o juiz deliberará, por meio de despacho saneador, sobre o recebimento ou rejeição da denúncia ofertada pelo Ministério Público. A petição inicial penal será rejeitada caso ocorra uma das causas elencadas no art. 395 do Código de Processo Penal, quais sejam: a) inépcia da inicial, b) falta de pressuposto processual ou condição da ação, e c) falta de justa causa para a ação penal.

Não sendo rejeitada a denúncia, o juiz ainda tem a opção de absolver sumariamente o acusado, caso reconheça a ocorrência de uma das causas prognosticadas no art. 397 do Código de Processo Penal. Advindo excludente de ilicitude; excludente de culpabilidade, exceto nos casos de inimputabilidade; atipicidade do fato e extinção de punibilidade, o réu deverá ser absolvido sumariamente.

Após o recebimento da denúncia, o juiz designará dia e hora para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento. Tal ato processual deverá ser marcado trinta dias após o recebimento da peça inicial penal. Caso haja

⁵⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008, p 517.

a necessidade de elaboração de laudo de dependência toxicológica, este prazo dilata-se para noventa dias, conforme preceitua o art. 56 da Lei 11.343/06.

Na audiência de instrução e julgamento será interrogado o réu e ouvidas as testemunhas, tudo na mesma assentada, conforme previsto no art. 57 da Lei Antidrogas. Na colheita das oitivas e do interrogatório cabem às partes iniciarem a inquirição diretamente, sem mediação do Juiz de Direito. Ato contínuo, não havendo provas outras a serem produzidas pelas partes, encerra-se a instrução. Logo após, abre-se o prazo de vinte minutos para a sustentação oral das razões finais da acusação e, em seguida, da defesa. Tempo que pode ser prorrogado a critério do juiz, dependendo da complexidade dos fatos.

Seguidamente, o juiz sentenciará na própria audiência. Caso o magistrado não se ache habilitado para tanto, fá-lo-á no prazo de dez dias, ocasião em que determinará a destruição de parte da droga apreendida e o armazenamento do restante para contraprova, caso haja eventual necessidade, conforme previsto no art. 58 da Lei 11.343/06.

A observância dos prazos acima narrados é de extrema importância, sobretudo em se tratando de processo em que o réu encontrar-se preso. Uma vez descumpridos os limites temporais previstos na Lei de Drogas, pode ocorrer excesso de prazo na formação da culpa, corrigível por via *habeas corpus*.⁵⁵

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 671.

3.3 A INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO NOS CASOS DA LEI 11.343/06 COMO FORMA DE ASSEGURAR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Com o advento da Lei 11.719 de 2008, que alterou as fases procedimentais criminais, surgiu relevante questionamento acerca do rito que deve ser utilizado nos casos de crimes de tráfico ilícito de drogas e outros delitos afins previstos na Lei de Drogas. Tal debate se releva pelo fato de que, com as alterações trazidas ao Código de Processo Penal, notadamente a elencada no artigo 400⁵⁶ do referido Diploma, observa-se que o interrogatório do acusado passou a ser o ato derradeiro da instrução criminal.

Na realidade, a lei processual penal em seu artigo 400, trata da audiência una de instrução, debates e julgamento. Conforme abordado no tópico anterior, na sessão solene a vítima, se possível, será ouvida primeiro. Ato contínuo, serão inquiridas, respectivamente, as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. Finalmente, como último ato da instrução, tem-se a oitiva do denunciado. Nesta ordem, o acusado tem total liberdade e segurança para formular sua defesa sobre as provas e depoimentos colhidos, desviando-se daquilo que não lhe traga benefício.⁵⁷

Acontece que, a Lei de Tóxicos, prevê, em seu artigo 57, *caput*, procedimento dissonante com o trazido pela alteração, já consolidada, do art. 400 Código de Processo Penal. Da leitura do citado dispositivo previsto na Lei 11.343/06, extrai-se que o primeiro ato da instrução criminal é o interrogatório do réu, conforme se verifica, *ipsis litteris*:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra,

⁵⁶ Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado.** (Grifo nosso). BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941.** “Código de processo Penal.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito.** 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 431.

⁵⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 552-553.

sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.⁵⁸ (Grifo nosso).

Proeminente é o prejuízo causado à defesa do acusado com a sistemática adotada pelo Legislador ao alocar o interrogatório como ato primário da audiência de instrução e julgamento nos crimes previstos na Lei de Tóxicos. Nesse sentido, tal como dispõe o pensamento de Guilherme de Souza Nucci, marco teórico adotado para o presente trabalho monográfico, *“a transferência do momento do interrogatório do acusado para o final da fase de instrução tem a vantagem de proporcionar-lhe a oportunidade de autodefesa, quando já conhece toda a prova contra si produzida.”*⁵⁹

Cotejando, portanto, o elencado no art. 400 do Código de Processo Penal, com o mandamento do art. 57 da Lei de Tóxicos, constata-se uma dissonância entre ambos os dispositivos. Verifica-se que a Lei Procedimental ensina que o interrogatório deve ser colhido após a inquirição das testemunhas arroladas e encerrar a instrução criminal, enquanto a Lei Especial diz exatamente o oposto. Verifica-se neste caso, portanto, um conflito aparente de normas penais.

Entretanto, no ordenamento jurídico, é necessário que as normas permaneçam coerentes entre si. Embora seja cediço o entendimento de que se deve aplicar, além de outros, o critério da especialidade para a resolução dos conflitos existentes entre as normas divergentes do mesmo ordenamento jurídico, havendo disposição, em lei genérica, mais benéfica se comparada à determinada em lei específica, deve-se primar por uma interpretação sistemática da norma e aplicar, desta feita, a regra que mais favorece o réu, mesmo em se tratando de lei geral.

Sobreleva anotar que, com o presente estudo, não visamos indagar a inconstitucionalidade do art. 57 da Lei de Drogas. Buscamos, tão-somente, defender que a norma seja interpretada sistematicamente de forma que não prejudique a defesa do réu. Pois em um Estado, que se quer Democrático, não há razão para

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito.** 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010, p. 1196.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, f. 772.

permitir-se que havendo disposição mais benéfica ao acusado, aplique-se uma regra que cause prejuízo ao mesmo, exclusivamente pelo fato de se tratar de uma norma de especialidade. O operador do direito, encontrando-se com interpretações divergentes, deve selecionar àquela que é mais favorável ao acusado, tal como determina o princípio *favor rei*.

Em estudo de caso realizado⁶⁰, por amostragem, de atas de audiências criminais nesta Comarca de Caratinga, no primeiro semestre do ano corrente, verificou-se que os magistrados das Varas Criminais desta urbe seguem o rito estabelecido pela Lei nº 11.719/08 em detrimento daquele especial estatuído Lei de Tóxicos, conforme se extrai dos termos de audiência anexos. Ademais, a jurisprudência brasileira tem demonstrado que é correta a não observância do procedimento contido no art. 57 da Lei Antidrogas, em detrimento do rito previsto no Código de Processo Penal, tal como se observa nos exemplos a seguir:

PENAL E PROCESSO PENAL - PRELIMINARES - FLAGRANTE FORJADO - INOCORRÊNCIA - CRIME PERMANENTE - PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 57, DA LEI Nº 11.343/06 - INVERSÃO - INTERROGATÓRIO REALIZADO APÓS A OITIVA DAS TESTEMUNHAS - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - PRELIMINARES REJEITADAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO - SURSIS - CABIMENTO EM TESE - OMISSÃO - NULIDADE. A realização do interrogatório ao final da instrução não gera nulidade, pois é hoje, inclusive, com o avanço consolidado no CPP recentemente alterado, uma garantia do acusado, porque lhe propicia o tal procedimento a oportunidade de se pronunciar a partir de um pleno conhecimento da acusação que contra si se desenvolve.⁶¹

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE PELA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 33, DA LEI N.º 11.343/06. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PLEITO PREJUDICADO. RÉU COLOCADO EM LIBERDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO. RITO PROCESSUAL DA LEI N.º 11.343/06. OBSERVÂNCIA. AUDIÊNCIA DE INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. NÃO-OPOSIÇÃO DA DEFESA. SUPOSTA DEFICIÊNCIA DA DEFESA. SÚMULA 523, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INTERROGATÓRIO JUDICIAL REALIZADO APÓS A INQUIRIRÃO DAS TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO. MAIOR AMPLITUDE DE DEFESA. PREJUÍZO DECORRENTE DAS NULIDADES NÃO DEMONSTRADO. ARTIGO 563, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENEGACÃO DA ORDEM. Embora o artigo 57, da Lei n.º 11.343/06, prescreva que o interrogatório deve anteceder a inquirição das testemunhas, a doutrina tem sustentado que com o advento da Lei

⁶⁰ Vide apêndice.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **HC nº 1.0344.08.041581-5/001**. Relator: Hécio Valentim. Publicado em: 18/05/2009. Acesso em: 04/11/2012.

11.719/2008, mesmo no caso de delitos de tráfico, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, possibilitando melhor defesa ao réu.⁶²

Aliás, é importante ressaltar também que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o momento de realização do interrogatório dos acusados com prerrogativa de foro, nos casos das ações penais originárias de competência dos Tribunais, deverá ser realizado por último. O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da Ação Penal nº. 528, deliberou em seu voto no sentido de que os réus deverão ser interrogados ao final da instrução, considerando que a sistemática adotada pelo Código de Processo Penal é mais favorável a defesa.

Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório. Assim, caso entenda-se que a nova redação do art. 400 do CPP propicia maior eficácia à defesa, penso que deve ser afastado o previsto no art. 7º da Lei 8038/90, no concernente à designação do interrogatório.⁶³

Da leitura do recorte do voto acima, percebe-se que o Ministro Lewandowski defende a aplicação, ao caso concreto, do procedimento determinado do art. 400 do Código de Processo Penal em detrimento do rito contido na lei especial 8.038/90. Ressalte-se que esta dispõe sobre o procedimento dos processos de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

É de extrema importância ressaltar, também, que a inversão no procedimento previsto na Lei Antidrogas, não gera nenhuma nulidade ao feito. Não há que se falar em vício ou mesmo prejuízo para às partes invertendo-se a ordem das oitivas,

⁶² BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, **HC nº 0636998-0**. Relator: Rogério Kanayama. Publicado em: 14/01/2010. Acesso em: 04/11/2012.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AP 528-AGR**. Relator: Ricardo Lewandowski. Publicado em: 08/06/2011. Acesso em: 01/11/2012.

interrogando-se o réu depois de inquiridas as testemunhas. Se não houver afronta ao sentido, à intenção da norma, a decretação da nulidade consistiria apenas em um formalismo desnecessário e procrastinatório ao principal objetivo da atividade jurisdicional. Daí surge a ideia empregada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.⁶⁴

Por derradeiro, tendo em vista a exposição dos argumentos acima descritos, percebe-se que o procedimento previsto no art. 57 da Lei nº 11.343/06, no que se refere à colheita do interrogatório no início da instrução criminal, prejudica a defesa do réu. Devendo, portanto, tal ato processual ocorrer ao término da audiência, garantindo, assim, a tão almejada ampla defesa ao acusado e garantindo a efetiva aplicação de princípios constitucionais do processo.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Sarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico objetivou demonstrar o prejuízo causado à defesa do acusado, durante a instrução criminal dos crimes previstos na Lei Antidrogas, no que tange à colheita do interrogatório do réu. As considerações feitas no decorrer da pesquisa não encerram os estudos sobre o tema em epígrafe. Percebe-se, entretanto, com o desenvolvimento deste trabalho, a importância do momento da colheita do interrogatório do acusado durante a instrução criminal.

Conquanto o rito elencado no art. 57 da Lei nº 11.343/06 preceitue que o interrogatório deve preceder à oitiva das testemunhas arroladas, observa-se que, com a alteração já consolidada do art. 400 do Código de Processo Penal, a colheita do interrogatório deve ser o ato derradeiro da instrução criminal, mesmo nos casos de tráfico de drogas e condutas afins.

É sabido que ocorrendo conflito aparente entre normas penais o julgador, diante do caso concreto, ponderará qual método é o adequado para a resolução do conflito fictício. Desta feita, a regra é que devem ser aplicadas, dentre outros critérios, as disposições de uma lei especial em detrimento de uma lei com características gerais. Entretanto, havendo disposição em lei genérica, mais benéfica se comparada à determinada em lei específica, deve-se primar por uma interpretação sistemática da norma e aplicar a regra que mais favorece o réu, mesmo em se tratando de lei geral.

Nesse diapasão, por meio da pesquisa teórico-dogmática, bem como do trabalho de campo, realizado através de análise, por amostragem, de atas de audiências anexas, cabe concluir que colhendo o interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, nos crimes previstos na Lei de Tóxicos, o réu tem a oportunidade de se pronunciar após o integral conhecimento da acusação que recai contra si. Interpretando sistematicamente a norma e aplicando o procedimento previsto no Código de Processo Penal em detrimento do apontado na Lei Antidrogas, não gera nulidade ao feito, uma vez que não causa prejuízo às partes e reverencia os princípios constitucionais do processo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONFIM, Edison Mongenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro 1941**. “Código de processo Penal.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. “Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.” ANGHER, Anne Joyce [org.]. **Vade Mecum universitário de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretário de Vigilância Sanitária. **Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998**. “Aprova o regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.” Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/legis/portarias/344_98.htm. Acesso em 01/11/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **AP 528-AGR. Relator: Ricardo Lewandowski**. Publicado em. 08/06/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_528AGR.pdf. Acesso em: 01/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **HC nº 1.0344.08.041581-5/001**. Relator: Hécio Valentim. Publicado em: 18/05/2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5986110/103440804158150011-mg-1034408041581-5-001-1-tjmg>. Acesso em: 04/11/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná, **HC nº 0636998-0**. Relator: Rogério Kanayama. Publicado em: 14/01/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7388470/habeas-corpus-crime-hc-6369980-pr-0636998-0-tjpr>. Acesso em: 04/11/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, 919 p.
MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e prática**. 5. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

APÊNDICE