



GUILHERME DILL

**O MANDADO DE PRISÃO E A ENTRADA NO DOMICÍLIO: ANÁLISE DAS
DECISÕES DO TJRS À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

CANOAS

2023

GUILHERME DILL

**O MANDADO DE PRISÃO E A ENTRADA NO DOMICÍLIO: ANÁLISE DAS
DECISÕES DO TJRS À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle – UNILASALLE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Sociedade e Fragmentação do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

CANOAS

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D572m Dill, Guilherme.

O mandado de prisão e a entrada no domicílio [manuscrito] : análise das decisões de TJRS à luz do garantismo penal / Guilherme Dill – 2023.

431 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2023.

“Orientação: Prof. Dr. Salo de Carvalho”.

Bibliotecário responsável: Melissa Rodrigues Martins - CRB 10/1380

GUILHERME DILL

*Dissertação aprovada como requisito parcial
para obtenção do título de mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade La Salle – Canoas/RS.*

Prof. Dr. Salo de Carvalho
Orientador e Presidente da Banca

Prof. Dr. Dani Rudnicki
Examinador

Prof.^a Dr.^a Renata Almeida da Costa
Examinadora

Prof.^a Dr.^a Bruna Azevedo de Castro
Examinadora

Área de concentração: Direito e Sociedade
Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 24 de agosto de 2023

Esse singelo trabalho é dedicado ao meu avô Eduardo Michalski e a minha filha Giovana Valandro Dill, que respectivamente trouxeram a tristeza do falecimento e a felicidade do nascimento no mês de março de 2023.

AGRADECIMENTOS

Nada mais justo que nesse momento serem nominadas as pessoas que me auxiliaram de todas as formas na conclusão dessa qualificação acadêmica.

Em primeiro lugar, obrigado a minha esposa Fernanda Valandro por ser a sustentação de minha vida profissional, acadêmica, familiar e emocional. Além disso tudo, ainda gerou nossa maravilhosa filha Giovana. Sou apaixonado por vocês duas.

Agradeço também a meus pais, Sérgio e Elegiane, exemplos de caráter, dedicação e humanidade, os quais com muita coragem saíram de seus recantos para ganhar o mundo “com uma mão na frente e outra atrás”, como diz Seu Sérgio.

Meus irmãos, Poliana e Martin, também merecem agradecimentos, por serem meus melhores amigos e companheiros, aos quais insisto em acionar quando meus maiores problemas aparentemente sem soluções entram em cena. Dudu, Catarina e Priscila, da mesma forma, são quem sustentam meus irmãos, então são muito importantes para mim também.

Creio que o que nos faz únicos nesse mundo não são nossas palavras, atitudes, bens materiais ou quaisquer outros legados deixados, mas sim os sentimentos que despertamos nas pessoas.

Em razão disso, sei que esse trabalho também será esquecido, mas espero que a vocês nominados eu seja o que vocês são para mim, um porto seguro.

Por fim e obviamente que não menos importante, agradecer ao meu orientador Prof Dr Salo, que me ensinou, praticamente do zero, a elaborar um trabalho acadêmico. Minha inexperiência teve que ser superada pela força de vontade.

“Podem me chamar de louco
Mas aprendi com os mais quebras
A não galopar nas pedras
Nem pelear por muito pouco

A lição número um
Eu aprendi com meu pai
Quem não sabe pra onde vai
Não vai a lugar nenhum”

Luiz Marengo

RESUMO

O ingresso no domicílio em diligências policiais é um assunto que ganhou destaque sobremaneira na jurisprudência nacional, sobretudo nos últimos anos, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, na repercussão geral nº 603616. A relativização do direito à inviolabilidade domiciliar é balizada na Constituição Federal, mas sua regulação, em determinados casos – “determinação judicial” -, é feita pela legislação infraconstitucional (art. 293 do Código de Processo Penal) e, em outros casos – “flagrante delito” -, pela jurisprudência. Ocorre que a falta de consenso jurisprudencial estadual e nacional e a generalidade da norma positivada acabam por trazer insegurança fático-jurídica tanto ao cidadão que sofre uma ação policial, quanto à instituição policial que trabalha na atividade de segurança pública e persecução penal. Além disso, o desapego à forma pelos atores do sistema de persecução penal contribui para a insegurança e a fragilidade do processo penal, aproximando-o das características inquisitórias. O problema de pesquisa do presente trabalho envolve dois questionamentos: o mandado de prisão é instrumento hábil frente ao constitucionalismo brasileiro e a legalidade infraconstitucional para se ingressar no domicílio e efetuar a prisão do indivíduo procurado? Quais garantias são positivadas a fim de limitar a atividade punitiva estatal nessa diligência? Objetiva-se, de modo geral, a verificação da legalidade dessa diligência policial, a partir da conjugação dogmática dos artigos 5º, inciso XI, da Constituição Federal e 293 do Código de Processo Penal, à luz do garantismo penal e do constitucionalismo principialista. Em específico, objetiva-se analisar: as garantias processuais penais necessárias para graduação dos sistemas criminais em Garantistas ou Inquisitórios; qual é a forma de constitucionalismo experimentada em *terrae brasilis*, de acordo com as nomenclaturas de Luigi Ferrajoli, sobretudo o constitucionalismo garantista e o garantismo principialista; analisar a normatividade relacionada à diligência policial de ingresso em domicílio com respaldo em ordem judicial prisional; e, por fim, análise qualitativa as decisões judiciais relacionadas a processos criminais oriundos dessa diligência mencionada. A teoria de base adotada é o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, bem como temas conexos já trabalhados pelo mesmo autor como o constitucionalismo garantista. A metodologia de pesquisa se deu, nos dois primeiros capítulos, a partir de levantamento bibliográfico e documental da doutrina nacional e internacional relacionada à temática do garantismo penal, neoconstitucionalismo e processo penal brasileiro. Quanto ao terceiro capítulo, a pesquisa envolveu o levantamento empírico de decisões judiciais de segundo grau de jurisdição, nos últimos 10 anos, de processos relacionados ao cumprimento de mandado de prisão no interior de domicílio e da prisão em flagrante decorrente dessa diligência. O trabalho se desenvolveu no âmbito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade La Salle e está inserida na linha de pesquisa Sociedade e Fragmentação do Direito.

Palavras-chave: Garantismo penal; inviolabilidade domiciliar; mandado de prisão; processo acusatório; processo inquisitório;

ABSTRACT

Entry into the home in police investigations is a subject that has gained prominence in national jurisprudence, especially in recent years, from the decision of the Federal Supreme Court, in general repercussion nº 603616. The relativization of the right to home inviolability is marked out in the Federal Constitution, but its regulation, in certain cases – “judicial determination” -, is made by infraconstitutional legislation (art. 293 of the Code of Criminal Procedure) and, in other cases – “flagrante delicto” -, by jurisprudence. It so happens that the lack of state and national jurisprudential consensus and the generality of the positive norm end up bringing factual-legal insecurity both to the citizen who suffers a police action, and to the police institution that works in the activity of public security and criminal prosecution. In addition, the detachment from the form by the actors of the criminal prosecution system contributes to the insecurity and fragility of the criminal process, bringing it closer to the inquisitorial characteristics. The research problem of the present work involves two questions: is the arrest warrant a skillful instrument in the face of Brazilian constitutionalism and the infraconstitutional legality to enter the home and arrest the wanted individual? What guarantees are positive in order to limit the state's punitive activity in this diligence? The objective is, in general, to verify the legality of this police diligence, based on the dogmatic conjugation of articles 5, item XI, of the Federal Constitution and 293 of the Code of Criminal Procedure, in the light of “garantismo penale” theory and principialist constitutionalism. Specifically, the objective is to analyze: the criminal procedural guarantees necessary for the graduation of criminal systems into Guarantor or Inquisitorial; what is the form of constitutionalism experienced in terrae brasiliis, according to Luigi Ferrajoli's nomenclatures, especially guaranteeist constitutionalism and principialist guaranteeism; to analyze the normativity related to the police diligence of entering a home with support in a prison court order; and, finally, to analyze qualitatively the judicial decisions related to criminal proceedings arising from this mentioned diligence. The base theory adopted is the "garantismo penale" theory, by Luigi Ferrajoli, as well as related themes already worked by the same author as the guarantee constitutionalism. The research methodology took place, in the first two chapters, from a bibliographical and documentary survey of the national and international doctrine related to the theme of “garantismo penale” theory, neoconstitutionalism and Brazilian criminal procedure. As for the third chapter, the research involved the empirical survey of judicial decisions of the second level of jurisdiction, in the last 10 years, of processes related to the execution of an arrest warrant inside the home and the arrest in flagrante delicto resulting from this diligence. The work was developed within the scope of the Stricto Sensu Graduate Program in Law at La Salle University and is inserted in the Society and Fragmentation of Law research line.

Keywords: “garantismo penale” theory; home inviolability; arrest warrant; accusatory process; inquisitorial process;

LISTA DE FIGURAS

Figura nº 1 - Parâmetro de medição do Sistema Garantista

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico nº 1 - Classificação dos Julgados conforme espécie recursal

Gráfico nº 2 - Total de casos de acordo com o ano de julgamento em 2º grau

Gráfico nº 3 - Espécies delitivas de acordo com a denúncia

Gráfico nº 4 - Classificação dos julgados conforme decisão de primeiro grau

Gráfico nº 5 - Classificação dos julgados conforme decisão de segundo grau

Gráfico nº 6 - Dispositivo da decisão de primeiro grau

Gráfico nº 7 - Dispositivo da decisão de 2º grau

Gráfico nº 8 - Classificação dos julgados conforme fundamento legal de absolvição no TJRS

Gráfico nº 9 - Quantidade de ações e respectiva instituição policial envolvida

Gráfico nº 10 - Quantidade de ações por instituição policial e decisão do TJRS

Gráfico nº 11 - Quantidade de decisões por órgão colegiado e seu teor

Gráfico nº 12 - Desembargador relator e decisão final do órgão

Gráfico nº 13 - Existência de mandado de prisão individualizado na diligência e decisão judicial de segundo grau no caso

Gráfico nº 14 - Argumento judicial para decisão de legalidade ou ilegalidade

Gráfico nº 15 - Quantitativo da situação cautelar do réu nos resultados

Gráfico nº 16 - Quantitativo de pessoas processadas e o resultado da decisão judicial

LISTA DE TABELAS

Tabela nº 1 - Correlação entre axiomas garantista e princípios criminais

Tabela nº 2 - Princípios relacionados ao momento criminal

Tabela nº 3 - Modelos de sistema criminal inquisitivo e princípios ausentes

Tabela nº 4 - Diferenças básicas entre as formas de constitucionalismo

Tabela nº 5 - Crises jurídicas que ensejam a fundamentação do constitucionalismo garantista

Tabela nº 6 - Ano de julgamento e resultado da decisão judicial no TJRS

Tabela nº 7 - Classificação dos Julgados em ordem temporal decrescente, conforme crimes denunciados e as respectivas decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição

Tabela nº 8 - Instituição policial responsável pela diligência e decisão judicial em primeiro grau respectiva

Tabela nº 9 - Instituição policial responsável pela diligência e respectiva decisão judicial em segundo grau

Tabela nº 10 - Decisões judiciais de segundo grau conforme julgadores e teor da decisão

Tabela nº 11 - Quantidade de acusados, decisão judicial e captura do foragido

Tabela nº 12 - Fundamentação da decisão judicial no TJRS na análise do ingresso válido ou violação de domicílio

Tabela nº 13 - Número do processo e situação processual do réu ou réus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 EPISTEMOLOGIA E AXIOMAS GARANTISTAS.....	17
1.1 MODELOS E GRADUAÇÃO DE SISTEMAS PUNITIVOS.....	17
1.2 PRESSUPOSTOS DO GARANTISMO E DOS AXIOMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	33
1.3 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS.....	36
1.3.1 A LIBERDADE COMO OBRIGAÇÃO CAUTELAR.....	37
1.3.2 ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO.....	41
1.3.3 ÔNUS ACUSATÓRIO <i>PROBANDI</i>	45
1.3.4 DIREITO DE DEFESA.....	42
2 CONSTITUCIONALISMO E INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	50
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA E CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. ONDE ESTAMOS?	50
2.1.1 O QUE É NEOCONSTITUCIONALISMO?	50
2.1.2 CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X PRINCIPALISTA.....	54
2.1.3 PROTAGONISMO JUDICIAL E PANPRINCIPALISMO. COMO ADEQUAR AO GARANTISMO PENAL?	59
2.2 A INVIOABILIDADE DOMICILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NORMA PROCESSUAL.....	63
2.2.1 A PROTEÇÃO DOMICILIAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	63
2.2.2 A AMPLITUDE DA PROTEÇÃO. O QUE É “CASA”?	65
2.2.3 A RESTRINGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL. QUAIS OS LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO?	68
2.2.4 A NORMA INFRACONSTITUCIONAL. O ARTIGO 293 DO CPP E AS GARANTIAS POSITIVADAS NA LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL.....	73
3 CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO GARANTISMO PENAL.....	80
3.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO DE INVESTIGAÇÃO E COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS.....	80
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS JULGADOS.....	85
3.3 ANÁLISE DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL.....	111

3.3.1 A SEGREGAÇÃO CAUTELAR PRISIONAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	112
3.3.2 A AUSÊNCIA DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO EM AUDIÊNCIA E A DESOBEDIÊNCIA AO RITO PROCESSUAL DO ARTIGO 212 DO CPP EM CONTRASTE À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR.....	116
3.3.3 O DESAPEGO AO FORMALISMO NO CUMPRIMENTO DE MANDADOS DE PRISÃO PELOS AGENTES POLICIAIS.....	118
3.3.4 A CONDUÇÃO COLETIVA DE INVESTIGADOS E A PROMOÇÃO DA VIOLÊNCIA PELOS ENTES ESTATAIS.....	125
CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134
ANEXOS.....	139

INTRODUÇÃO

A estruturação do sistema de justiça criminal, em seus diversos espectros - desde a seara policial orientada pelas medidas de segurança pública e política criminal, até a execução penal, ocorrida posteriormente ao processo -, não é igual nos Estados nacionais e também não é igual sequer dentro do mesmo Estado nacional a depender da época em que se analisa.

Diversos fatores sociais interferem na formação da cultura jurídica penal, dentre os quais podemos citar o processo de colonização (ou não) do país, a distribuição de renda entre as classes, o nível de compromisso político dos representantes eleitos, a formação racial e étnica do país, a orientação estatal ao aparato policial e a vinculação deste com algum dos poderes, a forma de governo vivenciada, a forma de Estado da mesma forma, entre outros. Como se vê, o arcabouço de justiça criminal pode variar a depender dessa complexidade de fatores.

Diante dessa premissa, pode-se afirmar que a ordem constitucional e jurídica experimentada em qualquer país é fruto dessa histórica construção social, política, legislativa, judiciária e cultural (rol meramente exemplificativo) que o território, a população, as fronteiras e os demais elementos que compõe o Estado nacional sofreram e vivenciaram. Não menos importante são as interferências estrangeiras e internacionais.

A partir disso e se utilizando de fundamentação filosófica que busca construir o direito penal de forma racional, Luigi Ferrajoli elaborou uma doutrina direcionada a sustentar um sistema de justiça criminal fundado no minimalismo, ou seja, que promova interferência penal mínima na vida social. Ferrajoli diz que o “direito penal é de fato o terreno sob o qual, da maneira mais emblemática, se manifestam os limites da democracia política, entendida como o poder ou vontade do povo e, portanto, da maioria” (FERRAJOLI, 2002, 31).

Essa diretriz da doutrina do Garantismo Penal, como o autor denominou, busca reduzir a violência, partindo do pressuposto de que o direito penal só deve interferir em casos excepcionais e quando outras searas do direito não mais são suficientes. Ademais, sua construção jurídica orienta as fases de elaboração legislativa das condutas consideradas criminalizadas, perpassa pela forma de apuração dessas condutas através do poder judiciário e encerra na forma que se deve punir.

Toda estrutura é orientada, como já dito, pela redução da violência, de modo que a resposta estatal deve essencialmente ser menos violenta que o próprio delito já

praticado. Além disso, a construção doutrinária é estruturada de forma a se reduzirem drasticamente as possibilidades de condenação de eventual inocente processado.

A estrutura garantista, ademais, é voltada à proteção do mais fraco, que no processo penal é o acusado ou réu. O objetivo geral do direito penal, para Ferrajoli, é “identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade” (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Além disso, de forma inovadora, o autor nos trouxe um parâmetro de medição de sistemas de justiça, de modo que é possível, a partir da presença ou ausência de direitos e regras construídos sob a forma de axiomas, definir se estamos diante de um Sistema Garantista (SG) ou de um Sistema Inquisitivo (SI).

Para além da doutrina do garantismo penal, Ferrajoli aborda temas epistemologicamente importantes para o florescimento das estruturas garantistas na ordem constitucional. Através de um constitucionalismo denominado “garantista”, onde há rigidez na separação entre direito e moral, onde não há protagonismo principiológico e, por conseguinte, onde há reduzido espaço para inovações jurisdicionais, Ferrajoli defende que o constitucionalismo chamado de “principialista” reduz o fortalecimento dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade.

Diante desse cenário e se direcionando ao espectro empírico do presente trabalho, o constitucionalismo verificado na ordem jurídica brasileira nos traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. O direito à inviolabilidade domiciliar se destaca nesse rol, sobretudo quando se fala em direito penal e processo penal decorrentes de ações policiais.

Os limites desse direito fundamental e as suas relativizações são diariamente colocados em xeque por ações estatais representadas por instituições policiais, os quais trabalham continuamente e diariamente em ações preventivas e repressivas da criminalidade e orientados por políticas de segurança pública. Contudo, corriqueiras e polêmicas são as decisões tomadas por agentes estatais nessa atividade e, da mesma forma, a interpretação judicial dos fatos ali originados é variável e não uniforme.

No presente trabalho, a análise procurou delimitar a pesquisa no espectro do direito à inviolabilidade de domicílio, nas exceções elencadas constitucionalmente – com foco aprofundado na expressão “determinação judicial” insculpida no artigo 5, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, bem como na forma que ações policiais e julgamentos de primeiro e segundo grau de jurisdição decorrente dessas ações interpretam a garantia individual. A análise teve como ponto de partida a teoria do garantismo penal, sobretudo

nos axiomas estruturantes do processo penal, e a aplicabilidade dessa base teórica nas decisões judiciais.

A atividade policial, como se constata diariamente, é de suma importância para manutenção da ordem social, mas também apresenta precariedades e imperfeições que acabam por trazer consequências nefastas na vida de determinadas pessoas. Um dos fatores que auxilia na promoção da atuação policial de forma atécnica e ajurídica é o impasse ou divergência legal, doutrinária e jurisprudencial em relação a formas de atuação, sobretudo quando há lacunas legais acerca do tema.

Como exemplo e é o que foi tratado no presente trabalho, a forma de cumprimento de mandados de prisão no interior de domicílios é uma realidade encarada diariamente por policiais no exercício da função e que não há pacificação jurisprudencial. O artigo constitucional acima citado, analisado em conjunto com os ditames do Código de Processo Penal, em especial o artigo 293, traz espaço para debates doutrinários e judiciais acerca da legalidade dessa diligência. A forma de constitucionalismo vigente no país, que dá protagonismo aos princípios e à inovação judicial, estimula a dúvida, a incerteza e corrobora práticas policiais evitadas de subjetividade e sem regulação procedimental.

Nesse cenário, portanto, procurou-se entender, de início, a epistemologia garantista e seus axiomas estruturantes, a fim de fundamentar a análise dos casos pesquisados, quais sejam, as decisões judiciais acerca da temática no Tribunal de Justiça gaúcho, nos últimos 10 anos. Tentou-se verificar se o sistema processual penal para esses casos em que há a diligência policial de ingresso em domicílio para captura de acusado foragido se aproxima do Garantista ferrajoliano ou inquisitivo.

O problema de pesquisa do presente trabalho envolve dois questionamentos: o mandado de prisão é instrumento hábil frente ao constitucionalismo brasileiro e a legalidade infraconstitucional para se ingressar no domicílio e efetuar a prisão do indivíduo procurado? Quais garantias são positivadas a fim de limitar a atividade punitiva estatal nessa diligência?

Objetiva-se, de modo geral, a verificação da legalidade dessa diligência policial, a partir da conjugação dogmática dos artigos 5º, inciso XI, da Constituição Federal e 293 do Código de Processo Penal, à luz do garantismo penal e do constitucionalismo principialista.

Em específico, objetiva-se analisar: as garantias processuais penais necessárias para graduação dos sistemas criminais em Garantistas ou Inquisitórios; qual é a forma de constitucionalismo experimentada em *terrae brasilis*, de acordo com as nomenclaturas de

Luigi Ferrajoli, sobretudo o constitucionalismo garantista e o garantismo principialista; analisar a normatividade relacionada à diligência policial de ingresso em domicílio com respaldo em ordem judicial prisional; e, por fim, analisar de forma qualitativa as decisões judiciais relacionadas a processos criminais oriundos dessa diligência mencionada.

A teoria de base adotada é o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli, bem como temas conexos já trabalhados pelo mesmo autor como o constitucionalismo garantista.

A metodologia de pesquisa se deu, nos dois primeiros capítulos, a partir de levantamento bibliográfico e documental da doutrina nacional e internacional relacionada à temática do garantismo penal, neoconstitucionalismo e processo penal brasileiro. Quanto ao terceiro capítulo, a pesquisa envolveu o levantamento empírico de decisões judiciais de segundo grau de jurisdição, nos últimos 10 anos, de processos relacionados ao cumprimento de mandado de prisão no interior de domicílio e da prisão em flagrante decorrente dessa diligência.

O trabalho se desenvolveu no âmbito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade La Salle e está inserida na linha de pesquisa Sociedade e Fragmentação do Direito. O mestrando e pesquisador desenvolveu o curso de mestrado beneficiado com o desconto institucional.

A aderência para com o programa de pós-graduação da Universidade La Salle, com concentração em “Direito e Sociedade”, revela-se a partir da pesquisa sobre o tema Garantismo Penal, na busca de novas formas de solução de conflitos, com enfoque no direito penal mínimo, e contra argumentando a proposta de expansão de utilização do direito penal na sociedade.

A linha de pesquisa selecionada, Sociedade e Fragmentação do Direito, foca a questão da legitimidade do Direito perante a sociedade, tendo como objetivo investigar as expectativas e as reações da sociedade sobre as legislações vigentes e as expectativas geradas em relação à atuação do Poder Judiciário. Desta maneira, o movimento gerado pela redução de aplicação do direito penal e o entendimento jurisprudencial da temática é tema objeto do presente programa de pesquisa universitário.

1 EPISTEMOLOGIA E AXIOMAS GARANTISTAS

Propõe-se, nessa fase do trabalho, revisar a bibliografia e documentação relativa à temática em debate, interrelacionando doutrinas nacionais e internacionais afetas ao garantismo penal. A pesquisa deste capítulo se resumiu à sistematização dos referenciais bibliográficos nacionais e internacionais, sem restrição de período e sem limitação de palavras-chave.

O levantamento objetivou analisar o aspecto doutrinário de aplicação do garantismo, com intuito de manter a fidelidade com as proposições originais de Luigi Ferrajoli, na sua obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Em termos gerais, objetivou analisar os contornos conceituais e aplicações práticas do garantismo penal, com intuito de formar base teórica destinada a contrastar com os casos empíricos coletados no terceiro capítulo e promover a discussão acadêmica.

Portanto, trouxe-se à tona os contornos epistemológicos garantistas, antigarantistas, os axiomas garantistas e a graduação de sistemas punitivos a partir da presença ou ausência dos axiomas garantistas, bem como análise dos axiomas processuais do garantismo penal.

1.1 MODELOS E GRADUAÇÃO DE SISTEMAS PUNITIVOS

O direito criminal no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quanto aos princípios limitadores da atividade punitiva estatal – tais como a legalidade estrita, a materialidade, responsabilidade pessoal, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório – é consequência da evolução e construções teóricas dos movimentos iluminista e liberais. Somado a isso, há aportes do direito comparado e internacional, internalizados na forma da legislação pátria, tais como as figuras da audiência de custódia, do juiz das garantias e etc.

As reconstruções e contribuições jurídicas de outras teorias durante a história jurídica transformaram os ordenamentos jurídicos pátrios em cada qual diferentes dos demais a depender do país e do constitucionalismo que se observa. Ferrajoli ensina que “os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes” (FERRAJOLI, 2002, p. 29).

Interferência direta do processo de formação da estrutura criminal dos ordenamentos jurídicos democráticos ocorreu pela implementação e evolução da

secularização do direito, o qual, entre outros aspectos, deslegitima dos anseios punitivos a valoração de condutas puramente morais e religiosas. Esse processo de secularização, conforme Ferrajoli, desenvolveu-se lentamente a partir do “século XVII pelas doutrinas jusnaturalistas de Grócio, Hobbes, Pufendorf e Thomasius”. Além disso, “atingiu a sua maturidade com os iluministas franceses e italianos, bem como com as doutrinas expressamente positivistas de Jeremy Bentham e de John Austin.” (FERRAJOLI, 2002, p. 172)

Por conseguinte, a secularização do direito – sobretudo criminal – e a estruturação do iluminismo, materializado pelo princípio da legalidade, impõem que ao Estado não incumbe a penalização do que não se exterioriza do indivíduo, como sua personalidade ou intenções não manifestadas através de condutas (manifestação do princípio da ofensividade). A tipificação, processamento e julgamento do delito não deve se relacionar, portanto, a valores morais e religiosos ou a condutas que tenham seu desvalor avaliado por essas instituições.

Para Carvalho, a secularização conseguiu “garantir ao indivíduo determinada esfera de liberdade na qual o Estado não pode penetrar (esfera da vida privada, da intimidade, da liberdade de pensamento, da liberdade de culto, da liberdade de associação política)” (CARVALHO, 2008, p. 123).

O iluminismo, diante desse cenário, assumiu protagonismo no início da construção da confiança popular no Estado, antes marcado pelos excessivos punitivismos fundados em juízos morais e na violência desregrada a título de punição. A nova ordem, paulatinamente desenvolvida, concebeu centralidade na razão, na legislação e nas normas positivadas, como ferramentas de obstaculizar a atividade punitiva estatal. Essa conquista é “responsável pela humanização do Direito Penal e que, até hoje, informa sua própria existência” (PINHO, 2011, p. 46).

A fundamentação de existência do direito estatal de punir seus cidadãos por condutas consideradas violadoras da ordem jurídica, na forma que atualmente é concebida, não decorreu de célere mudança social. Carvalho explica que:

Os fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela Ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém de contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/livre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade

imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório). (CARVALHO, 2008, p. 41)

Superado esse breve panorama sobre a virada ocorrida na forma de punir dos Estados Democráticos, verifica-se a necessidade de abordar quais desses alicerces são imprescindíveis ao garantismo penal.

A unidade e coerência do sistema jurídico, na visão garantista, dependerão da verificação de que os princípios garantistas se estruturam como um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal”, com objetivo de garantir a racionalidade e confiabilidade do juízo em grau máximo (FERRAJOLI, 2002, p. 30). Para isso, utiliza-se a limitação do poder de punir estatal e a proteção dos indivíduos contra arbitrariedades como objetivos e alicerces do ordenamento.

A epistemologia garantista traz, ademais, como elementos constitutivos a definição legislativa das tipologias criminais (convencionalismo penal), bem como a comprovação judicial do desvio punível (cognitivismo processual), os quais se relacionam com garantias penais e processuais penais do sistema punitivo.

O convencionalismo penal, assim tratado por se relacionar com o princípio da legalidade estrita, exige pré determinação abstrata e positivada da conduta considerada desviante e punível. Nesse sentido, duas condições à satisfação principiológica são exigidas: a formal/legal e outra empírica/fática: a primeira se satisfaz com a descrição na lei do comportamento criminal (de forma e excluir condutas imorais e socialmente lesivas, entre outras) e a segunda se refere à definição dessas condutas, que deve ser fundada em figuras objetivas de comportamento (de modo a excluir a criminalização de formas de “ser”, como condições raciais, sexuais, religiosas...).

O cognitivismo processual, segundo elemento da epistemologia garantista, é estabelecido pelas condições de verificabilidade das hipóteses acusatórias e de comprovação empírica por procedimentos que possibilitem confirmar ou refutar. “O pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei, mas também pela hipótese da acusação” (FERRAJOLI, 2002, p. 32). Aliado a isso, há a necessidade de que as hipóteses acusatórias sejam efetivamente verificadas ou colocadas em verificação com exposição à refutação, para que, a partir das provas e contraprovas, resultem convalidadas ou não.

Noutro giro e com intuito de bem delimitar a separação entre as formas de punir, são características da epistemologia antigarantista ou inquisitiva: a concepção não formalista (e sim substancialista) do desvio penalmente relevante; e o decisionismo

processual (que tem caráter não cognitivo, e sim potestativo do juízo e da irrogação da pena). A primeira característica marcante dessa forma de tratamento penal dá excessivo desvalor à imoral conduta do desvio, bem como à personalidade do criminoso. Ainda, a lei não é o exclusivo e exaustivo critério de tipificação de condutas criminais, abrindo-se espaço para condutas indeterminadas, abrangentes, genéricas, com utilização de termos vagos e imprecisos.

Ferrajoli traz os exemplos da “obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares” como modelos globais de desvio (FERRAJOLI, 2002, p. 36). Contudo, as facetas mais extremistas da consequência desse tratamento penal são as figuras do “delinquente natural” (fruto da doutrina positivista-antropológica), do “direito penal da vontade” e “tipo de autor” (ambas com base na doutrina nazista), do “inimigo do povo” (no caso da doutrina stalinista).

A segunda característica – decisionismo processual – decorre da subjetividade do tema processual e do juízo.

Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a "tipos normativos de autor" ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. (FERRAJOLI, 2002, p. 37)

As consequências dessas características, conforme Ferrajoli, são, no caso da subversão do tema processual, a utilização do processo como instrumento inquisitivo, destinado ao julgamento da pessoa processada (vinculando o réu a tipos normativos de criminosos), e não de fatos objetivamente apontados. E, no caso do juízo concebido subjetivamente, há degradação da “verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador” (FERRAJOLI, 2002, p. 37)

A formulação da epistemologia garantista, que serve de base ao modelo de justiça criminal do Sistema Garantista, é imprescindível dizer, traz a característica de nunca ter sido realizado e de que nunca o será, tendo em vista que foi elaborado como uma espécie de modelo utópico e ideal a ser perseguido.

Para graduar e materializar o modelo de justiça penal, desde a fixação legal do delito, passando pela forma processual de comprovação, atingido, ainda, o modo de

aplicação da pena, Ferrajoli elencou axiomas balizadores da limitação estatal. A formulação de princípios penais e processuais penais na forma de axiomas que representam regras e limites ao poder punitivo estatal é uma das características marcantes da doutrina do garantismo penal. Na forma esquemática de estabelecer parâmetros de individualização de modelos de sistemas punitivos democráticos ou inquisitivos, o autor elenca 10 (dez) axiomas na forma de condições e ligados entre si.

Para Ferrajoli, os axiomas garantistas são proposições prescritivas, pois enunciam o que deve ocorrer e condições que o sistema deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos ou parâmetros de justificação externa (não se trata, dessa forma, de proposições assertivas, pois essas têm a característica de descrever o que ocorre e o que um sistema penal efetivamente satisfaz).

Os princípios – que serão elencados abaixo – integrantes do modelo de direito penal proposto representam uma “garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena” (FERRAJOLI, 2002, p. 74), de modo que, ainda que todos estejam presentes no caso concreto analisado, não é consectário lógico de que deve ocorrer a punição, mas, pelo contrário, de que na sua ausência é proibido punir.

Como propõe Salo de Carvalho, o modelo garantista tem o intuito de viabilizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos fundamentados no grau máximo de tutela dos direitos e na credibilidade do juízo e da legislação, desde que se mantenha em vista o propósito de limitar o poder punitivo (CARVALHO, 2008, p. 82).

Axiomas, conforme o vernáculo, são proposições que não exigem demonstração e a ideia de axioma é derivada do modelo normativo, e não empírico, proposto por Ferrajoli:

A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. Isso não impede o caráter descritivo e não normativo de sua análise teórica e, sobretudo, de seu uso – como se realizará no curso deste livro – para interpretar e explicar os princípios de justificação política e de convalidação jurídica dos diversos sistemas penais concretos, além das separações, inevitavelmente conectadas ao seu caráter normativo, entre justiça, validade e efetividade penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

Avançando para a especificação dos modelos e graduação de sistemas punitivos, registra-se que graficamente explicando a conceituação teórica, imagina-se uma régua com dois extremos, sendo que num deles se situa o modelo de Sistema Inquisitivo ou Autoritário, em que não estão presentes os axiomas ou princípios garantistas ou estão em número mínimo, ao passo que no outro extremo se encontra o Sistema Garantista (SG),

contemplando a integralidade dos axiomas e princípios garantistas, relacionados ao delito, ao processo e à pena.

Figura nº 1

Parâmetro de medição do Sistema Garantista



Como dito anteriormente, essa inovação teórica tem o objetivo de medir e graduar o sistema criminal, aproximando-se ou se afastando do mais democrático possível, dentro do direito penal mínimo construído por Ferrajoli e o Sistema Garantista.

No extremo democrático se situa o sistema no qual o autor denomina Sistema Garantista (SG), que engloba e serve obediência a todos os axiomas propostos e disso se pode verificar que o sistema garantista é uma implicação da união de todas as proposições descritivas que estruturam o direito penal e processual penal democrático ou de estrita legalidade. Na outra extremidade do cenário, tem-se a apresentação da tipologia do

¹ Dos dez axiomas de nosso sistema SG - inderiváveis entre si e, não obstante, encadeados de maneira que cada um dos termos implicados implique por sua vez o sucessivo - derivam, mediante silogismos triviais, quarenta e cinco teoremas. Com efeito, todos os termos implicados são enunciáveis como consequentes de outras tantas implicações, que têm como antecedentes todos os termos que as precedem no sistema (FERRAJOLI, 2002, p. 78).

² Ferrajoli diz que: "Será, pois, suficiente aos fins teóricos aqui perseguidos configurar somente outros nove sistemas em adição a SG, disponíveis em grandes traços na ordem do garantismo decrescente e do autoritarismo crescente: um sistema S1 "sem prova e defesa (em sentido estrito)"; um sistema S2 "sem acusação separada"; um sistema S3 "sem culpabilidade"; um sistema S4 "sem ação"; um sistema S5 "sem ofensa"; um sistema S6 "sem necessidade"; um sistema S7 "sem delito"; um sistema S8 "sem juízo"; um sistema S9 "sem lei". Cada um destes sistemas se torna caracterizado, relativamente a SG, pela falta ou pelo enfraquecimento, além da garantia subtraída, também de muitas das que ele pressupõe e a precedem na ordem em que os diversos sistemas foram elencados. Vale não só para configurar modelos teóricos e normativos de grau de garantismo continuamente inferiores, mas também para descrever as composições reais dos ordenamentos penais positivos ou de seus institutos específicos, que de fato carecem de garantias acerca de seus modelos normativos de nível jurídico superior." (FERRAJOLI, 2002, p. 78).

sistema punitivo inquisitório, no qual há a inexistência ou existência mínima de quaisquer das garantias penais e processuais penais elencadas.

No ínterim entre esses extremos, estão sistemas punitivos com ausência de um ou outro axioma, configurando sistemas punitivos próprios e graduais, abaixo explicados em detalhes

Os axiomas ou, nas palavras do autor, princípios axiológicos fundamentais são representados por máximas latinas, sendo: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine judicio*; A8 *Nullum judicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*, as quais expressam os seguintes princípios:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

Na tabela abaixo, correlacionaram-se as expressões garantistas na forma de axioma e a materialização através de princípio, conforme exposto por Ferrajoli:

Tabela nº 1

Correlação entre axiomas garantista e princípios criminais

AXIOMA GARANTISTA	PRINCÍPIO CORRELATO
<i>A1 Nulla poena sine crimine</i>	Princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito;
<i>A2 Nullum crimen sine lege</i>	Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
<i>A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Princípio da necessidade ou da economia do direito penal
<i>A4 Nulla necessitas sine injuria</i>	Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento

<i>A5 Nulla injuria sine actione</i>	Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
<i>A6 Nulla actio sine culpa</i>	Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal
<i>A7 Nulla culpa sine judicio</i>	Princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito
<i>A8 Nullum judicium sine accusatione</i>	Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação
<i>A9 Nulla accusatio sine probatione</i>	Princípio do ônus da prova ou da verificação
<i>A10 Nulla probatio sine defensione</i>	Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade

As proposições axiomáticas agora transmutadas na forma de princípios penais e processuais penais formam as regras do jogo fundamental (FERRAJOLI, 2002, p. 75) e sua separação em blocos se deu de acordo com o momento criminal dentro do sistema de persecução penal.

Então, os princípios da retributividade, da legalidade e da necessidade são relacionados à pena (respondem ao questionamento: quando e como punir?); os princípios da lesividade, materialidade e culpabilidade são relacionados ao delito (respondem ao questionamento: quando e como proibir?); e, por fim, os princípios da jurisdiccionariedade, acusatório, ônus da prova e contraditório ou defesa, referem-se ao processo (respondem ao questionamento: quando e como julgar?).

Tabela nº 2

Princípios relacionados ao momento criminal

Princípios relacionados ao delito Quando e como proibir?	Princípio relacionados ao processo Quando e como julgar?	Princípios relacionados à pena Quando e como punir?
Princípio da lesividade ou da ofensividade do evento	Princípio da jurisdiccionariedade	Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;

Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;	Princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação	Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal	Princípio do ônus da prova ou da verificação	Princípio da necessidade ou da economia do direito penal
	Princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade	

Gize-se que quanto ao princípio da legalidade: o axioma da mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito, enquanto o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal. Graças ao primeiro, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada (FERRAJOLI, 2002, p. 76). A diferença, portanto, é estrutural, e não somente conceitual ou de nomenclatura.

Inclusive sua aplicabilidade prática proporciona diferentes abordagens:

O princípio convencionalista de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados. (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

Ainda que de certa forma repetitivo, entendemos importante o esclarecimento sobre a definição dos axiomas e sua formulação: como se vê na representação gráfica esboçada acima, cada garantia ou axioma é pré nomeada de A e numerada de 1 a 10, de forma que o resultado da conjectura teórica de criação desse ordenamento punitivo sem determinado axioma, resultará no modelo inverso caracterizado pelo sistema S, com também a respectiva numeração de acordo, em 1 a 9. Da mesma forma que a caracterização dos axiomas em grupos relativos à pena, ao delito e ao processo penal, o sistema S (marcado pela ausência do axioma ou garantia) pode conjecturar modelos autoritários e irracionais de justiça criminal, do seguinte modo:

1- Modelos de processo penal autoritário: integrado pelos Sistema S1: sem prova e sem defesa (ausência dos axiomas 10 e 9 e dos princípios do ônus da prova e do contraditório ou da defesa); e Sistema S2: sem acusação separada (ausência do axioma 8 e ausência do princípio acusatório); (FERRAJOLI, 2002, p. 79)

2- Modelos de direito penal autoritário: integrado pelos Sistema S3: sem culpabilidade (ausência do axioma 6 e ausência da intenção do princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal); Sistema S4: sem ação (ausência do axioma 5 e ausência do princípio da materialidade ou exterioridade da ação); Sistema S5: sem ofensa (ausência do axioma 6 e ausência do princípio da lesividade ou ofensividade do evento); e Sistema S6: sem necessidade (ausência do axioma 3 e do princípio da necessidade ou da economia do direito penal); (FERRAJOLI, 2002, p. 80)

3- Modelos punitivos irracionais: integrado pelos Sistema S7: sem delito (ausência do axioma 1 e do princípio da retributividade); Sistema S8: sem juízo (ausência do axioma 7 e do princípio da jurisdicionariedade); e Sistema S9: sem lei (ausência do axioma 2 e do princípio da legalidade) (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

Tabela nº 3

Modelos de sistema criminal inquisitivo e princípios ausentes

Modelos de processo penal autoritário	Modelos de direito penal autoritário:	Modelos punitivos irracionais
Sistema S1: sem prova e sem defesa (ausência dos axiomas 10 e 9 e dos princípios do ônus da prova e do contraditório ou da defesa)	Sistema S3: sem culpabilidade (ausência do axioma 6 e ausência da intenção do princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal)	Sistema S7: sem delito (ausência do axioma 1 e do princípio da retributividade)
Sistema S2: sem acusação separada (ausência do axioma 8 e ausência do princípio acusatório)	Sistema S4: sem ação (ausência do axioma 5 e ausência do princípio da materialidade ou exterioridade da ação);	Sistema S8: sem juízo (ausência do axioma 7 e do princípio da jurisdicionariedade)
	Sistema S5: sem ofensa (ausência do axioma 6 e ausência do princípio da lesividade ou ofensividade do evento)	Sistema S9: sem lei (ausência do axioma 2 e do princípio da legalidade)

	<p>Sistema S6: sem necessidade (ausência do axioma 3 e do princípio da necessidade ou da economia do direito penal);</p>	
--	---	--

Esboçada a separação dos blocos de sistemas punitivo em relação à garantia expressada (direito material ou processual), bem como a respectiva consequência da ausência do axioma, passa-se a delinear os contornos intrínsecos a cada sistema:

O sistema S1, também chamado de sistema de mera legalidade, deriva da subtração dos princípios do ônus da prova e do direito de defesa. Nesse sistema punitivo, a acusação e defesa são somente argumentáveis, mas não verificáveis e contestáveis. Tal fenômeno ocorre sobretudo em crimes com tipos penais abertos, de modo que a interpretação não permite falar, nem sequer em sentido aproximativo, de verificação jurídica, consistindo de opções e de juízos de valor. (FERRAJOLI, 2002, p. 79)

O sistema S2, configurador do método inquisitivo, deriva da subtração do princípio acusatório e, por consequência, da imparcialidade do juiz e da separação da acusação. Nesse sistema, a mistura entre órgão acusatório e juiz competente compromete diversas outras garantias, vez que obstaculiza a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações. Dessa forma, também serão colocados em xeque a publicidade e a oralidade do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 79).

O sistema S3, caracterizado como objetivista, resulta da remoção do princípio da culpabilidade, que representa a intencionalidade da prática delitiva, o que marca os sistemas penais primitivos. Ademais, essa responsabilidade penal objetiva, que independe da intenção do agente no seu modo de agir, debilita outras garantias como o ônus de verificação empírica dos nexos de causalidade e da imputação, bem como as garantias em matéria de prova e de defesa (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S4, sendo um dos taxados de subjetivistas (junto com o sistema S5), é marcado pela ausência de ação (aqui compreendida como comissão e omissão). Tal pressuposto resulta na criação de figuras penais delitivas focadas na personalidade do desviado e reprimem atitudes e situações subjetivas de imoralidade, perigosidade e hostilidade ao ordenamento, independente de exteriorização delituosa concreta (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S5, também subjetivista, resulta da supressão do princípio da lesividade do fato. A consequência dessa formulação se equipara ao resultado proposto no Sistema S4, o que vai de encontro aos princípios liberais do utilitarismo penal e da separação de direito e moral. Merece destaque a anotação de Ferrajoli no sentido de que essa violação também pode ocorrer pela via judicial, e não apenas a legal, nos casos de abuso jurisprudencial, nas macroinstituições contra a criminalidade organizada, no concurso moral e do delito associativo, consideradas às vezes, na falta de fato específico, com base nos antecedentes dos acusados ou pela colocação ou identidade social e política (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O sistema S6, caracterizado por vexatório, trata da ausência do princípio da necessidade ou da economia do direito penal. Esse princípio é um critério de política criminal e sua satisfação está condicionada às demais garantias, não lhe sendo condicionantes (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

O sistema S7, denominado de mera prevenção, marca-se pela ausência do princípio da retributividade e igualmente é subjetivista, face o foco da punição ser no autor ou no indivíduo e não no objetivo fato praticável. Assim, a punição assume caráter ostensivo de prevenção ao desvio (FERRAJOLI, 2002, p. 81).

O sistema S8, caracterizado por marcar um Estado Policial, correspondido pela ausência do princípio da jurisdicionariedade, ressalta-se pela existência de leis em branco, as quais permitem intervenções punitivas livres de qualquer vínculo, inclusive o do juízo prévio (FERRAJOLI, 2002, p. 82).

O sistema S9, denominado Justiça Patriarcal, deriva da supressão do princípio da legalidade, que exige prévia lei para cominar crimes. Não há, dessa forma, nenhuma vinculação a critério pré estabelecido, nem de fato ou de direito, mas sim somente à vontade dos príncipes (FERRAJOLI, 2002, p. 82).

O sistema, portanto, de acordo com a maior ou menor correspondência com a principiologia garantista, encerra modelos minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; acusatórios ou inquisitivos, quanto ao juízo; e garantistas ou pedagógicos, quanto à fundamentação e execução da pena (CARVALHO, 2008, p. 84).

Os extremos apresentados acima são tratados como modelos de direito penal mínimo, no caso do Sistema Garantista integrado pela integralidade dos axiomas descritos, e de direito penal máximo, no caso do Sistema Inquisitório cuja incerteza acerca dos limites punitivos estatais e da liberdade da forma de punir são características marcantes.

No primeiro caso, tem-se um modelo próprio de Estado de Direito, em que a ordem jurídica vincula o Poder Público, com ênfase em limitações rígidas das atribuições penais, vinculado à lei em material substancial e ao plano processual, de forma que no segundo caso (direito penal máximo) traz-se modelo adequado em Estados Totalitários e Absolutos, que não obedecem à lei, tampouco são restringíveis pelo ordenamento jurídico, possuindo livre atuação e discricionariedade ilimitada no poder de punir.

Diante dessa exposição do rol de garantias e apontamentos de que compõem os respectivos sistemas, ao leitor mais atento e afeto ao tema dos limites processuais penais impostos pela Constituição Federal, verificará aproximação substancial entre garantias e direitos fundamentais. Contudo, imprescindível entender sua diferenciação.

Os direitos fundamentais podem ser de liberdade e sociais. Cademartori explica que os direitos de liberdade manifestam vedações destinadas ao Estado, cujo conteúdo não é pré determinado “nem é o mesmo determinável a priori. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício ou as condições que legitimam a sua limitação”. Quanto aos direitos sociais, “são determináveis os conteúdos, mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como do seu desenvolvimento econômico e civil)” (CADEMARTORI, 1997, p. 122).

Por sua vez, as garantias, na conceituação teórica do garantismo penal, funcionam como técnicas de restrição ou limitação estatal no que atine aos direitos de liberdade, bem como técnicas de implementação e materialização dos direitos sociais. Cita-se, como exemplo, “o princípio da incolumidade do preso e da humanidade das penas em se tratando de liberdades; e a previsão legal dos pressupostos vinculantes com a identificação de órgãos e procedimentos, no que diz com os direitos sociais”. (CADEMARTORI, 1997, p. 123)

O autor finaliza essa diferenciação de forma cirúrgica:

Assim, o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos. (CADEMARTORI, 1997, p. 124)

No modelo de direito penal mínimo, como se explicou, apresenta-se um vínculo substancial entre garantismo e racionalismo, tendo em vista que procura tornar as

intervenções penais estatais previsíveis e limitadas, utilizando como ferramenta essencial o princípio do favor rei. Esse princípio, em essência, exige a exclusão ou atenuação da responsabilidade penal sempre que houver dúvida ou incerteza quanto aos aspectos processuais penais do delito perquirido.

Por outro lado, no modelo de direito penal máximo não há condições e limites ao poder estatal penal, bem como prepondera a arbitrariedade, face a incerteza e imprevisibilidade das penalidades e decretos condenatórios. Ferrajoli esclarece que “substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 84)

Marcantes são as características principais de cada modelo e os objetivos que cada um persegue: no direito penal mínimo, a certeza é de que nenhum inocente será punido, orientada pelo princípio do *in dubio pro reo*, de modo que é o intuito perseguido no processo e suas garantias intrínsecas; noutro sentido, a certeza no direito penal máximo é de que nenhum culpado sairá impune e orientado pelo sentido inverso do princípio acima, de que na dúvida se interpreta em desfavor do réu.

Pelo que se vê, o sistema garantista é formulado para se adequar à coerência da epistemologia garantista e sempre buscando a razão como forma de condicionar o poder punitivo. Para Fauzi Hassan Choukr, a razão “é uma forma de domesticar o exercício do poder, entendido este poder no plano da organização do Estado. Tem esse conceito, portanto, um caráter instrumental cuja essência é dada pelo conteúdo ético da sociedade” (CHOUKR, 2002, p. 15).

Além dessa característica, a razão funciona como forma condicionante do poder, cujo foco é na criação das normas, bem como no controle das normas vigentes. Norma alguma, portanto, elaborada “em desacordo com os valores superiormente estabelecidos tem vida para o contexto jurídico. Serve o texto de constituição, pois, como instrumento de vigilância das demais normas criadas”. (CHOUKR, 2002, p. 21)

As normas penais, muitas das vezes, são criadas no afã de atender interesses momentâneos e calorosos de demandas sociais, sobretudo com intenção de promoção política. Essa situação não é rara em *terrae brasilis*. Essa “emergência” na formulação legal desencadeou o panorama vivenciado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, em que se verificam centenas (ou milhares?) de leis penalizadoras e conteúdos criminais, na sua maioria desprovidas de eficácia social.

Por óbvio que essa forma legislativa de inovar no direito criminal não se coaduna com os axiomas penais elencados, sobretudo relacionados ao direito penal. Fauzi Hassan Choukr bem esclarece que “essa produção de normas promocionais e de forte conteúdo simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada de garantismo” (CHOUKR, 2002, p. 49). Posteriormente, refere que não se deve desconsiderar, por outro lado, “o garantismo como solução teórica definitiva e flexível o bastante para solucionar certas tensões surgidas da dicotomia práxis x teoria” (CHOUKR, 2002, p. 50).

Outra questão que é de relevância ímpar para tratar da epistemologia garantista e sua manifestação dentro do ordenamento jurídico se relaciona com a compatibilidade formal e material do direito ordinário com as normas constitucionais. Ferrajoli traz, em sua obra, tópico específico em relação à vigência e validade das normas, no capítulo em que trata da pena e da forma de punir. Para o italiano, a separação entre direito e moral ou validade e justiça “constitui uma conquista fundamental do pensamento jurídico e político moderno” (FERRAJOLI, 2002, p. 286).

Ocorre que, como se sabe, atualmente as ordens constitucionais modernas, para isso podemos citar a brasileira como exemplo, estão arraigadas de valores morais positivados, típicos de construções jusnaturalistas. Ferrajoli cita como exemplo “o princípio da igualdade, o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos, e, ademais, quase todas as garantias penais e processuais de liberdade.” (FERRAJOLI, 2002, p. 287)

Esclarecedora é a explicação de Ferrajoli:

Desse modo, o antigo conflito entre direito positivo e direito natural ou entre positivismo jurídico e jusnaturalismo perdeu, em grande parte, seu significado filosófico-político, ao terem sido mudados os termos da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre direito como é e direito como deve ser. A diferença entre ser e dever ser do direito, expressada na velha dicotomia lei positiva/lei natural, transformou-se em grande medida numa diferença entre ser e dever ser no direito; transportou-se para os ordenamentos jurídicos positivos e configura-se como incoerência ou antinomia entre seus diferentes níveis normativos: entre a constituição e a lei, entre a lei e a jurisdição, entre a lei e as atividades administrativas, executivas e de polícia. (FERRAJOLI, 2002, p. 288)

Essa forma de constitucionalização com a positivação dos valores naturais, para Ferrajoli, não retira em absoluto o valor científico da separação entre direito e moral. O que há de diferente a partir disso, então? Para o autor, criaram-se dimensões do “ser” e do “dever ser” dentro da mesma estrutura legislativa. A primeira dimensão é composta

pelos “juízos de fato acerca da eficácia ou ineficácia das normas em relação às atividades de categoria inferior a elas”, de modo que a “segunda é aquela à qual referem-se os juízos jurídicos acerca da sua validade ou invalidade em relação às normas superiores a elas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 289)

Criou-se, portanto, a diferença entre os institutos da validade e vigência das normas, de modo que se pode dizer, a grosso modo, que a vigência se relaciona com o procedimento de criação da lei, enquanto a validade é a correlação ou coerência da normativa com as superiores. Ferrajoli lembra que essa característica dos Estados modernos é peculiar e diversa daquela adotada nos Estados absolutistas, nos quais a validade e vigência da norma se confundiam:

Nos velhos Estados absolutistas e em muitos dos modernos Estados totalitários as normas acerca da produção de normas, que estão no vértice do ordenamento, limitam-se de fato a conferir ao poder soberano o poder de legislar: nestes ordenamentos seria válida, por exemplo, ainda que injusta, uma lei que conferisse ao soberano o poder arbitrário sobre a vida e a morte, da mesma forma que foram válidas, ainda que manifestamente injustas, as normas acerca dos tribunais especiais para a defesa do Estado criados na Itália durante o fascismo (FERRAJOLI, 2002, p. 289).

Sergio Cademartori nos explica que, diante desse cenário principiológico e constitucional, é possível verificar que as normas vigentes podem ser válidas ou inválidas, eficazes ou ineficazes. Prossegue argumentando que o garantismo redefine essas categorias, tratando como “vigentes (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores”, ao passo que trata a validade como a obediência “também substancial dos atos normativos inferiores.” (CADEMARTORI, 1997, p. 112).

A vigência de uma norma, ou a verificação de vigência, constata-se a partir de uma análise descritiva, tendo em vista dizer respeito a fatos concretos e objetivos, como a competência de elaboração e a obediência ao processo legislativo, sem margem para avaliação subjetiva. Noutra sentida, quanto à validade, a análise é diversa e valorativa, apresentando espaço para o juízo de ponderação e apreciação.

Ademais, esse espaço de valoração inevitavelmente possibilita ao operador certa margem de discricionariedade na interpretação normativa. Nessa linha de raciocínio, “esta margem de discricionariedade conduz a um espaço irreduzível de ilegitimidade da autoridade judiciária, sem, contudo, comprometer o modelo de Estado de Direito de forma importante, eis que tal modelo comporta esses espaços de ilegitimidade”. (CADEMARTORI, 1997, p. 120).

Como já dito inicialmente nesse trabalho, a gênese da possibilidade dessa construção adveio da separação do direito e religião, através da secularização do direito e seguida da implementação do período do Iluminismo, bem como pela obediência à legalidade, base rígida de retirada do livre arbítrio punitivo das mãos do Estado. Contudo, essa legalidade experimentada, no ordenamento jurídico brasileiro, tem contribuição de valores morais, aspectos que serão explorados a partir do segundo capítulo desse trabalho.

1.2 PRESSUPOSTOS DO GARANTISMO E DOS AXIOMAS PROCESSUAIS PENAIS

No que atine ao processo penal, o Sistema Garantista (SG) evoca a submissão à jurisdição como pressuposto e principal garantia processual, expressada pelo axioma 7 e pela máxima latina “*nulla culpa sine iudicio*”, trazendo princípios como basilares: a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa. Essas garantias processuais também são chamadas de ‘instrumentais’, pois estão estreitamente relacionadas com as garantias penais ou ‘substanciais’.

Ferrajoli aduz que as garantias penais e processuais valem não apenas por si mesmas, mas como garantia recíproca de efetividade (FERRAJOLI, 2002, p. 432), do que se pode inferir que há correlação funcional, visto as garantias penais são necessárias a garantir juízos não arbitrários. Isto é, suprimindo-as, os juízos penais seriam desvinculados de limites preestabelecidos por lei e resultariam ao livre arbítrio do poder. Para tanto, papel especial assumem os pressupostos da legalidade e da submissão à jurisdição. Nos exatos termos:

Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão "judiciário", ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição. (FERRAJOLI, 2002, p. 433)

Portanto, pode-se dizer que o pressuposto de submissão à jurisdição como antecessor lógico das demais garantias processuais corresponde para o processo penal o mesmo que o princípio da legalidade corresponde para o direito penal, isto é, ao passo que a legalidade “assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos”, a submissão

à jurisdição “assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas” (FERRAJOLI, 2002, p. 434).

Aprofundando a abordagem ao pressuposto em comento, a submissão à jurisdição pode ser analisada de dois pontos de vista, chamados “em sentido lato” e “em sentido estrito”:

O primeiro envolve três teses originalmente expostas na Magna Carta inglesa de 1215 pelo parágrafo 39³, correspondentes pelas atuais garantias do habeas corpus como imunidade ao arbítrio estatal, da reserva de jurisdição em matéria penal e da presunção de inocência como orientador da impossibilidade de punição antes do juízo condenatório.

A submissão à jurisdição em sentido estrito representa, por sua vez, “os procedimentos e as garantias de que depende o caráter cognitivo do juízo” (FERRAJOLI, 2002, p. 433). Dessa forma, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é exigida em qualquer tipo de processo – seja acusatório ou inquisitório -, a submissão à jurisdição em sentido estrito exige a forma processual acusatória, mesmo que não esteja nela pressuposta.

A importância dada entre os nexos acima delineados acerca dos sistemas de garantias penais e processuais penais corresponde ao que se esboça entre garantismo e substancialismo. Para Ferrajoli, o modelo de processo penal garantista ou de estrita submissão à jurisdição também pode ser chamado de ‘cognitivo’ e o substancialista ou de mera submissão à jurisdição de ‘decisionista’ (FERRAJOLI, 2002, p. 434). Ambos os modelos partem de premissas diversas acerca do que é delito e acerca de quem é o criminoso e, por isso, suas formas de entender a formalização da prova e o modo procedimental de julgamento promovem ideias distintas.

Em miúdos, para o substancialismo, o modelo decisionista de processo penal é voltado à busca da verdade ética ou política que vai além da prova, visto que ‘é réu quem é inimigo do povo’ e ‘é delito qualquer ato hostil ao Estado’. Tal modelo encontra coerência e respaldo dentro de um sistema que se denomina de direito penal máximo, cuja conceituação se delineará abaixo.

Por outro lado, para o modelo cognitivo de processo penal, na qual há valoração, verificação e falsificação empírica das hipóteses acusatórias, há um critério convencionalista orientado pela taxatividade penal na formulação dos tipos penais.

³ Nullus liber homo capiatur vel impresone tur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae.

Nesses termos, trata-se de um modelo que encontra justificção e corresponde ao direito penal mínimo.

Essa diferenciação teórica e doutrinária traz consequências díspares:

(...) o modelo cognitivo de processo penal (...) confere um fundamento e uma justificção específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos. (...) os atos jurisdicionais (...) constituem-se na verdade de proposições assertivas, suscetíveis de verificações e refutações, e de proposições prescritivas, por aquelas "justificadas", "legitimadas" ou "motivadas". (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

De outra banda, no processo de tipo decisionista, o princípio de legitimação é constituído primordialmente por juízos de valor. Por essa razão que o decisionismo é próprio do método inquisitório, onde o órgão judicante busca a verdade substancial, sobretudo com critérios discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, com foco na decisão e esquecendo a controlabilidade; o papel da defesa é irrelevante ou entendido como um obstáculo; e o objeto do processo é a personalidade criminosa do réu. (FERRAJOLI, 2002, p. 435).

A legitimação política dos pronunciamentos judiciais, bem como os conceitos de valor de verdade e validade jurídica são abordagens que o autor discorre dentro do garantismo penal. Precisamente, Ferrajoli esclarece que a atividade jurisdicional do Estado tem "como justificção necessária uma *motivação* no todo ou em parte cognitiva" (FERRAJOLI, 2002, p. 436). Dela se diferem as leis, regulamentos, provimentos administrativos e negócios privados, os quais são prescritivos, ou seja, não são cognitivamente fundados ou infundados, bem como não são verdadeiros ou falsos.

Dessa forma, para Ferrajoli, a atividade jurisdicional possui como *legitimidade interna* a condição normativa pela existência e pelo valor de suas motivações, ou seja, pelas asserções que não dependem juridicamente de qualquer ato (lei, negócio privado ou provimento administrativo). Isso pois as asserções e seus valores são a verdade e as sentenças são os únicos atos normativos cuja validade se funda na verdade.

O autor explica que:

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual no sentido já ilustrado de "correspondência aproximativa". Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica,

dos discursos assertivos que formam sua motivação. (FERRAJOLI, 2002, p. 437)

Ainda tratando da legitimidade do provimento jurisdicional, a vinculação à legitimidade externa do Poder Judiciário diz respeito à forma legal e racional, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da qualificação jurídica, não se admitindo legitimação representativa ou consensual, própria dos outros poderes públicos. Em outras palavras, não é lícito prender alguém com fundamento no interesse da maioria ou satisfação da parcela majoritária da sociedade.

Então, no sistema penal garantista, para Ferrajoli, o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não corrobora a legitimidade da jurisdição, tendo em vista que nenhum princípio de autoridade pode tornar verdadeiro o que é falso.

Encaminhando-se ao desiderato dessa temática, importante construção teórica acerca da irredutível margem de ilegitimidade política da função judiciária e as formas correccionais dessa constatação são desenvolvidas por Ferrajoli, no sentido de que se parte de base a atividade jurisdicional é potestativa e, por isso, carente de legitimação garantista. Noutras palavras, a carência de legitimação racional do poder judiciário é inevitável e se configura como um resíduo do absolutismo, por ser politicamente ilegítima.

Dessa constatação irremediável, Ferrajoli concebe corretivos para redução dessa margem: referência aos valores constitucionais (do princípio da liberdade ao princípio da proteção do sujeito mais fraco; princípio do *favor rei* e seu semelhante do *in dubio pro reo*); exposição de todas atividades jurisdicionais ao controle público mediante máxima publicidade; constante exercício, em sede científica e política, da crítica das desviações judiciárias.

1.3 GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Como referido alhures, os axiomas do Sistema Garantista estão elencados dentro da respectiva seara temática de acordo com o momento criminal respectivo. Criação de normas penais (delito), procedimento penal delineado para processamento de crimes e acusados (processo) e a forma de aplicação da pena (penalização) são as três fases criminais merecedoras de axiomas e limites, com nítido intuito de proteção do cidadão acusado criminalmente.

Ao presente trabalho, temos como importante o aprofundamento dos axiomas processuais afetos ao garantismo penal e que servem como base teórica para a discussão proposta no terceiro capítulo, em que há análise dos casos empíricos.

Na tabela antes elencada, verificamos que as garantias processuais penais visam a responder o questionamento “quando e como julgar?” Para tanto, verificamos também que os princípios da jurisdicionariade, acusatório, ônus da prova e contraditório ou defesa são diretamente relacionados à forma de condução do processo penal e são as balizas do jogo no que atine à condução processual garantista.

O princípio da jurisdicionariade também é tratado como um pressuposto do garantismo penal e já foi anteriormente conceituado no tópico 2. Abaixo, portanto, trataremos manifestações dos princípios restantes enumerados no parágrafo anterior, quais sejam, a presunção de inocência, o acusatório, ônus probatório da acusação e contraditório ou defesa.

1.3.1 A LIBERDADE COMO OBRIGAÇÃO CAUTELAR

A liberdade do acusado submetido ao processo penal não é tratada como um axioma independente no Sistema Garantista de Ferrajoli, mas sim como decorrência do sistema acusatório e em consequência da regra de tratamento do acusado no processo penal. Sua análise em tópico apartado nesse trabalho, elevado ao patamar de axioma ou sistema, dá-se pelo fato da importância que a presunção de inocência é tratada por Ferrajoli no SG, bem como pela diferença da situação com o ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de permitir uma discussão mais aprofundada no terceiro capítulo, cotejando com os casos empíricos, o presente tópico nos mostrará que a presunção de inocência é reduzida em grau extremado nos casos processuais analisados dessa pesquisa, cuja prisão preventiva foi utilizada na massiva condução processual investigada.

A opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, para Ferrajoli, é representada pelo princípio da presunção de inocência. Essa aplicação é enfática e importante ao ponto de o autor defender sua aplicação mesmo que custe o preço da impunidade de algum culpado. Esse princípio, em linhas gerais, postula que o cidadão é inocente até que haja prova contrária decretada por sentença definitiva de condenação e, somente a partir daqui, sua prisão poderá ser cogitada. Citando Luigi Lucchini, Ferrajoli bem lembra que esse princípio encerra com o fim racional consignado ao processo (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

As facetas da não culpabilidade ou presunção de inocência, em sumária explicação, são relacionadas às regras de tratamento do processado, a qual reduz ao máximo possível a limitação de liberdade pessoal, e às regras de juízo, que, por sua vez, confere o ônus probatório à acusação, bem como a absolvição em caso de dúvida.

Em outra abordagem dessa principiologia, Ferrajoli bem explica que os direitos dos cidadãos também são ameaçados por penas arbitrárias, não somente por delitos. Diante disso, a presunção de inocência é uma garantia de segurança ou de defesa social, expressada pela confiança dos cidadãos na justiça e na defesa destes contra o arbítrio punitivo.

A presunção de inocência é também um postulado político da experiência moderna e do pensamento iluminista, fruto de um período no qual se criticou o instituto da custódia cautelar e se defendeu que a regra deveria ser responder ao processo em liberdade. (GIAMBERDINO, 2008, p. 59)

Interessante e coerente com a argumentação relacionada ao cárcere, Larrauri aduz que:

Es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos en favor de la no realización del delito. Consecuencia de esta imagen, da excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir en el comportamiento humano. (LARRAURI, 1998, p. 57)

Dentre os contrários à presunção de inocência dentro da criminologia, Ferrajoli cita a Escola Positivista Italiana, encabeçada por Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, os quais pregavam, o primeiro pela prisão obrigatória e generalizada para crimes graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas e culpabilidade (FERRAJOLI, 2002, p. 442).

Como já dito, esse princípio põe em questionamento o instituto processual da prisão preventiva, visando a sua redução máxima ou até extinção. Tratada como uma medida cautelar de restrição da liberdade pessoal enquanto se tramita a persecução penal, essa medida jurídica ganhou relevo nos processos inquisitórios, sobretudo quando o objetivo é obter a confissão do acusado. Sua estigmatização foi ressaltada na fase iluminista, quando se reafirmou o postulado do processo acusatório.

São críticos da prisão preventiva, citados por Ferrajoli, diversos filósofos, criminólogos e juristas, cada qual com seu argumento crítico. Dentre eles, Hobbes, Beccaria, Voltaire, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé Di

Peret e Carrara, que enfatizaram a imoralidade e barbárie da prisão preventiva. Contudo, em que pese as condenações jurídicas e morais dadas pelos doutrinadores já nominados, a extinção do instituto processual da prisão preventiva não foi coerentemente arguida, como se tal medida fosse necessária, ainda que injusta (FERRAJOLI, 2002, p. 443).

É nesse ponto que Ferrajoli centraliza sua base argumentativa contrária à existência da prisão preventiva, isto é, trazendo um caminho jurídico alternativo (para além da ‘injustiça necessária’ trazida por Carrara) que é apenas ser produto de uma concepção inquisitória de processo, que deseja ver o imputado em posição inferior em contraste com o órgão acusatório.

Assim, prossegue o autor:

Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável. E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do ponto de vista interno ou constitucional, comparando a custódia preventiva não somente com a presunção de não culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas. (FERRAJOLI, 2002, p. 446)

Enfrentando diretamente os pressupostos utilizados para decretação da prisão preventiva, quais sejam, perigo presumido do imputado, risco de deterioração das provas e perigo de fuga do acusado, Ferrajoli desconstrói a necessidade dessa medida cautelar. O autor propõe a substituição do ato por uma mera condução coercitiva do imputado à presença do juiz para interrogação em audiência preliminar ou incidente probatório, realizando as primeiras averiguações sobre suas justificativas. Após o ato, a imediata liberdade do imputado é a justa medida.

Quanto às necessidades⁴ processuais ensejadoras da prisão preventiva (perigo presumido do imputado, risco de deterioração das provas e perigo de fuga do acusado), Ferrajoli as rebate da seguinte forma: o argumento de perigo presumido do imputado não

⁴ Ferrajoli questiona se não se tratam de meras conveniências, e não necessidades da prisão preventiva, também trazendo à tona se é que existem essas necessidades. O autor argumenta que: “A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável. E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do ponto de vista interno ou constitucional, comparando a custódia preventiva não somente com a presunção de não culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 446)

se sustenta frente ao Sistema Garantista e pela incompatibilidade entre a presunção de inocência e a finalidade de prevenção e defesa social; quanto ao risco de deterioração das provas, medida adequada e menos “violenta” pode ser adotada, como a condução coercitiva para interrogatório seguida de imediata liberação após sua conclusão; por fim, no que atine ao perigo de fuga do acusado, causado sobretudo pelo medo da prisão preventiva, caso “não houvesse essa perspectiva, o imputado, ao menos até a véspera da condenação, teria ao contrário todo interesse de não se refugiar e de se defender” (FERRAJOLI, 2002, p. 448) – lembrando que Ferrajoli enfrenta a positividade jurídica italiana, e não brasileira⁵, ainda que semelhantes.

Diferentemente da cultura inquisitorial, em que todo acusado deveria ser preso, visto que era presumidamente culpado e que obstaculizava a busca pela verdade dos fatos, no sistema acusatório a prisão é medida de exceção (no sistema garantista, por sua vez, inexistente).

Nicolitt trata da temática dizendo que essa prisão processual “só pode ser concebida como medida excepcional de natureza cautelar, instrumental, ligada à estreita necessidade de preservar o processo e sua efetividade” (NICOLITT, 2006, p. 114). Somente nessa visualização conceitual da segregação cautelar preventiva é que se coaduna com a ordem constitucional e haverá coerência com a presunção de inocência.

A prisão cautelar também tem previsão constitucional, convivendo com o princípio da presunção de inocência, não havendo qualquer incompatibilidade entre as duas regras, atuando a presunção de inocência com o escopo de evitar antecipação de pena. Com efeito, sempre que tivermos uma prisão no curso do processo com o caráter satisfativo, estaremos diante de uma violação à presunção de inocência. Por tal razão, a prisão, com fundamento na manutenção da ordem pública ou econômica, é inconstitucional. (NICOLITT, 2006, p. 114/5)

Como dito acima, Nicolitt entende que a fundamentação da prisão preventiva assentada na garantia da ordem pública ou na garantia da ordem econômica não denotam instrumentalidade necessária e compatível com a segregação cautelar processual e, portanto, seria descompassada com a presunção de inocência. Essas duas fundamentações

⁵ O código de processo penal trata dos pressupostos da prisão preventiva a partir do artigo 311, conforme segue: Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

para decreto de prisão preventiva representam manifestação de interesses ligados à segurança pública, e não processual.

Nicolitt conclui, então, que a prisão cautelar admitida num processo penal democrático obediente à ordem constitucional e ao postulado da presunção de inocência é a de caráter instrumental, isto é, de tutela do processo.

1.3.2 ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

Processos de tipo acusatório e de tipo inquisitório são, antes de mais nada, modelos opostos de organização judiciária e, por isso, exigem figuras distintas de juízes; além disso, denotam métodos contrapostos de investigação processual. As figuras históricas desses tipos processuais, como lembra Ferrajoli, na experiência prática, nunca apareceram em estado puro, mas sempre misturados a outros não logicamente ou axiologicamente necessários.

Ainda, Geraldo Prado, referência nacional no tema, faz a diferenciação entre sistema acusatório e princípio acusatório, referindo que o sistema acusatório “compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: *acusatório*”. (PRADO, 2005, p. 172).

Conforme o autor, as características do princípio acusatório podem ser definidas através de critério negativo ou por exclusão, elencando o que não integra o princípio. Para essa construção, então, é necessária a oposição das características do sistema acusatório com o sistema inquisitivo, visto que são contrapostas as atribuições dos atores do sistema de justiça nesses tipos processuais.

Quanto ao processo inquisitório, conforme o autor, há destaque para o fato de que “a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central, o objetivo primordial.” (PRADO, 2005, p. 173).

Ademais, na estrutura acusatória, a existência “de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação” (PRADO, 2005, p. 173)

Diante dessas premissas, Ferrajoli divide conceitualmente os modelos da seguinte forma: chama de acusatório

todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. (FERRAJOLI, 2002, p. 452)

Inversamente, o mesmo autor entende por inquisitório aquele sistema processual em que “o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”. (FERRAJOLI, 2002, p. 452)

Nesse aspecto, pode-se perceber que a garantia da separação traz duas representações diversas: uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, bem como um pressuposto do ônus acusatório da contestação e da prova.

Outro apontamento necessário dentro do processo acusatório é a ausência discricionariedade da ação penal para o acusador público em seu ofício, ou seja, o modelo teórico acusatório, para Ferrajoli, necessariamente comporta o princípio oposto da obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação penal por parte dos acusadores públicos.

O aspecto da obrigatoriedade da ação penal é uma das características estruturais do Sistema Garantista, do qual outras consequências se extraem: primeiro, a legalidade; segundo, da indisponibilidade de poder absolutório por órgãos de acusação; e, terceiro, da igualdade penal. Em suma, o primeiro impõe à função judiciária a sujeição à lei e exclui impulsos arbitrários e potestativos; o segundo previne o valor dirimente da confissão e impede transações, aceitações ou renúncias entre as partes; e, por fim, o terceiro impede disparidade de tratamentos dos crimes propiciada por opções potestativas sobre a oportunidade do processo (FERRAJOLI, 2002, p. 457).

Os órgãos de acusação, dentro dessa linha de raciocínio construída por Ferrajoli, devem se situar fora do poder judiciário, legislativo e executivo, ou seja, em razão da obrigatoriedade da ação penal, bem como da sua sujeição somente à lei, há total autonomia do poder inquiridor em relação a qualquer poder ou condicionamento, corroborada por uma polícia especializada e blindada pelas ingerências de qualquer poder.

Quanto às condições de proceder ao processo penal, Ferrajoli as distingue em condições objetivas e subjetivas, de modo que aquelas se situam em relação à natureza do crime e essas em relação à pessoa do investigado. No Sistema Garantista, no que se refere às condições subjetivas, o valor da igualdade dos cidadãos e o princípio da não derrogação do júízo excluem a legitimidade de todas as condições subjetivas de proceder,

ou seja, qualquer forma de imunidade a favor de sujeitos privilegiados (FERRAJOLI, 2002, p. 458).

O mesmo não ocorre com as condições objetivas, as quais minimizam a atuação do direito penal e, por isso, devem ser mantidas, tais como a queixa, a autorização do Ministro da Justiça para crimes contra personalidade do Estado, a requisição ministerial ou representação da parte ofendida quando crimes no estrangeiro.

Continuando em relação à contraposição entre de sistema acusatório e inquisitório, notam-se “de um lado, modelos opostos de organização judicial; de outro, métodos diferentes de averiguação judicial. Do primeiro ponto defluem distintas concepções de juiz penal, enquanto do segundo dimanam dois tipos diversos de juízos” (PRADO, 2005, p. 241). A advertência de Prado vai além e é no sentido de que, nos procedimentos penais em que há espaço para sigilo nos atos, bem como conduzidos de forma escriturada, o princípio acusatório não sobrevive.

Citando Francisco Morato, Prado aduz que a oralidade é verificada pela: predominância da palavra falada; imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; a identidade física do órgão judicante em todo decorrer do processo; e a concentração da causa no tempo (MORATO, 1940).

Prado ensina que:

Este tipo de processo se orienta em direção a uma espécie de procedimento que assegure a máxima contraposição dialética, sem perder de vista a noção básica de que não há dialética sem possibilidade de diálogo (dia: reciprocidade; logos: razão). E o diálogo pressupõe a compreensão do caso e das posições que os sujeitos processuais legitimamente devem ocupar, assim como a existência de um espaço onde possa ser travado.

Explicando: a ênfase na oralidade como componente democrática do processo penal e elemento constitutivo do sistema acusatório tem a ver com o reconhecimento de que os métodos de aplicação do direito, ou melhor, de interpretação das regras jurídicas e de sua efetiva aplicação aos casos concretos, não abrangem toda a atividade intelectual do juiz quando sentencia. (PRADO, 2005, p. 243)

Como vimos, decorrência da característica da oralidade, outras situações ratificadoras da postura acusatória do processo são verificadas. Prado bem observa que a oralidade bem estabelecida processualmente dificulta, inclusive, que haja troca de papéis e interferência de atribuições entre julgador e acusação. Refere que “a acusação deverá se posicionar sobre a prova. E o juiz exporá as razões de sua decisão. A troca de papéis (mutatio libelli) entre acusação e juiz é bastante dificultada”. (PRADO, 2005, p. 248)

Noutro giro, a característica da publicidade é trazida, juntamente com a oralidade, ao centro da estrutura do processo acusatório. O sigilo ou segredo é marca fundamental dos processos autoritários e inquisitórios.

No âmbito processual, a publicidade pode ser encarada como ferramenta apta a proporcionar a participação popular nos atos públicos, incluindo atos jurisdicionais, bem como como meio a permitir ao público verificar a forma que agentes estatais desempenham a função pública. Esse controle popular materializa a função de espécie de garantia de segundo grau e “por cujo meio podem os cidadãos controlar, de forma adequada, o cumprimento da exigência de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação estatal”. (PRADO, 2005, p. 249)

Também decorrência da publicidade está o acompanhamento midiático dos fatos penais pela imprensa. Promovendo uma espécie de julgamento paralelo, o acompanhamento dos veículos de comunicação e a divulgação desregrada de situações policiais ou penais acaba por extrapolar a garantia da publicidade e, não raras vezes, expõe o acusado ao crivo popular além do que objetiva a característica do processo acusatório.

O controle empresarial das empresas midiáticas e meios de comunicação e a competitividade empregada entre os canais distorce a realidade fática no acompanhamento dos fatos relacionados à segurança pública e punitiva, produzindo uma realidade distorcida. Essa situação “antes de incentivar a participação democrática da maioria das pessoas relativamente aos negócios da sua cidade e de seu país, anula essa participação, constroem uma nova realidade, paradoxalmente virtual ou espetacular”. (PRADO, 2005, p. 254)

Diversamente, então, dos objetivos estruturais do processo acusatório, a cobertura jornalística e exploratória de causas penais com intento de conduzir o acusado à curiosidade pública interfere diretamente na pretensão limitadora da atividade punitiva estatal. Ainda, “o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece a todos os envolvidos igualdade de oportunidade para expor seus pontos de vista”. (PRADO, 2005, p. 254)

Dessa forma, além das posições na organização judiciária relativas ao juiz e ao órgão acusador, bem como na distribuição na atribuição de provar os fatos, a publicidade e a oralidade na forma em que teorizados acima, contribuem para estruturação do processo acusatório de um sistema penal democrático.

Interessante sugestão dada por Ferrajoli na sua construção teórica nos contornos do direito penal mínimo é em relação à formação da ação penal conforme alguns tipos de crimes: nos crimes com direito disponível envolvido (patrimônio), deve-se proceder mediante queixa, diferente do que ocorre com direito indisponível (integridade física), o que ocorre inversamente no ordenamento pátrio jurídico. Ademais, crimes sexuais também deveriam ser procedidos mediante queixa, uma vez que, mesmo que se trate de bem indisponível, assim se protege a autonomia da parte ofendida e expor a vítima à segunda violência pelo processo (FERRAJOLI, 2002, p. 459).

1.3.3 ÔNUS ACUSATÓRIO *PROBANDI*

A adoção do sistema processual acusatório, como dito, também impõe que a gestão da prova seja de forma incumbida ao órgão que acusa. Então, “há um ponto central de diferenciação que é o da gestão da prova, implicando ora um papel centralizado no Estado para a construção do acervo probatório, ora um papel diluído entre as partes” (CHOUKR, 2014, p. 145).

As funções do direito penal, conforme aponta Ferrajoli, são a punição de culpados e a proteção de inocentes. Para tanto, mas sobretudo em relação a segunda função apontada, constroem-se as garantias processuais. A partir dessa premissa, verificamos que os processos inquisitórios e acusatórios se distinguem em realidades contrastantes: enquanto o inquisitório dedica seu esforço primordialmente na punição do culpado, o acusatório alimenta seu esforço com foco de proteger os inocentes.

Anota-se, então, que antes de se analisar o aspecto legal e processual, o ordenamento jurídico construído tem confiança nos agentes que exercem o poder. Ou seja, deposita-se confiança popular extremada de que o processo será iniciado somente contra criminosos culpados quando se confia que os agentes estatais não extrapolarão desse exercício, culpabilizando inocentes, por exemplo. De outra banda, o processo acusatório parte de premissa diversa, na qual o poder deve ser controlado e os agentes que desempenham a função estatal punitiva não devem receber tamanha liberdade na decisão processual afeta ao sistema criminal.

Ferrajoli traz explicação nesse sentido:

Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade. Disso deriva que o primeiro confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do

poder julgador; enquanto o segundo concebe a verdade como o resultado de uma controvérsia entre partes contrapostas por serem portadoras respectivamente do interesse na punição dos culpados e do interesse na tutela do acusado presumido inocente até prova em contrário (FERRAJOLI, 2002, p. 483).

Nesse contexto, as diferenças entre os modelos processuais podem ser vistas como opostas epistemologias do juízo (FERRAJOLI, 2002, p. 483), em razão de que ambos os processos tem por finalidade a busca da verdade, mas são diversas as maneiras de entendê-la e os métodos empregados para atingi-la. Enquanto o método inquisitório se baseia na epistemologia substancial e decisionista, o método acusatório é a transposição jurídica da epistemologia da falsificação.

Ferrajoli ensina que o processo de verificação no método acusatório é baseado na prova e refutação, cuja materialização se dá pela divisão de papéis dos sujeitos processuais e, por conseguinte, assegurada pelas garantias processuais da contestação da acusação; do ônus da prova ao acusador; e do direito de defesa do imputado.

Nessa esteira, a verdade procurada pelo processo acusatório é relativa ou formal e adquirida pela pesquisa empírica, ou seja, através do procedimento prova e erro. Ademais, a exposição integral das hipóteses acusatórias para que a defesa consiga desempenhar a tentativa de falsificação é a principal garantia da consecução da verdade.

Em razão dessa arquitetura judicial, ao acusador são vedadas funções judicantes e ao juiz devem ser vedadas funções postulantes. Outrossim, o processo acusatório desenha outra relação entre meio e fim do processo, de modo que há o primado dos meios enquanto garantias de uma verdade mínima. É livre, nesse tipo processual, a valoração da prova, mas é vinculado o seu método de aquisição, diversamente do inquisitório, que se vincula a valoração das provas e é livre o método de formação.

A real fixação do princípio acusatório demanda a determinação de algumas premissas relacionadas ao órgão de acusação no processo penal, tais como: direitos de ação e defesa voltados à conformação da decisão jurisdicional no caso penal concreto; exercitável por órgão distinto do julgador; não limitado à iniciação do processo; incluir o direito de provar os fatos e debater as questões que surgirem; delimitação do objeto litigioso; e fundar-se em justa causa, e não meramente em intuito beligerante e temerário (PRADO, 2005, p. 187).

Para Nicolitt, o ônus da prova pode ser encarado nos aspectos formal e material, de modo que aquele está relacionado à distribuição da atribuição do ato de provar entre as partes, enquanto no aspecto material se alude a quem é determinado o exercício de atuar

e encerrar a dúvida levantada sobre o fato alegado, materializando-o sua comprovação no processo. Conceitualmente, o ônus da prova pode ser entendido como a “faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento” (NICOLITT, 2006, p. 80).

Para esse autor, a iniciativa de provar os fatos não é de maior importância no processo penal, tendo em vista que a regra de julgamento é que merece maior atenção. Noutras palavras, Nicolitt não compreende como aceitável o fato de o juiz possuir iniciativa probatória, ainda que complementar às partes, diante da incongruência dessa característica processual com o sistema acusatório.

CHOUKR nos contextualiza da seguinte forma:

“Na Europa continental, tendentemente, a mera separação de funções, mas com a centralização da gestão probatória no Estado, é suficiente para qualificar um processo como "acusatório", nos países de tradição da *commom law*, será necessário reconhecer o papel proativo e reativo das partes na produção das provas. A "tradição" brasileira apega-se mais ao modelo da Europa continental, concedendo a separação de legitimação e funções na propositura da ação, mas trabalhando plenamente a centralização probatória nas mãos do Estado.” (CHOUKR, 2014, p. 145)

Por fim, Ferrajoli ressalta que são resíduos do processo inquisitório a forma de interrogatório das testemunhas pelo juiz ou pela acusação sem a presença do juiz, a transcrição pela acusação das atas de interrogatório; o poder ilimitado de admissibilidade judicial das provas; e a advertência das testemunhas da incriminação por falsidade. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

1.3.4 DIREITO DE DEFESA

No que atine ao Sistema Garantista, vencidas as garantias relacionadas à separação de funções e do ônus de o órgão acusatório materializar no processo suas acusações por meio de provas, comporta logicamente, à pessoa contra a qual pesa ou recai uma acusação, o direito de defesa. Expressado no Sistema Garantista pelo axioma 10, trata-se, para Ferrajoli, da principal condição epistemológica da prova: o ato de tentar falsear ou falsificar a acusação experimentada pelo poder da parte, de modo que nenhuma prova seja adequada sem negação e contraprovas.

No processo penal, a marca característica da defesa está precisamente na participação no procedimento. Essa participação visa à tutela de um interesse rigorosamente oposto do consignado à acusação, “sob pena de o processo converter-se

em instrumento de manipulação política de pessoas e situações” (PRADO, 2005, p. 196). Tratando da epistemologia da falsificação, Ferrajoli ensina que “exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas”. (FERRAJOLI, 2002, p. 490)

Ainda, acompanhando a doutrina de Nicolitt, importante registrar que ampla defesa não se confunde com contraditório. Enquanto aquela tem foco num dos polos da relação processual – por óbvio, o acusado -, o contraditório atinge as partes envolvidas na lide, contemplando autor, réu e intervenientes (NICOLITT, 2010, p. 40).

Como visto, o processo acusatório é dialético e sua concepção como disputa ou controvérsia exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado.

É necessário, para tanto, a perfeita igualdade entre as partes, de modo que a defesa seja dotada das mesmas ferramentas e capacidades que os poderes acusatórios; e que o papel contraditor seja admissível em qualquer instância do procedimento e em qualquer ato probatório singular praticado, desde as averiguações judiciais, perícias, reconhecimentos até os testemunhos e acareações.

A igualdade entre as partes opostas, acusação e defesa, ou também chamada de paridade de armas se externa pela condição *sine qua non* de que o acusado seja assistido por um defensor que possa competir com o órgão acusatório. A necessidade dessa defesa técnica é imprescindível, vez que a legislação é complexa, obscura e complicada, cujas nulidades ou ausência de cumprimento das formalidades deve ser checada por técnicos especializados no âmbito jurídico.

Quanto à esfera de intervenção do imputado e seu defensor, Ferrajoli esclarece que:

Voltaire protestou contra a possibilidade de que o confronto entre o imputado e as testemunhas fosse entregue à discricionariedade do juiz em vez de ser obrigatório. Filangieri sustentou que ao imputado "deveria ser permitido fazer assistir-se por um ou mais advogados em todos os passos do processo". Bentham propugnou a presença do defensor no interrogatório não só do imputado, mas também na oitiva das testemunhas. E o mesmo fez Pagano, que desejou que as testemunhas de acusação "serão interrogadas ex integro na presença do réu" e sublinhou "o quanto ajuda a conhecer a verdade tal contradição. (FERRAJOLI, 2002, p. 491)

Portanto, Ferrajoli lembrou que é resultado da intervenção iluminista a exigência de participação de ambos em todas atividades probatórias.

Como mencionado, a ideia de defesa se contrapõe à acusação e disso se extraem circunstâncias que ampliam a visão do processo acusatório. Para Geraldo Prado, a natureza verdadeiramente acusatória demanda uma alternativa de solução de conflito diversa da proposta pela acusação, ou seja, no exercício do direito de defesa. Então, acusação e defesa surgem como propostas excludentes de sentença (PRADO, 2005, p. 178).

Para além da contraposição à acusação, a atuação da defesa do imputado deve ter participação e projeção na execução penal que eventualmente sobrevenha ao processo penal, visto que o dispositivo sentencial tornar-se-á materializado. Ainda que a natureza jurídica do processo executório se considere administrativa, a participação defensiva não pode ser vedada, mesmo que não obrigatória, como o é nos procedimentos de natureza processual.

Ademais, o princípio acusatório exige que a defesa do acusado ou imputado esteja em condições concretas de participar do contraditório processual, de modo que atos cautelares eventualmente praticados sem a oportunidade de manifestação defensiva concomitante dependerão do exercício posterior para que mantenham a validade jurídica (PRADO, 2005, p. 178).

Relembre-se, contudo, que “não foi em vão que a Constituição se referiu a “ampla” e não somente à defesa. Isso significa certa complexidade na garantia que só é ampla quando reúne dois aspectos: a autodefesa e a defesa técnica” (NICOLITT, 2010, p. 41).

O autor esclarece que a autodefesa possibilita o acusado de atuar ativamente no ato processual trazendo sua proteção à acusação, citando-se, para tanto, o interrogatório. A defesa técnica, por sua vez, imprescindível em qualquer processo penal democrático, é marcada pela presença de profissional qualificado atuando na contra argumentação da dialética processual.

Por fim, os institutos acima estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro e não se confundem com outro também relacionado ao polo acusado da relação processual penal, que é a plenitude de defesa. Lembra Nicolitt que, no júri, os juízes são pessoas da sociedade e desconhecedoras das “profundidades” jurídicas, de modo que lhes é permitido julgar com a íntima convicção, independente de se tratar de fundamentos técnico-jurídicos. Assim, ao defensor do réu, se permite a invocação de teses de toda ordem para o convencimento dos julgadores populares, observando respeito aos limites éticos profissionais (NICOLITT, 2010, p. 42).

2 CONSTITUCIONALISMO E INVOLABILIDADE DOMICILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Nessa segunda etapa do trabalho, que também se destinou à revisão bibliográfica e documental, o procedimento metodológico foi delimitado a partir de levantamento e sistematização da bibliografia nacional e internacional, sem restrição de período e sem limitação de palavras-chave.

Em geral, objetivou-se analisar os contornos conceituais e aplicações práticas das formas de constitucionalismo, sobretudo para se identificar a que se encontra no ordenamento jurídico brasileiro e a coerência com as normas infraconstitucionais. Isso se dá pelo fato de o garantismo penal de Ferrajoli estar inserido no que o autor chama de Constitucionalismo Garantista. Além disso, importante lembrar que o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista (nomenclatura explicada no decorrer do trabalho) constroem de formas diversas determinadas práticas de resolução de conflitos entre fontes do direito, em especial os princípios.

Em específico, perpassaram-se temáticas pelas quais não se poderia efetuar o debate proposto no terceiro capítulo, no qual se expuseram os casos empíricos que foram coletados. São elas: 1- a forma que o constitucionalismo brasileiro propõe para resolução de conflitos entre normas, em especial os princípios, e a forma adequada segundo a epistemologia do constitucionalismo garantista; e 2- as garantias positivadas pelo artigo 293 do Código de Processo Penal, a possibilidade de valoração da norma positivada e a delimitação da relativização da inviolabilidade domiciliar pela expressão “determinação judicial”.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA E CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. ONDE ESTAMOS?

2.1.1 O QUE É NEOCONSTITUCIONALISMO?

Antes do aprofundamento teórico relacionado à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, cujo tema do presente trabalho exige que se entendam os contornos, é pertinente diferenciar as formas de constitucionalismo que nos deparamos na doutrina relativa ao tema, sobretudo quando se estuda o garantismo penal e suas bases epistemológicas, tema abordado no primeiro capítulo.

Por vezes, as diferenciações teóricas são melhor compreendidas quando nos situamos em relação à etimologia da doutrina objeto de debate. Sabe-se que, entendendo as diferenças epistemológicas, decisões e caminhos opostos construídos juridicamente podem estar igualmente condizentes com a realidade teórica.

É nessa linha de pensamento que inicio o segundo capítulo, com intuito de compreender se a teoria do garantismo penal apresentada no primeiro capítulo guarda coerência com o constitucionalismo vivenciado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, entendo pertinente a apresentação da conceituação e resultado prático de alguns termos, tais como “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo principialista”, “constitucionalismo garantista” e “pós-positivismo”.

De um modo geral, existem diferentes espécies de Constituições e de constitucionalismo. Ferrajoli explica que, em comum, pode ser identificada a ideia de submissão dos poderes públicos às normas que sancionam direitos fundamentais. O autor propõe que, como sistema jurídico, o constitucionalismo pode ser um conjunto de limites e vínculos substanciais, rigidamente impostos às fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, por outro lado, como teoria do direito, atrela-se à concepção de validade das leis vinculada não somente ao formalismo de produção, mas também ao seu conteúdo em relação aos princípios constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2022, p. 12).

Além disso, a compreensão do constitucionalismo pode assumir duas faces opostas. A primeira propõe a superação do positivismo jurídico através da inserção de valores tendencialmente jusnaturalistas – cuja nomenclatura é dada de *neoconstitucionalista*; e a segunda, defendida por Ferrajoli, que concebe a forma de constitucionalismo estritamente positivista (FERRAJOLI, 2022, p. 12). Por positivismo jurídico, Ferrajoli conceitua como o modelo de direito “que reconhece como “direito” qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça” (FERRAJOLI, 2022, p. 13).

Sobre a expressão neoconstitucionalismo, André Karam Trindade (2016, p. 408) refere que seu surgimento ocorre no final da década de 90 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Posteriormente, complementa aduzindo que a primeira aparição do termo ocorreu “durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y

Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.” (TRINDADE, 2016, p. 408).

Sobre seu significado, Trindade explica que o neoconstitucionalismo “parte do surgimento do Estado Constitucional, instituído pelas cartas políticas promulgadas após a Segunda Guerra Mundial”; além de que “aponta a necessidade de uma teoria do direito com ele compatível, uma vez que o positivismo jurídico não seria capaz de explicar as alterações ocorridas”, bem como, ao final, “exige uma nova prática jurídica, voltada à concretização dos direitos fundamentais” (TRINDADE, 2022, p 88).

Ainda quanto à expressão neoconstitucionalismo, Lenio Luiz Streck (2011, p. 2), refere que o termo empregado internacionalmente pode se referir a situações jurídicas diversas. O autor defende que enquanto alguns se utilizam do termo para se referir aos processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas (citando o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul), outros enquadram no termo a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós guerra (dentre eles Ronald Dworkin e Robert Alexy). Referindo-se, então, a um modelo de direito que muda as perspectivas sobre a fundamentação do direito, diverso do modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo que vigorava (STRECK, 2011, p. 3).

A despeito dessa incerteza terminológica, verifica-se que o neoconstitucionalismo se propõe a mudanças sociais necessárias, sobretudo considerando as barbáries permitidas no contexto bélico europeu na década de 50.

O “neoconstitucionalismo” deveria ser sinônimo de “novo paradigma”. Isto porque o direito – do paradigma exurgido no segundo pós guerra – deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra. (STRECK, 2011, p. 9)

Luis Prieto Sanchis (2007, p. 109), por sua vez, descreve que o termo “constitucionalismo” pode ser compreendido de diversas formas, mas que são três as principais: primeiramente, encerra um certo tipo de Estado de Direito, desenhando o modelo institucional de uma determinada forma de organização política; numa segunda acepção, constitucionalismo é também uma teoria da lei, que tem a finalidade de explicar as características do referido modelo; por fim, constitucionalismo também pode ser entendido como a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada.

Em continuidade, esse mesmo autor explica que o “neoconstitucionalismo” reúne os seguintes elementos: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional, nos seguintes moldes:

De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neoconstitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador. De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces⁶. (SANCHIS, 2007, p. 109)

Já na visão e opinião de Ferrajoli (2022), as maneiras opostas de entender o constitucionalismo se subdividem entre aqueles que o compreendem como a superação em sentido jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo (neoconstitucionalismo) e os que consideram o constitucionalismo como expansão e completamento do positivismo (constitucionalismo garantista). Em ambos os casos, trata-se das transformações históricas decorrentes do segundo pós guerra, marcadas pelo surgimento de constituições rígidas e sua imposição de limites aos poderes públicos.

Dois transformações ocorridas no cenário social-jurídico a partir dos anos 1950 e marcadamente com o fim da segunda guerra mundial são identificadas como influências na mudança da forma de compreensão do Estado e do Direito: 1- as mudanças ocorridas no campo da Filosofia do Direito e na Teoria do Estado, de modo que se reconheceu a existência de um novo momento “pós-positivista”, marcado pela superação do mero legalismo; 2- o reconhecimento da existência do Estado Constitucional de Direito, em detrimento de “um Estado de Direito e da centralidade do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito vigente” (OLIVEIRA NETO, BONISSONI e CADEMARTORI, 2016, p. 939).

⁶ Tradução do autor: Da primeira destas tradições, recorre-se à ideia de garantia jurisdicional e uma correlata desconfiança do legislador; cabe dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal do que democrática, de modo que se traduz na existência de limites contra as decisões da maioria, não no apoderamento dessa maioria para que o exercício da soberania popular por meio do legislador permaneça sempre aberto. Da segunda tradição, porém, herda-se um ambicioso programa regulatório que vai muito além do que a mera organização do poder exigiria ao estabelecer as regras do jogo. Em poucas palavras, o resultado pode ser assim resumido: uma Constituição transformadora que pretende condicionar significativamente as decisões da maioria, mas cujo papel fundamental não cabe ao legislador, e sim aos juízes.

A Carta Constitucional, dessa forma, ganha contornos de maior importância e de valor supremo dentro do ordenamento jurídico, face a dificuldade em colocar em prática os direitos fundamentais e sociais previstos no texto constitucional. A supremacia, já descrita, é fortalecida pela rigidez constitucional, característica da norma que só pode ser alterada mediante um processo legislativo diverso⁷ e mais rigoroso que os verificados ao processo ordinário. Para OLIVEIRA NETO, BONISSONI e CADEMARTORI:

A prática de declarar direitos em cartas constitucionais, ação iniciada com as revoluções liberais – especialmente a francesa no século XVIII, ganha força com esses movimentos. Nasce a esperança de que, transformadas as aspirações sociais em direitos fundamentais, e estes, por sua vez, colocados a salvo em Constituições protegidas das maiorias eventuais, ter-se-ia proteção suficiente para criar uma sociedade livre das barbáries ocorridas ao longo dos anos (OLIVEIRA NETO e outros, 2016, p. 936).

2.1.2 CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X PRINCIPIALISTA

Superada a abordagem terminológica, entendo apropriado ao debate trazer à tona a discussão acerca das diferenças entre o constitucionalismo garantista ou normativo e o constitucionalismo principialista ou argumentativo (também chamado, a depender do autor, de neoconstitucionalismo, não positivista, antijuspositivista ou pós-positivista).

A nomenclatura utilizada nesse trabalho para as formas de constitucionalismo será nos conformes do batizado por Ferrajoli (constitucionalismo principialista). Essa diferenciação tem o objetivo de verificar se a forma do Sistema Garantista construído por Ferrajoli guarda compatibilidade com a forma de constitucionalismo vivenciada no ordenamento jurídico brasileiro.

De imediato e como ponto de partida, podemos afirmar que a legitimidade interna e externa no constitucionalismo principialista estão arraigadas no texto positivado da norma, do que difere o constitucionalismo garantista, que efetua sua separação rígida. A

⁷ No Brasil, observa-se essa rigidez através do artigo 60 da Constituição Federal: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Acesso em 28/11/22, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

inserção de valores morais no texto positivado constitucional e algumas consequências dessa característica são os traços marcantes e diferenciadores das formas de constitucionalismo. Como traçado no primeiro capítulo, decorrência direta dessa estrutura constitucional é a diferenciação da vigência e validade das normas.

Disso se verifica que, para o constitucionalismo principialista, o direito também é construído através de princípios, não somente de normas positivadas sem caráter valorativo. Ronald Dworkin e Robert Alexy são os principais teóricos dessa construção doutrinária. Suas principais contribuições, conforme didático trabalho de Letícia Balsamão Amorim (2005) são as seguintes:

1- Deu valor normativo aos princípios, de modo que as regras e os princípios “são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deontológicas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição” (ALEXY, 1997, p. 83);

2- Tentou construir regras de argumentação a fim de se promover respostas racionais aos casos difíceis fundados na colisão de princípios, em contraponto às teorias decisionistas do direito e a discricionariedade defendida pelo positivismo

3- Aproxima a moral do direito. O autor aduz que a teoria “dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (ALEXY, 1997, p. 15) e “a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (ALEXY, 1997, p. 25);

A partir “do ataque à distinção estabelecida pelo positivismo entre Direito e Moral, critica este autor o critério usado pelo positivismo mais estrito de distinguir a validade no Direito com base no critério de sua origem” (CADEMARTORI, 1997, p. 78).

Ademais:

O problema que encontra Dworkin na concepção normativista é que as normas operam a partir de uma lógica “disjuntiva”, ou seja, elas estabelecem de maneira radical a oposição “Direito” e “não-Direito”. Mas ao aceitar os princípios (bem como as diretrizes políticas) como integrantes do modelo jurídico, encontramos problemas relevantes na teoria da validade: aos princípios não se aplica esse conceito. Ao analisar casos difíceis e tentar aplicar a regra de reconhecimento de Hart à solução dada aos mesmos pelos tribunais (validade das normas em função da sua promulgação por autoridade competente), Dworkin constata que os órgãos judicantes lançaram mão de princípios que, ao não serem normas, não se subsomem às qualificações de validade/invalidade. Os princípios são aceitos pela sociedade e pelos tribunais, diz ele. (CADEMARTORI, 1997, p. 80)

A partir da aceitação dos princípios como valores normativos aos quais se deve obediência semelhante às regras e que sustentam a fundamentação de decisões judiciais,

deve-se lembrar que o espectro normativo da orientação principiológica é deveras superior às normas positivadas. Enquanto a norma jurídica é aplicada ou não a determinado caso concreto (critério de subsunção), o princípio orienta e abrange uma série de aplicabilidades, aumentando, inclusive, seu campo de conflito com outras normativas (critério de abstração e generalidade). Não é raro, portanto, o conflito principiológico dentro do ordenamento jurídico.

Nessa esteira, as formas de constitucionalismo são divergentes e enfrentam soluções diversas: por um lado, o constitucionalismo garantista não autoriza a utilização de princípios (sobretudo não positivados, pois sem normatividade) como aptos a fundamentar decisões judiciais, por outro lado o constitucionalismo principialista autoriza essa utilização e, inclusive, entende que os princípios devem orientar padrões de elaboração legislativa ou até de fundamentação de decisões jurisdicionais, ainda que contrariem normas positivadas (como não raro se verifica em *terrae brasilis*).

Ana Claudia de Bastos Pinho (2011, p. 47) relembra que Ferrajoli reconhece que a partir do fato de que as “Constituições contemporâneas incorporaram a seus textos muitos daqueles valores tidos como metajurídicos (e que compunham o chamado Direito Natural), houve uma aproximação entre a legitimação externa e a interna.” Conclui, ainda, de forma incisiva referindo que “perdeu sentido a decantada controvérsia entre jusnaturalismo e positivismo”. Porém, não custa lembrar que:

O garantismo sustenta que deve existir uma separação entre justificação externa e legitimação interna do direito (penal, em especial), entendendo que a primeira dar-se-ia a partir de princípios morais ou políticos (de tipo extra ou metajurídico), enquanto a segunda realizar-se-ia a partir de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico. A legitimação externa seria, portanto, um critério de justiça, enquanto a interna, de validade do direito penal (PINHO, 2011, p. 47)

Notadamente, o constitucionalismo garantista através de sua proposição rígida de separação do direito e da moral pretende primar pela impossibilidade da flexibilização de direitos constitucionalmente assegurados, sejam na forma de garantias individuais limitadoras do poder punitivo estatal, sejam na forma de previsões positivas socialmente estabelecidas como obrigação estatal de atender. Para isso, o garantismo funcionaria de forma a possibilitar a implementação dessas previsões, sem espaço para omissões estatais (e quando houvesse, as garantias lhe dariam complementação).

Importante visualizar de forma esquemática as principais diferenciações:

Tabela nº 4

Diferenças básicas entre as formas de constitucionalismo

Constitucionalismo garantista	Constitucionalismo principialista
Reforço do positivismo e da normatividade das Constituições	Conexão entre direito e moral (princípios morais nas constituições);
Inexistência de diferença qualitativa entre regras e princípios	Estruturas diversas nas normas jurídicas (princípios e regras);
Rejeição da técnica de ponderação por representar ativismo judicial incabível	Possibilidade de ponderação principiológica judicial;

Nessa esteira, o constitucionalismo garantista ou normativo, proposto por Ferrajoli, é criado de forma que sua normatividade proporcione a aplicabilidade (ou pelo menos ofereça ferramentas que garantam a aplicação) dos direitos fundamentais e sociais previstos nas Cartas Constitucionais, uma vez que, na sua compreensão, a mera previsão no rol não é suficiente para a implementação concreta no plano fático-jurídico. Ou seja, a base do constitucionalismo garantista visa à efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, sem que seja possível a não aplicação a partir de decisões judiciais embasadas em outros fundamentos.

Além disso, o autor também argumenta que três espécies de crises lhe dão razão de existência:

A primeira é chamada de “crise de legalidade” em que há ausência de instrumentos de controle aos titulares dos poderes públicos, resultando na ilegalidade do poder e na formação de uma espécie de Estado paralelo, que funciona baseado na corrupção;

A segunda é centralizada na ineficiência ou falta de adequação do aparato estatal para promover eficácia aos direitos sociais, tendo em vista a mudança dos objetivos estatais para além do mero liberalismo ou proteção individual para a atuação positiva e atuante; e

A terceira como foco a progressiva falência da soberania estatal e da forma de Estado Nacional, de modo que determinados assuntos não mais se restringem às fronteiras físicas ou virtuais, destacando-se temas em que se discute política monetária, organizações militares e políticas sociais, as quais, além de fugir da competência meramente nacional, não encontram amparo teórico no Direito Internacional.

Essas crises, para Ferrajoli, tem o condão de “colocar em colapso a própria Democracia, já que, por trás de todas elas, está presente uma crise da legalidade, ou seja,

do princípio da legalidade na sua versão mais pura e naquilo que tem de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais.” (OLIVEIRA NETO, BONISSONI e CADEMARTORI, 2016, p. 941)

Tabela nº 5

Crises jurídicas que ensejam a fundamentação do constitucionalismo garantista

Crise verificada	Situação fático-jurídica
Crise de legalidade	- Ausência de instrumentos de controle aos agentes estatais; - Desencadeando: a ilegalidade do poder e na formação de uma espécie de Estado paralelo;
Crise de ineficiência do aparato estatal	- Inadequação do aparato estatal em promover eficácia aos direitos sociais, - Consequência da mudança dos objetivos estatais para além do liberalismo para a atuação positiva e atuante
Crise na progressiva falência da soberania estatal	- Assuntos como política monetária, organizações militares e políticas sociais fogem da competência nacional e não encontram amparo teórico no Direito Internacional

As características marcantes manifestadas pelo constitucionalismo garantista de Ferrajoli são: o reforço da normatividade das Constituições; a inexistência de diferença qualitativa entre regras e princípios – visto não contribuir à força da normatividade constitucional -; a rejeição da técnica de ponderação por representar ativismo judicial incabível e flexibilização à submissão dos juízes à norma legal-jurídica.

Então, ao passo que o constitucionalismo garantista é compreendido como a expansão e robustez do positivismo, o neoconstitucionalismo é entendido como a superação do positivismo com nuances jusnaturalistas ou ético-objetivista do positivismo (TRINDADE, 2016). O constitucionalismo garantista obedece a preceitos, como dito alhures, que fortalecem os comandos constitucionais e, para tanto, há contrariedade

teórica com o constitucionalismo principialista e seu resultado entre a conexão entre direito e moral (o que autor chama de cognitivismo ético):

É precisamente porque o constitucionalismo significa a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais que, para ele, também vale – ao contrário daquilo que entende Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza e Ruiz Manero – o princípio juspositivista da separação entre direito e moral contra aquela enésima insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, uma vez que este princípio não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”. Esta seria uma tese sem sentido, assim como não haveria sentido negar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, freqüentemente, orientado por escolhas de caráter moral. (TRINDADE, 2016, p. 413)

Quanto à conexão entre direito e moral, justamente pelo fato de o garantismo se apresentar como uma contraface do constitucionalismo principialista, visando colocar em prática os direitos e garantias previstos, a separação é necessária e reforçada, sendo consequência do princípio da legalidade (sob o ponto de vista teórico) e também do liberalismo (sob o ponto de vista axiológico). Em razão disso, o garantismo submete os juízes à vontade legal e não autoriza “a utilização do direito como instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral” (FERRAJOLI, 2022, p. 23).

2.1.3 PROTAGONISMO JUDICIAL E PANPRINCIPIALISMO. COMO ADEQUAR AO GARANTISMO PENAL?

A confusão da moral e do direito também permite que se crie um cenário de inovação jurisdicional principiológica⁸, de modo que, ainda que não previstos na Constituição Federal, julgadores se utilizem fundamentadamente de inovadores princípios morais para afastar outros princípios expressos e fundamentais quando em julgamentos de casos concretos⁹.

A consequência de tal prática resulta na perda de normatividade dos preceitos constitucionais, pois a aplicabilidade pode ser, em qualquer caso, relativizada em face de outras regras e princípios, e – quiçá o mais preocupante – em alguns casos sequer previstas no texto constitucional.

⁸ Fenômeno também chamado de panprincipiologismo, no qual há inovação jurídica principiológica, sobretudo em decisões judiciais, de forma a fundamentar o ato produzindo-se princípios sem normatividade.

⁹ Também citado por Ferrajoli, Lenio Luiz Streck abordou o assunto no texto que se encontra no link <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>; acesso em 10 de janeiro de 2023;

Necessária consequência da moral entendida de um ponto de vista interno ao direito e de que, diante disso, permite-se a ponderação como método de resolução de conflito entre princípios (ainda que inovados judicialmente), “gera evidentemente um perigo – do qual nem sempre os defensores desta tese parecem conscientes – para a independência da jurisdição e para a sua legitimação política” (FERRAJOLI, 2022, p. 41).

Ferrajoli argumenta que “se os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados, eles mesmo, a criá-las, ainda que através da ponderação dos princípios -, então resulta violada a separação dos poderes” (FERRAJOLI e outros, 2022, p. 41).

O constitucionalismo garantista propõe que a atividade jurisdicional seja a mais limitada e vinculada à lei e à Constituição possível, atendendo à separação dos poderes. Assim, juízes não podem ponderar normas, não podem criar ou ignorar normas, mas apenas censurar a invalidade por contrapor a Carta Constitucional, de modo que cabe a intervenção no excesso de atividade legislativa ilegítima (mas nunca na atividade legislativa legítima).

Esse ativismo judicial, portanto, é proporcionado pela possibilidade de normas jurídicas serem afastadas quando conflitantes com outras do ordenamento. O grau de indeterminação assumido pelo direito diante da incorporação massiva de princípios na ordem jurídica fomenta o protagonismo judicial e, em determinados casos, impulsiona a discussão da forma com que se controle minimamente o espectro de discricionariedade judicial.

Conforme leciona André Karam Trindade, “impulsionado pela expansão da atuação dos tribunais – aos quais vem confiada a garantia das promessas constitucionais -, exsurge o fenômeno da chamada judicialização da política” (TRINDADE, 2022, p. 100). O autor refere que ocorre o fenômeno de transferência das decisões dos poderes executivo e legislativos para o poder judiciário; e que os juízes são demandados sobre questões políticas e controvertidas, colocando em xeque a sua própria legitimidade e as regras do jogo democrático.

A forma de ativismo judicial – por vezes chamada de protagonismo – não é novidade se analisarmos também o direito comparado. Surgido no sistema jurídico norteamericano, no qual a fonte de direito primordial é o precedente, a atuação judicial se

confunde com a própria criação do direito. Citando Willian Marshall¹⁰, Trindade enumera sete formas de ativismo judicial, os quais são classificados em *contramajoritário*, *não originalista*, *precedente*, *jurisdicional*, *criativo* e *remediador*¹¹.

Dessa forma, Trindade conclui que “o ativismo judicial consiste na recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição. (TRINDADE, 2022, p. 102).” No Brasil, o ativismo judicial é rotineiro e confere aos juízes discricionariedade nos casos sob julgamento, corroborando a criação de direitos e o gerenciamento processual, indevidos sob a ótica da interferência administrativa e legislativa. Ademais:

Observa-se, assim, que os princípios tornaram-se uma espécie de *máscara da subjetividade*, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos interpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem. Entre os princípios mais invocados, surgem a proporcionalidade e a razoabilidade, que exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico. (TRINDADE, 2022, p. 109)

Portanto, o ativismo judicial da forma que desencadeado no ordenamento jurídico brasileiro, lastreado nas bases teóricas do neoconstitucionalismo e acompanhado do aumento dos espaços de atuação judicial¹², resulta na consequência de enfraquecer a normatividade constitucional e as bases do regime democrático.

Dessa forma, o garantismo se opõe ao autoritarismo político e ao ativismo judicial, ambas práticas não compatíveis com a democracia constitucional. Derradeiramente, Ferrajoli, conforme alerta TRINDADE (2022, p. 114), investe no controle do poder de

¹⁰ MARSHALL, William. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. University of Colorado Law Review, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002;

¹¹ 1- *ativismo contramajoritário* ocorre quando, em contrariedade às decisões de órgãos eleitos democraticamente, os tribunais não adotam decisões no mesmo sentido;

2- *ativismo não originalista* ocorre quando há negação do texto constitucional e de seus autores, de forma a negar o originalismo na interpretação judicial;

3- *ativismo de precedentes* ocorre quando, a despeito de precedentes firmados, o poder judiciário rejeitam sua aplicação;

4- *ativismo jurisdicional* ocorre quando há violação de competências do poder judiciário, de modo que há desobediência aos limites formais de atuação;

5- *ativismo criativo* ocorre quando há inovação teórica e jurídica através da doutrina constitucional, de forma a se criarem novos direitos;

6- *ativismo remediador* ocorre quando o poder judiciário, no intuito de obrigar o aceite de obrigações positivas a outros poderes, usa seu poder para essa finalidade;

7- *ativismo partisan* ocorre quando o poder judiciário profere decisões com a finalidade de atingir objetivos partidários ou sociais; (TRINDADE, 2022, p. 101)

¹² Vide exemplo da Emenda Constitucional n 45/2004, que altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

disposição do juiz, fundamentada na diminuição dos espaços de indefinição semântica da legislação.

Alguns tipos principiológicos inovadores e de normatividade questionável podem ser mencionados a fim de exemplificar e corroborar a argumentação sobre o constitucionalismo experimentado em *terrae brasilis*, conforme crítica construída por STRECK¹³: Princípio da humanidade; Princípio da nulidade do ato inconstitucional; Princípio da não surpresa; Princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente; Princípio da afetividade; Princípio do processo tempestivo; Princípio da ubiquidade; Princípio do fato consumado; Princípio do deduzido e do dedutível; Princípio da instrumentalidade processual; Princípio da delação impositiva; Princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais; Princípio da eventual ausência do plenário. Princípio da cortesia; Princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença; Princípio da cooperação processual.

Interessante discussão é trazida por Ana Cláudia de Bastos Pinho, em sua tese doutoramento, intitulada “Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal”, relacionada especificamente à possibilidade de separação do direito e da moral. A autora revisa a bibliografia ferrajoliana insistindo nos argumentos relacionados à separação de direito e moral, para, ao final, concluir que o “conceito de moralidade, na visão de Ferrajoli, extrai-se de uma concepção pessoal, subjetiva, valorativa de certo ou errado, justo ou injusto” (PINHO, 2011, p. 51).

Em seu trabalho, a mesma autora defende que direito e moral não podem ser cindidos, de forma que estão umbilicalmente conectados. Essa conclusão, contudo, não defende pela confusão dos institutos. Finaliza, a autora, de forma incisiva e corajosa que o garantismo “pressupõe um postulado absolutamente inexecutável, portanto.” (PINHO, 2011, p. 52)

A alegação é, no mínimo, realista, pois a separação de direito e moral, quando se pensa a realidade do ordenamento jurídico e do mundo fático em que a sociedade está inserida, não é tarefa fácil fora do mundo das ideias. Mas, então, a partir dessa constatação, como se deve promover o controle das decisões judiciais, a fim de se reduzir a inovação jurisdicional indevida e o ativismo judicial exacerbado?

A autora explica que os postulados do direito penal mínimo, do princípio da legalidade e da ofensividade “podem ser alcançados perfeitamente sem se precisar valer

¹³ <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprinciologismo-flambagem-direito>; acessado em 11 de abril de 2023;

do esforço metafísico de dizer que a moral deve ser separada do direito” (PINHO, 2011, p. 53)

A autora, então, propõe que:

Logo, ao invés de se pensar a moralidade como uma possibilidade de abertura a discricionariedades, de apelos a coisas do outro mundo, ou como sinônimo de subjetividades, concepções pessoais ou visões de mundo, é preciso apropriar-se dela para, ao contrário, minimizar as possibilidades de arbítrio. Aqui a hermenêutica será fundamental, como ainda se verá. (PINHO, 2011, p. 53)

Dessa forma, como destacado, pela forma de organização legal e constitucional, aliada à forma da criação de precedentes judiciais, pode-se concluir que o constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo é vivenciado atualmente na cultura jurídica brasileira.

Para fins de coadunação da construção garantista com essa tipologia de constitucionalismo, cabe-nos verificar se o constitucionalismo principialista apresenta a base jurídica necessária para que se floresçam ideais garantistas, sobretudo nas searas processuais penais e penais, ainda que restrita somente ao controle das decisões judiciais.

Os contrapontos principais entre as formas de constitucionalismo, sem intenção de esgotar o assunto, foram apresentados, de modo que entender a sua natureza contribui para a compreensão de qual a forma adotada no Brasil.

2.2 A INVOLABILIDADE DOMICILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NORMA PROCESSUAL

2.2.1 A PROTEÇÃO DOMICILIAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A determinação constitucional que protege a intimidade e o domicílio do cidadão contra invasões alheias não autorizadas está elencada na Carta da República, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, assentado no inciso XI¹⁴. Trata-se de direito individual fundamental, categorizado como de primeira geração na clássica separação dos direitos do homem em gerações ou dimensões, conferida originalmente por Karel Vasak (BONAVIDES, 2004, p. 563).

¹⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

O referido dispositivo se destaca por impor abstenção estatal no tratamento com o indivíduo, ou seja, impõe uma conduta estatal negativa e promove a liberdade do cidadão. Em suma, a Constituição impõe restrição ao poder estatal e também a outros particulares de violar a casa do cidadão, em respeito à liberdade individual e à intimidade.

Esse direito não é novidade dessa última Constituição: já na Carta Imperial de 1824 o direito estava previsto¹⁵ de forma surpreendentemente semelhante ao atual texto constitucional. Em 1891, na primeira Constituição republicana, os termos foram repetidos no artigo 72, §11¹⁶, bem como na Constituição de 1934, no artigo 113, n. 16¹⁷. A situação somente sofreu considerável alteração com o advento da Constituição de 1937, em que o artigo 122, n. 6 previu de forma genérica¹⁸ a proteção, sem qualquer vedação a ingresso no período noturno, bem como delegando ao legislador prever os casos de invasão alheia não consentida.

Por consciência social dos constituintes, o texto Constitucional em 1946¹⁹ voltou a proteger com a devida eficiência, pelo menos sob o prisma normativo, o direito à intimidade no domicílio, trazendo texto semelhante aos anteriores a 1937. Em sequência, as Constituições de 1967 (art. 150, § 10) e a Emenda n. 1 de 1969 (art. 153, § 10) sustentaram semelhança na abrangência protetiva, trazendo texto da seguinte forma, *in verbis*: “a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2013, p. 545):

(...) a íntima conexão da garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal. Já por tal razão não é de surpreender

¹⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

¹⁶ A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

¹⁷ A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei”

¹⁸ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

¹⁹ 141, § 15, dispôs que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer”

que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e na amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais

Não se pode confundir a inviolabilidade domiciliar com o direito de possuir domicílio. Essa garantia nada mais representa que um direito de todo cidadão em ter um local ou território espacial imune a invasões desautorizadas e elementar para manutenção de sua intimidade, bem como promoção da personalidade. Ou seja, o direito em nada se confunde com direito a posse ou propriedade.

2.2.2 A AMPLITUDE DA PROTEÇÃO. O QUE É “CASA”?

Numa análise literal e estritamente constitucional dessa proteção à intimidade, pode-se afirmar que, como regra, não é permitido o ingresso no domicílio alheio sem o consentimento do morador (independentemente de a qualificação do agente invasor, isto é, ser agente policial ou cidadão regular sem atribuições públicas)²⁰.

Contudo, excepcionalmente, pelo texto do artigo constitucional – artigo 5º, inciso XI -, há quatro situações nas quais esse ingresso poderá ocorrer independentemente de concordância do proprietário, morador ou ocupante do espaço: (I) flagrante delito; (II) desastre; (III) para prestar socorro (estado de necessidade); e (IV) por determinação judicial.

Não se desconhece a atual e relevante discussão acerca da violação domiciliar policial para fins de prisão em flagrante, tema do qual já há tese de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal²¹ fixada e que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, reiteradas decisões têm sido paradigmáticas no tema²².

²⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, 1988).

²¹ Relator(a): MIN. GILMAR MENDES

Leading Case: RE 603616

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, XI, LV e LVI, da Constituição Federal, a legalidade, ou não, das provas obtidas mediante invasão de domicílio por autoridades policiais sem o devido mandado judicial de busca e apreensão.

Tese: A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.

²²<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23012023-E-nulo-o-consentimento-para-ingresso-da-policia-em-residencia-apos-prisao-em-flagrante-por-motivo-diverso.aspx>;

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/31052022-Anulado-flagrante-obtido-por-policiais-que-forcaram-entrada-alegando-ter-visto-arma-e-drogas-no-interior-da-casa-.aspx>;

Ao presente trabalho, apenas interessa debater e explorar a situação de invasão domiciliar por determinação judicial e os contornos que a garantia constitucional delimita como âmbito domiciliar.

Para tanto, em princípio, importante trazer construção doutrinária acerca de quais espaços físicos estão abrangidos pelo conceito constitucional de domicílio. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 483) as expressões “domicílio” e “casa” são compreendidas (...) “tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do STF, em sentido amplo, como abrangendo o espaço físico onde o indivíduo deve poder fruir de sua privacidade nas suas diversas manifestações”.

Assim, a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo art. 5.º, XI, da CF é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (apartamento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 483)

O uso provisório ou caráter temporário do espaço físico não retira a proteção constitucional, contanto que se preserve a privacidade e se resguarde a proteção ao direito à vida privada e à intimidade do cidadão. O conceito adotado no ordenamento constitucional, dessa forma, é funcional do domicílio, visando a dois objetivos finais no espectro protetivo: abraçar espaços, como já dito, ocupados de forma precária (temporária ou efêmera) que sirvam ao recolhimento da privacidade, como um barco ou trailer; bem como trazer espaço imune à intervenção de terceiros, sejam particulares ou agentes públicos, para desempenho de atividades profissionais ou quaisquer condutas não vedadas na legislação.

Fernandes (2017, p. 427), de forma esquematizada e de fácil compreensão, elenca outros espaços físicos que podem demandar dúvida pelo operador do direito no caso concreto, como pátio da casa, veículos, trailer, barcos, barracas, quarto de hotel ou motel

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/09092022-Terceira-Secao-definira-criterios-para-busca-domiciliar-sem-mandado-nem-consentimento-do-morador.aspx>;
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04032022-Duvida-sobre-permissao-do-morador-para-busca-domiciliar-leva-Sexta-Turma-a-absolver-acusado-de-traffic-.aspx>;
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>;
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28082022-Asilo-inviolavel--mas-nem-sempre-o-STJ-e-o-ingresso-policialem-domicilio.aspx>.

e etc²³. Interessante questionamento se verifica acerca da titularidade da inviolabilidade domiciliar abranger pessoas físicas e jurídicas ou somente pessoas físicas.

Conforme opinam Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto (2013, p. 549) “Titulares (portanto, sujeitos do direito) da garantia da inviolabilidade são, em princípio, tanto as pessoas físicas (nacionais e estrangeiros) quanto as pessoas jurídicas, visto que se cuida de direito compatível com a sua condição.” E prosseguem com uma observação imprescindível aos operadores do sistema de justiça:

Considerando que em primeira linha a proteção do domicílio busca assegurar o direito à privacidade, no caso das pessoas jurídicas a inviolabilidade alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a intromissões de terceiros, portanto apenas os espaços físicos onde se situam os centros de direção da sociedade e onde são guardados documentos e outros bens que são afastados do conhecimento de outras pessoas físicas e jurídicas (SARLET; NETO, p. 550, 2013).

A compreensão da delimitação jurídica da norma constitucional, bem como a atualização dos operadores do sistema de justiça apresenta extrema importância, sob pena das ações em descompasso com a interpretação jurisprudencial ou divergente do alcance

²³ Pátio da casa: Tratando-se de local cercado ou, ainda que não haja essa delimitação, havendo evidências certas de que integra o ambiente da residência, o pátio deverá ter o mesmo tratamento desta, exigindo, para que se proceda à busca e apreensão, a ordem judicial. Bem diferente, todavia, é a situação dos campos abertos ou terrenos baldios, nos quais é permitida a livre ação da autoridade para diligenciar e apreender objetos e provas; Veículos: Não podem ser equiparados a domicílio, pois se tratam de coisas que pertencem à pessoa. No mesmo caso encontram-se os ônibus de transporte de passageiros, que podem ser livremente examinados. Diferente, contudo, a situação da rotulada boleia do caminhão, que se equipara a domicílio na hipótese de encontrar-se o motorista em viagem prolongada, valendo-se da cabine do veículo como dormitório, lá possuindo seus objetos pessoais, roupas e material de higiene. Nesse caso, deve ser respeitada a previsão constitucional exigente de ordem judicial para revista específica, quer dizer, a abordagem diretamente relacionada àquele veículo. Evidentemente, essa regra não tem aplicabilidade na hipótese de blitz, que se caracteriza como operação de revista geral em todos os veículos que passam por determinado local, caso em que a revista aos veículos deve ser livremente facultada; Trailers, cabine de barcos, barracas, motor homes e afins: Tratando-se de locais destinados à habitação, ainda que provisória, da pessoa, deverão receber idêntico tratamento conferido à busca na casa propriamente dita; Quarto ocupado de hotel, motel, pensão, hospedaria e congêneres: Quarto de hotel e similares, quando ainda ocupados, qualificam-se juridicamente como casa para fins da tutela da inviolabilidade domiciliar. Assim, a inobservância das regras legais e constitucionais na busca e apreensão realizada nesta espécie de recinto conduz à ilicitude da prova, acarretando o seu banimento do processo criminal. Neste sentido, o STF: "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento da habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, 11), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel". (RHC 90.376/RJ, DJ 18.05.2007); Escritório, consultório, gabinete de trabalho e similares quando não ocupados por qualquer pessoa no momento da diligência de busca: Embora haja controvérsia, decidiu-se, no Supremo Tribunal Federal, por afastar os referidos ambientes da proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar quando não estiverem ocupados no momento da diligência. Isto ocorreu no julgamento do inquérito 2.424/RJ (20.11.2008), entendendo aquela Corte que "é, no mínimo, duvidosa a equiparação entre escritório vazio com domicílio strito sensu, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem". Neste contexto, válido a busca e apreensão realizada no local, durante a noite (in casu, tratava-se do escritório de advogado a quem se imputava participação em crimes), refutando os argumentos de que essa providência teria afrontado o art. 5º, XI, da CF por não ter sido realizada no período diurno.

normativo nulificar atos processuais, assim considerados desde os praticados no âmbito policial, como se vê no julgamento do HC 91610 / BA ²⁴, que teve na Relatoria o Ministro Gilmar Mendes.

2.2.3 A RESTRINGIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL. QUAIS OS LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO?

Conforme prevê o art. 5º, § 1º, da CF/88²⁵, os direitos fundamentais têm aplicabilidade plena, imediata e integral (BRASIL, 1988). Contudo, na ordem jurídica, tais direitos podem ser relativizados por outros, a fim de que haja coerente e harmônica convivência entre eles, sobretudo no plano fático²⁶ (MENDES; BRANCO, 2017, p. 134).

Os autores relembram que é pacífico na jurisprudência o entendimento de que os direitos fundamentais podem sofrer restrições quando se trata de outros direitos fundamentais e que a aceitação da afirmação de que os direitos fundamentais gozam de prioridade absoluta sobre os interesses coletivos esbarra em dificuldades: “Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 134).

A construção teórica relacionada à relativização de direitos fundamentais divide as restrições em diretas e indiretas. No primeiro caso, “o próprio texto constitucional impõe diretamente, na definição da garantia, ou em disposição autônoma, um limite expresso ao exercício do direito individual assegurado”. É o caso da inviolabilidade de

²⁴ HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO FUNDAMENTADA. VERIFICAÇÃO DE QUE NO LOCAL FUNCIONAVA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO ANTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM SITUAÇÃO DISTINTA DAQUELA DETERMINADA NA ORDEM JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. 2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. 3. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.

²⁵ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁶ Essa afirmação e esse entendimento, de um modo geral, demonstram que a cultura jurídica sob o plano constitucional, no Brasil, aproxima-se do constitucionalismo principialista.

domicílio, que não é assegurada “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI).” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 177). Por sua vez, as restrições indiretas dizem respeito àquelas situações criadas pelo legislador ordinário com autorização da própria Constituição, a exemplo do art. 5º, incisos XII, XIII e LX²⁷.

Dessa forma, independentemente da natureza, todo direito fundamental é dotado de “âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção” (SARLET, p. 405, 2018).

Ainda, não se olvide que a atividade limitadora de direitos fundamentais, trabalhada sob a forma de ponderação de direitos, também deve ser controlada de modo que se respeite a essência do direito fundamental. Em outras palavras, os direitos categorizados como fundamentais ao indivíduo, ainda que relativizados, não podem ser esgotados, de maneira que se atinja seu núcleo essencial ou núcleo duro. É, em suma, o que aduz a construção doutrinária denominada de teoria do limite dos limites²⁸.

Conforme Sarlet:

Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais. (SARLET, p. 410, 2018)

A restringibilidade dos direitos fundamentais e os limites dessa prática, no plano acadêmico, é estudada sob a forma de duas teorias (interna e externa), das quais decorrem consequências diversas no plano prático, sobretudo na maior ou menor extensão da restrição e do espectro protetivo do direito. Para a teoria interna, o conteúdo do direito fundamental é definido e determinado, de modo que sua extensão e limites são fixados

²⁷ XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

²⁸ Diferentemente de alguns países europeus (Alemanha - art. 19, II, da Lei Fundamental de 1949 - e Portugal - art. 18, II e III, da Constituição de 1976), o ordenamento jurídico brasileiro é silente sobre a normativa de limitação de direitos constitucionais. Ainda que expressamente se vede a supressão de direitos fundamentais – artigo 60, §4º, da CF/88 -, aliado ao fato de tratamento do tema como cláusula pétrea, não há qualquer previsão relacionada à aplicação prática diferenciada no bojo de casos concretos.

desde o nascimento. São tratados, então, como fronteiras implícitas e pré fixadas (limites imanentes) (SARLET, p. 407, 2018).

A teoria externa, em contrapartida, faz distinção clarividente entre o direito fundamental e a restrição a ele imposta. Prossegue referindo que diferentemente da teoria interna, “que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições” (SARLET, p. 408, 2018).

O autor prossegue aderindo consenso à opinião jurídica de que a limitação dos direitos fundamentais é aceitável sob três óticas distintas: 1- por expressa disposição constitucional; 2- por norma legal promulgada com fundamento na Constituição; e 3- “restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador”. Ainda que de formas alternativas de ocorrência, é inequívoco que há necessidade de alicerce constitucional para qualquer das formas de relativizações aos direitos fundamentais, sob pena de, conforme alertado Ferrajoli, verificarmos a violação dos poderes, com o poder judiciário inovando normativamente no ordenamento jurídico, sem respaldo popular, político e soberano, visto que não foram eleitos para tal.

Posto isso e caminhando gradativamente ao objetivo do trabalho, precisa-se compreender a extensão e a interpretação que se deve dar ao termo “determinação judicial” inserta no artigo 5º, inciso XI, da CF, que relativiza a garantia da inviolabilidade domiciliar.

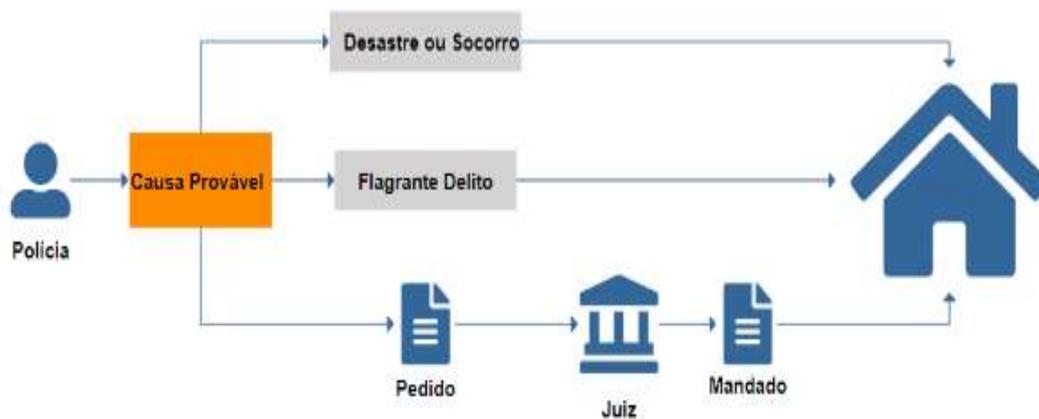
Essa garantia de extrema importância à proteção do cidadão frente ao Estado e frente aos demais particulares (efeito horizontal dos direitos fundamentais), então, tem no próprio texto constitucional as suas exceções e casos de não observância autorizada e infraconstitucionalmente o direito é regulado pela legislação processual penal, que será abaixo detalhado.

Trazendo pedagógica construção gráfica relacionada ao direito fundamental e suas exceções, Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa detalham o já explicado²⁹ e também argumentam em relação às causas autorizadas de ingresso no domicílio pela polícia ou particular: “está autorizado a adentrar na casa (asilo inviolável, CR, artigo 5º, XI) em três hipóteses: a) flagrante delito (CPP, artigo 302 e 303); b) desastre ou socorro; ou, c) por determinação legal”.

²⁹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/limite-penal-cumprimento-mandado-prisao-policiais-podem-vasculhar-tudo>. Acessado em 13 de janeiro de 2023;

Figura nº 1

Relativizações da inviolabilidade domiciliar



(Fonte: LOPES JR e ROSA, 2022; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/limite-penal-cumprimento-mandado-prisao-policiais-podem-vasculhar-tudo>. Acessado em 13 de janeiro de 2023)

Segundo o Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020), o conceito de mandado é:

Ato escrito emanado de autoridade pública, judicial ou administrativa, em virtude do qual deve ser cumprida a diligência ou a medida que ali se ordena ou se determina, como dar ciência à realização de algo. O mandado expedido pela autoridade judicial (juiz, desembargador ou ministro) denomina-se mandado judicial e possui nomes específicos de acordo com o objetivo discriminado: mandado de prisão, de soltura, de penhora, de apreensão, etc.

Como visto, dentre o gênero “mandado” têm-se espécies, a depender da finalidade da ordem judicial e, nessa linha de raciocínio, o mandado de busca e apreensão objetiva procurar objetos e vinculá-los ao processo (com atenção às formalidades da manutenção da cadeia de custódia³⁰); ao passo que a determinação judicial prisional determina a

³⁰ A atual disposição da lei adjetiva penal é rigorosa no controle, registro e manutenção da cadeia de custódia, apresentando detalhamento na forma que deve ser respeitada pelos agentes estatais, conforme se verifica:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova

constrição da liberdade de forma cautelar ou de forma definitiva de um cidadão. Cada ordem, definitiva ou cautelar, embora tenha embasamento e regramento processual próprios, tem o mesmo escopo: encontrar e cercear a liberdade do indivíduo,

pericial; II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. § 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. § 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. § 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. § 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. § 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

encaminhando-o ao sistema prisional ou outro lugar, se for a ordem (vide casos de prisões especiais em Sala de Estado Maior).

Como se sabe, para que se ordene de forma definitiva a prisão de alguém, exige-se um decreto condenatório com trânsito em julgado, vencidas as garantias processuais previstas na legislação. De outra banda, os requisitos necessários para a decretação da prisão cautelar estão dispostos no Código de Processo Penal, a partir do artigo 312³¹, se prisão preventiva. Por outro lado, se temporária a prisão, o rol de crimes que a permitem é taxativo e seus requisitos são diversos, insculpidos na Lei nº 7.960/89³².

2.2.4 A NORMA INFRACONSTITUCIONAL. O ARTIGO 293 DO CPP E AS GARANTIAS POSITIVADAS NA LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL

Interessante observar que a positivação e tentativa de regulamentação do tema (cumprimento de mandado de prisão no interior de residências) é disposto

³¹Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (BRASIL, 1941).

³²Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.” (BRASIL, 1989).

normativamente já no Código de Processo Criminal de 1832, em seus artigos 184 a 188³³, em moldes semelhantes aos verificados na atual lei adjetiva penal. O atual Código de Processo Penal brasileiro (atual sob o ponto de vista de vigência, face que é datado de 1941 em muitas de suas disposições, inclusive a ora debatida), legislação que regula a prática procedimental referente ao processo criminal, a partir do artigo 293, orienta a execução e o cumprimento do mandado de prisão, prevendo que:

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Parágrafo único. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

É cristalino, desse modo, na legislação infraconstitucional, que o mandado de prisão autoriza o ingresso forçado em domicílio para seu cumprimento, desde que (as condições abaixo enumeradas podem ser consideradas “garantias” do cidadão morador da residência e estão em pleno compasso com a previsão constitucional³⁴):

- 1- seja dia³⁵;

³³ Art. 184. As prisões podem ser feitas em qualquer dia útil, Santo, ou Domingo, ou mesmo de noite. Art. 185. Se o réo se metter em alguma casa, o executor intimará ao dono, ou inquilino della, para que o entregue, mostrando-lhe a ordem de prisão, e fazendo-se bem conhecer; se essas pessoas não obedecerem immediatamente, o executor tomará duas testemunhas, e, sendo de dia, entrará á força na casa, arrombando as portas se fôr preciso. Art. 186. Se o caso do artigo antecedente acontecer de noite, o executor, depois de praticar o que fica disposto, para com o dono, ou inquilino da casa, á vista das testemunhas, tomará todas as saídas, e proclamará tres vezes incommunicavel a dita casa, e immediatamente que amanheça, arrombará as portas, e tirará o réo. Art. 187. Em todas as ocasiões, que o morador de uma casa negue entregar um criminoso, que nella se acoutou, será levado á presença do Juiz, para proceder contra elle como resistente. Art. 188. Toda esta diligencia deve ser feita perante duas testemunhas, que assignem o auto, que della lavrar o Official. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm; Acessado em 12 de janeiro de 2023.

³⁴ XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, **ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo** em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, **durante o dia, por determinação judicial**; (grifo meu)

³⁵ Não há consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da abrangência temporal da palavra “dia”, de modo que há operadores do direito que se utilizam do critério astrológico, em que o início do dia seria o nascer do sol e o fim do dia seria o por do sol; de outro lado, também há quem adote o critério cronológico, o qual, da mesma forma, apresenta imprecisão: antes da Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19), havia divergência sobre os horários de início (5h ou 6h) e final (18h ou 20) do dia, sobretudo em razão a amplitude territorial do país e das diferenças naturais. Contudo, após a promulgação da legislação já referida, tem-se demonstrado uma convergência doutrinária de que o horário se estabeleceu de forma legal entre as 5h30 e as 21h, conforme segue *in verbis*: Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem: (...) III

- 2- segurança³⁶ em relação à presença do foragido no domicílio;
- 3- prévia intimação do morador, quando houver, para entregar o foragido;
- 4- denegação por parte do morador em entregar o foragido;
- 5- ato praticado na presença de 2 testemunhas.

Destaca-se, inclusive, que a lei adjetiva penal sequer exige que a residência seja de propriedade do foragido ou de familiar, autorizando o cumprimento da ordem em qualquer lugar que se encontre o indivíduo-alvo. Ademais, reforçando o imperativo legal e a possibilidade de cumprimento forçado da ordem, a legislação penal prevê a penalização da conduta do morador resistente, que não acata a ordem policial em entregar o foragido sob sua custódia, cristalizada pelo artigo 348 do Código Penal³⁷.

Há, entretanto, uma diferença na norma que funciona como garantia: a lei inicialmente permite que a casa ou imóvel seja “cercado” (objetiva tornar incomunicáveis as entradas e saídas) pelos agentes policiais e o proprietário ou morador intimado a entregar a pessoa procurada; apenas no caso de denegação deste, providencia-se, com duas testemunhas a acompanhar, a entrada forçada – as formalidades executórias são tratadas como condições para legalidade do ato, sobretudo à luz do constitucionalismo garantista e do garantismo penal.

Pela legislação, a captura da pessoa procurada ou, em outros termos, o atingimento do objetivo/finalidade do mandado de prisão pelos agentes públicos não autoriza que outras diligências policiais sejam tomadas, como se implícito estivesse no mandado de prisão que buscas domiciliares são autorizadas.

Conforme Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa esclarecem³⁸:

5. Limites e Finalidade previamente delimitados: Em qualquer das hipóteses, a função do agente público é a de cumprir o "objeto do mandado" em seus exatos termos. Nem mais, nem menos. Aliás, orienta-se constantemente o uso de câmeras para comprovação da conformidade da ação com a finalidade de

- cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

³⁶ Não há definição clara do que se entende por “segurança”, de modo que se trata de elemento normativo problemático. A técnica legislativa verificada, caracterizada pela tipicidade aberta, amplia a discricionariedade judicial. A indefinição do termo, a depender da posição do envolvido no fato, apresenta consequências negativas: se do lado do cidadão cujo domicílio foi violado, difícil exigir justiça sem que se saiba o limite do termo ou a qual caso se aplica; se do lado do agente público, que pretende êxito na diligência, também resta duvidosa qual situação é entendida como “segura” para a entrada na residência desautorizada pelo morador, podendo ser investigado em eventual invasão de domicílio inexistosa.

³⁷ Favorecimento pessoal: “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa. § 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão: Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa. § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.” (BRASIL, 1940)

³⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-01/limite-penal-cumprimento-mandado-prisao-policiais-podem-vasculhar-tudo>. Acessado em 13 de janeiro de 2023;

mitigar o risco de todos (agentes da lei, alvos e terceiros inocentes). A não utilização de câmeras, se disponíveis, opera em desfavor dos agentes da lei.

6. Extrapolamento do Mandado: Considere a hipótese de mandado de prisão (preventiva ou temporária). O agente da lei está autorizado somente a penetrar na casa do alvo para o fim de realizar a captura. Efetivada, a "causa" da autorização estará finalizada. Dito de outro modo, obtida a finalidade, a autorização para penetração está cessada. Por isso, a prática de "vasculhar" a casa, realizar "busca pessoal" nos demais ocupantes ou recolher bens e documentos significa o extrapolamento da finalidade do mandado. É da ordem do excesso.

Nessa linha de raciocínio, ganha relevo o debate sobre a busca domiciliar decorrente da entrada a partir da ordem prisional. Ou seja, ingressando-se no domicílio para captura de foragido, é legal, sob a ótica processual, que os agentes estatais efetuem buscas por objetos ilícitos? A legislação processual penal não prevê essa resposta vedando ou permitindo, de modo que a lacuna é preenchida na doutrina e jurisprudência.

A adequação da diligência policial; que objetivava recolher uma pessoa do convívio social mediante restrição da liberdade individual; com a garantia da inviolabilidade domiciliar e o constitucionalismo experimentado, bem como com a legislação infraconstitucional, dessa forma, deverá autorizar o funcionário estatal a fazer buscas na residência, a não fazer buscas, a recolher o que verificar de ilícito sem buscas aprofundadas ou não recolher nada independente do caráter do objeto?

A situação, como já dito, não é respondida no ordenamento positivado, cabendo ao julgador e ao doutrinador definir. Para essa situação, advinda do direito comparado, mais especificamente norteamericano, com base no *leading case* US vs CARTY, construiu-se a teoria dos campos abertos:

Em suma, a limitação da teoria dos campos abertos trata basicamente da possibilidade de o agente apreender elementos de convicção que se encontram em poder do investigado quando tais coisas se encontram à vista do agente policial que realiza a diligência. Desta forma, a omissão do mandado de busca e apreensão quanto ao objeto da busca encontrado à vista pelo agente policial é suplantada por esta limitação, que trata de validar a apreensão do objeto pela autoridade. O *leading case* nesta limitação é o caso US vs Carty, em que houve a apreensão de arma de fogo equipada com silenciador encontrada no domicílio do acusado, muito embora o mandado não fizesse menção a ela. Pela aplicação da doutrina dos campos abertos, esta omissão do mandado foi suprida pelo objeto apreendido se encontrar à mostra da autoridade, sendo, portanto, considerada legítima. Algumas exceções são colocadas quanto à aplicação da doutrina dos campos abertos. A primeira delas reside na circunstância de não se aplica a *plain view doctrine* quando o agente policial já executou o objeto do mandado e a prova surge após a consumação daquele objeto. Num segundo momento, torna-se objetável a referida limitação no momento em que o agente policial revista lugares nos quais o objeto do mandado jamais poderia se encontrar (GLOECKNER, 2015, p. 501)

Mais uma vez, portanto, cabe à jurisprudência criativa e à doutrina definir os parâmetros dessa resposta. Prosseguindo em relação à possibilidade de ingresso em domicílio para captura de pessoa objeto de mandado de prisão, verificamos algumas opiniões doutrinárias conflitantes:

Na doutrina processual penal, verificam-se duas correntes sobre o tema em comento: uma favorável ao ingresso em domicílio com a ordem prisional, tão somente – à qual referenciamos, por todos, os ensinamentos de Eugenio Pacceli de Oliveira. E outra contrária à tal prática – para qual citamos, Tourinho Filho e Aury Lopes Junior.

Em defesa de sua tese, Eugênio Pacceli de Oliveira argumenta que:

A prisão poderá ser feita em qualquer dia e qualquer hora, respeitadas as restrições atinentes à regra da inviolabilidade do domicílio (art. 283, § 2º), que reproduz determinação constitucional prevista no art. 5º, XI, da CF, que garante ser inviolável o domicílio, nele somente podendo adentrar, de dia, por ordem escrita da autoridade judiciária competente, ou, à noite, em caso de flagrante delito ou com o consentimento do morador.

Com isso:

a) a prisão, por e com mandado judicial, somente poderá ser realizada de dia, isto é, até as 18 horas (quando se pode considerar, como regra, o final do expediente de trabalho e, assim, o horário noturno, reservado ao descanso e sossego do morador);

b) à noite, se não o consentir o morador, a prisão somente poderá ser realizada em situação de flagrante delito em curso, naquele momento, no interior da residência. Do contrário, se à noite, não sendo a hipótese de flagrante e, sim, de prisão por mandado judicial, o executor do mandado deverá guardar todas as saídas do local, e, tão logo amanheça o dia, o que se pode considerar a partir das 6 horas, arrombar as portas da casa, na presença de duas testemunhas, se, intimado o morador (seja ele ou não a pessoa a ser aprisionada), este não autorizar o seu ingresso (art. 293, CPP).

Em sentido contrário, os posicionamentos são na esteira de que a ordem prisional não é documento hábil, por si só, para autorizar o ingresso em domicílio, face a manutenção de proteção ao direito à intimidade pela ordem constitucional. Segundo TOURINHO FILHO (2012, p. 466) “se o mandado de prisão não vier acompanhado de uma autorização para entrada no domicílio e autorização judicial, os executores nada poderão fazer. Restar-lhe-á apenas, cercar a casa e providenciar a autorização judicial”.

A opinião de Aury Lopes Junior é pela impossibilidade, como segue: “O mandado de prisão, por si só, não autoriza o ingresso na casa de terceiros onde eventualmente o agente se esconda, sendo necessária a duplicidade de mandados.” (LOPES JR, 2020, p. 802)

A divergência não se encerra no plano doutrinário e é rechaçada pela jurisprudência nacional e estadual. Analisando fundamentações do ano de 2022 no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo julgados relacionados ao artigo 293 do

Código de Processo Penal, verificam-se majoritariamente posicionamentos em relação à possibilidade do ingresso em domicílio para o cumprimento da ordem prisional, mas desde que se observem as garantias formais insculpidas no artigo que a regula.

Ou seja, as formalidades que a lei impõe aos agentes estatais no cumprimento de ordem prisional são garantias do cidadão contra o arbítrio e a fim de manter a finalidade da ordem judicial, de modo que o desvio dessa finalidade (efetuar buscas na residência, quando a ordem judicial somente admitia a captura do indivíduo) acarreta a absolvição pela nulidade das provas obtidas.

Colacionamos, a título demonstrativo e para encerrar esse capítulo, dois julgados esclarecedores do ano de 2022, com grifos meus nos trechos que interessam ao presente trabalho:

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 733.910 - SC (2022/0098333-3): 1. Consoante recente orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito" (HC n. 663.055/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022). 2. Nessa linha de intelecção, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 3. A existência de mandado de prisão em aberto para apuração de crime de homicídio supostamente praticado por dois dos pacientes não justifica a realização de buscas na residência da terceira paciente, em verdadeira pescaria/expedição probatória, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea da ré, o que não ocorreu no caso. 4. Somado a isso, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, a posteriori, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa. 5. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar os acusados, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, impondo-se a absolvição dos agentes, nos termos do artigo 386, II, do CPP. 6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 06 de setembro de 2022 (Data do Julgamento);
Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator.

HABEAS CORPUS Nº 732.490 - PA (2022/0090963-7): 1. A Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC n. 663.055/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, entendeu que "é ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de

mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito". (HC 725892 / GO, RELATORA Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 08/04/2022).

2. Na esteira dos precedentes supracitados, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão implique a concessão de um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (?fishing expedition?), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 3. No caso, não foi sido seguido o procedimento legal previsto no artigo 293 do CPP. Além disso, os policiais visualizaram uma pessoa fugindo ? não sabendo, com segurança, portanto, se era a terceira pessoa, foragida, que estavam procurando ?, mas ainda assim adentraram na residência da corré e passaram a vasculhar seu interior, até encontrarem as drogas. 4. Mesmo admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura de pessoa em cumprimento ao mandado de prisão, verifica-se que houve desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato, posto que, segundo a denúncia, as drogas estavam ?escondidas em uma rede?, de forma que se pode concluir que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo foragido, mas sim verdadeira busca probatória dentro do lar, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar pessoa foragida. 5. Desse modo, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, inclusive a apreensão das drogas e a subsequente quebra de sigilo de dados do aparelho celular, nos termos do artigo 157, caput, e § 1º, do CPP, impondo-se a absolvição do paciente e da corré, nos termos do artigo 386, II, do CPP. 6. Ordem concedida para absolver o paciente e a corré em relação aos delitos previstos no artigos 33, caput, e 35, da Lei n. 11.343/2006, que devem ser colocados em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos. 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). CÉSAR RAMOS DA COSTA, pela parte PACIENTE: ROSIVAN FERREIRA ELEOTERIO
Brasília (DF), 09 de agosto de 2022 (Data do Julgamento).
MINISTRA LAURITA VAZ Presidente MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) Relator

Com esses julgados, entendo vencidas as nuances teóricas para nos permitir a discussão sobre a análise empírica no terceiro capítulo da dissertação. Abordamos desde a previsão constitucional e suas abrangências e exceções à garantia da inviolabilidade domiciliar, passando pela análise legal da legislação processual penal e os rigores para execução da diligência, encerrando com exemplos da divergência doutrinária e jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com julgados apenas exemplificativos.

3 CLASSIFICAÇÃO E ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO GARANTISMO PENAL

3.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO DE INVESTIGAÇÃO E COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS

A sistematização do material foi realizada de modo a permitir o diagnóstico sobre (a) a análise qualitativa relacionada à (i)legalidade do ingresso em domicílio por agentes policiais em cumprimento de mandado de prisão e obtenção de provas, tanto em decisões de primeiro quanto segundo grau de jurisdição, (b) análise do critério temporal da jurisprudência relacionada ao tema, bem como as divergências entre os julgadores e órgãos colegiados do TJRS; (c) os motivos (fáticos e jurídicos) pelos quais os julgadores consideraram lícita ou ilícita a diligência policial na fundamentação das sentenças e acórdãos; (d) averiguar se a ação de policiamento foi promovida pela instituição policial civil ou militar; (e) se o processo penal no qual se perquiriu a comprovação do fato criminoso se desenvolveu em acordo com os requisitos constitucionais, decodificados nos axiomas do garantismo penal, sobretudo quanto às garantias processuais.

A partir das perspectivas fixadas nos campos de análise referidos acima, o procedimento metodológico foi delimitado à coleta, levantamento, análise e sistematização da jurisprudência relativa ao tema junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos anos de 2013 a 2022.

Definido o caminho metodológico, a pesquisa se desenvolveu da seguinte forma:

Iniciada pela coleta e sistematização da jurisprudência gaúcha atualizada (janeiro de 2013 a fevereiro de 2022) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seu levantamento objetivou analisar os referenciais judiciais sobre a matéria e verificar se há consenso na jurisprudência acerca da viabilidade jurídica do ingresso em domicílio por agentes policiais para cumprimento de ordem prisional. Nesse levantamento, buscou-se classificar os fatos e as decisões judiciais em critérios que possibilitassem o aprofundamento da discussão relativa ao tema-objeto do presente trabalho.

Nessa terceira fase do trabalho, a análise empírica do tema foi o ponto central da pesquisa, sobretudo nas decisões judiciais de primeiro e segundo graus de jurisdição, nos moldes acima citados. O levantamento jurisprudencial se atinou na sistematização da jurisprudência estadual gaúcha e foi delimitada entre os meses de janeiro de 2013 a fevereiro de 2022, com intuito de manter a atualidade da discussão, bem como tentar compreender o contexto de alteração ou não da posição jurisprudencial.

As buscas ocorreram nos espaços virtuais do Tribunal e os documentos obtidos (inteiro teor da decisão) foram salvos em banco de dados em arquivos no formato “pdf”, respeitando a seguinte regra de nomenclatura: numeral de acordo com a recentidade da publicação da decisão (p. ex.: a mais recente – fevereiro de 2022 – tem o número 1) seguida da descrição do tipo de recurso que envolvia o julgamento (p. ex. Apelação ou Embargos Infringentes) e, por fim, do número interno do recurso no tribunal de justiça (p. ex.: 70085112357). Todas foram salvas na mesma pasta, denominada ‘resultados’.

A busca, como já dito, ocorreu no sítio oficial do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, na aba jurisprudência, que pode ser acessado pelo link de acesso disposto: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Foram elencados alguns filtros, como resultados expostos na forma de “ementa”. Preliminarmente, não foi delimitado prazo temporal, tendo em vista a pouca quantidade de decisões específicas relacionadas, porém posteriormente delimitamos o ano de 2013 como último a ser coletado, a fim de manter a atualidade da discussão. Também não foram criados filtros relacionados a “Tribunal”, “Órgão julgador”, “Relator/Redator”, “Tipo de Processo”, “Classe do CNJ” e “Assunto do CNJ” de modo que ficaram selecionados como “todos”. Ainda, foram selecionadas as opções “crime” para a opção “Seção”, bem como “Acórdão” para o “Tipo de decisão”.

No primeiro momento foram estabelecidos critérios de pesquisa no âmbito do direito penal e do direito processual penal a partir de palavras-chave que seriam os indicadores para eleição dos julgados. Foram escolhidas inicialmente, na área penal e processual penal, duas palavras-chave: ‘inviolabilidade domiciliar’ e ‘mandado de prisão’. Posteriormente, sentiu-se necessidade de ampliar e especificar os critérios de busca englobando: ‘artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal’, ‘mandado de prisão’, ‘captura ingresso em residência’, ‘invasão de domicílio’, ‘ilegalidade obtenção das provas’, ‘foragido’ e ‘artigo 293 do Código de Processo Penal’. Com o aumento dos critérios de busca foram totalizadas 8 palavras-chaves para a realização da pesquisa jurisprudencial. Como já referido, as buscas fixadas inicialmente em 02 (duas) e posteriormente em 8 (oito) palavras-chave foram realizadas nos sítios virtuais do Tribunal sem o uso de aspas, vislumbrando utilizar as expressões como guia da pesquisa, sem limitar a elas.

Destaca-se que o processo de levantamento de dados foi baseado no seguinte problema de pesquisa: “é constitucional a entrada em domicílio para cumprimento de

mandado de prisão”. Realizado o levantamento, iniciou-se a análise da jurisprudência gaúcha. Assim, o estudo do acervo (banco de dados) passou por duas etapas distintas: (a) análise qualitativa do material a partir das palavras-chaves preestabelecidas; e, posteriormente, (b) análise qualitativa dos julgados. A primeira etapa correspondeu ao levantamento dos dados brutos a partir dos elementos de busca definidos pelo problema de pesquisa. A partir de sistematização do material integral foi possível estabelecer critérios de seleção e a filtragem dos dados para análise qualitativa.

O resultado das buscas, *ab initio*, apresentou duas situações a que se deve dar atenção:

Primeiro, a análise judicial da problemática relacionada à legalidade da diligência policial se dá processualmente de forma preliminar ao mérito (em que a defesa sustentou a ilegalidade das provas obtidas pela invasão de domicílio desautorizada e fora dos casos constitucionalmente autorizadas), que em todos os casos resultou em prisão em flagrante do indivíduo foragido ou de outra pessoa por crime constatado pela diligência de cumprimento do mandado de prisão.

Em outras palavras, não se encontraram resultados em que a análise do mérito processual fosse a decisão relativa ao ato policial e sua (i)legalidade da diligência no ingresso no domicílio para efetuar prisão de indivíduo foragido, sem ordem judicial específica de busca domiciliar. Explica-se (ainda que desgastante, entendo pertinente): efetuado o ingresso em domicílio à vista da captura de indivíduo foragido (mandado de prisão vigente em desfavor) e, neste ato, encontrada, a título de exemplo, uma arma de fogo em situação irregular (sem documentação ou numeração raspada, por exemplo), lavra-se ou não, a critério do Delegado de Polícia, a prisão em flagrante do indivíduo responsável pelo armamento e que já possuía mandado de prisão em desfavor.

Dessa situação, instaura-se inquérito policial, embasando a exordial acusatória pelo órgão ministerial, com o consequente trâmite processual ordenado por lei, encerrando-se na sentença em primeiro grau e decisão em segundo grau, reformando ou confirmando a sentença. Nesses últimos atos, é analisada a legalidade do ingresso em domicílio para efetuar a prisão do indivíduo, sob a luz da normatividade já exposta.

Segundo, em alguns dos resultados apresentados, verifica-se que se utiliza, além da “determinação judicial” como autorizadora do ingresso em domicílio, outras alegações embasadas na Constituição Federal para o ingresso na residência, tais como o flagrante delito ou o consentimento do morador. Constatou-se que os casos se apresentam como uma espécie de reforço argumentativo da diligência policial para a invasão domiciliar

desautorizada, de modo que o cumprimento do mandado de prisão foi corroborado pelo estado de flagrância delitiva ou pela autorização do morador.

Em todo caso, o “ideal” para o presente estudo é de que o único argumento sustentado pelos agentes estatais e analisado judicialmente fosse a “determinação judicial” com foco no mandado de prisão, porém houve necessidade de se aceitar as decisões abrangendo mais casos, para que não se inviabilizasse a pesquisa.

Outro aspecto introdutório aos resultados, que entendo pertinente, é trazer uma noção geral da estrutura do Tribunal de Justiça do RS no que atine à formação dos órgãos colegiados competência para julgamento de processos criminais. Conforme se verifica, a partir do artigo 21 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a “seção criminal” do órgão é formada pelas “turmas”, “grupos” e “câmaras”³⁹. As “turmas” são, dentre os órgãos colegiados, aquelas formadas pela união de número maior de julgadores (limitado a 24 e, para funcionamento, exige-se presença de 2/3), cuja competência desinteressa ao presente trabalho⁴⁰, mas se colaciona em rodapé para

³⁹ CAPÍTULO IV

DA SEÇÃO CRIMINAL

Art. 21. A Seção Criminal é constituída pelas Turmas, pelos Grupos Criminais e pelas Câmaras Criminais Separadas.

⁴⁰ SEÇÃO I

DAS TURMAS

Art. 22. As Turmas, presididas pelo 2º Vice-Presidente ou pelo Desembargador mais antigo presente, serão constituídas pelas Câmaras Criminais integrantes de sua área de especialização e reunir-se-ão com a presença mínima de 2/3 de seus membros.

Art. 23. São 4 (quatro) as Turmas Criminais:

I – a Primeira compõe-se da 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais;

II – a Segunda compõe-se do 3º e 4º Grupos Criminais;

III – a Terceira compõe-se do 1º e 2º Grupos Criminais nas matérias relativas ao Estatuto do Desarmamento e às Competências da 4ª Câmara Criminal;

IV – a Quarta compõe-se de todos os Grupos Criminais nas matérias relativas aos Agravos em Execução Penal e à matéria processual penal.

§ 1º A Quarta Turma é limitada, em sua constituição, a 24 (vinte e quatro) Desembargadores recrutados dentre os mais antigos de cada órgão fracionário.

§ 2º O 2º Vice-Presidente proferirá voto apenas para efeito de desempate ou quando o cômputo do seu voto for passível de formação da maioria absoluta de que trata o artigo 291, “caput”, deste Regimento.

§ 3º Quando a Presidência for desempenhada pelo Desembargador mais antigo presente, este prolatará voto em todos os casos.

Art. 24. Às Turmas de Julgamento compete:

I – uniformizar a jurisprudência criminal, observados os artigos 926 e 927, bem como o artigo 978 do Código de Processo Civil, e na forma deste Regimento;

II – julgar:

a) os embargos declaratórios opostos aos seus acórdãos;

b) o incidente de assunção de competência previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil, suscitado nos recursos, nas remessas necessárias ou nos processos de competência originária no âmbito de sua competência;

c) os recursos das decisões do seu Presidente ou do Relator, nas causas de sua competência;

d) os incidentes suscitados nas causas sujeitas ao seu julgamento;

e) os incidentes de resolução de demandas repetitivas de sua competência, consoante previsto nos artigos 976 e seguintes do Código de Processo Civil;

conhecimento e compreensão. Os “grupos”⁴¹, por sua vez, são formados pela união de duas “câmaras” com, no mínimo, 5 julgadores, e que possuem, nos resultados desta pesquisa, processo julgado (embargos infringentes) que será analisado. Por fim, as “câmaras” criminais⁴², cuja competência para julgamento de recursos de apelação, e que

f) a reclamação prevista no artigo 988 do Código de Processo Civil, dos seus julgados, a ser distribuída ao Relator do processo principal, sempre que possível.

III – impor sanções disciplinares;

IV – representar, quando for o caso, aos Conselhos da Magistratura, Superior do Ministério Público, Seccional da Ordem dos Advogados e Procuradoria-Geral do Estado.

Parágrafo único. A Súmula terá por objetivo a interpretação, a validade e a eficácia de normas determinadas, visará à segurança jurídica e à contenção da multiplicação de processos sobre questões idênticas.

⁴¹ SEÇÃO II

DOS GRUPOS CRIMINAIS

Art. 25. Os 4 (quatro) Grupos Criminais são formados, cada um, por 2 (duas) Câmaras: a 1ª e 2ª compõem o 1º Grupo; a 3ª e 4ª, o 2º Grupo; a 5ª e 6ª, o 3º Grupo; e a 7ª e 8ª, o 4º Grupo, exigindo-se, para seu funcionamento, a presença de, no mínimo, 5 (cinco) julgadores, incluindo o Presidente. § 1º Revogado pela Emenda Regimental nº 03/2018. § 2º Ocorrendo empate na votação, serão observadas as seguintes regras: I – na hipótese da letra “a”, do parágrafo 1º, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (CPP, arts. 615, § 1º, e 664, par. ún.); II – na hipótese da letra “b”, observar-se-á o disposto na parte final do parágrafo único do artigo 16.

Art. 26. Aos Grupos Criminais compete:

I – processar e julgar: a) os pedidos de revisão criminal; b) os recursos das decisões de seu Presidente, ou do Presidente do Tribunal, salvo quando seu conhecimento couber a outro Órgão; c) os embargos de nulidade e infringentes dos julgados das Câmaras Criminais Separadas; d) os mandados de segurança e “habeas corpus” contra atos dos Secretários de Estado, do Chefe de Polícia e do Comandante da Brigada Militar, observada a competência dos Órgãos Fracionários; e) os conflitos de jurisdição e competência entre Câmaras do Tribunal de Justiça e o Tribunal Militar do Estado.

II – julgar: a) os embargos de declaração opostos aos seus acórdãos; b) os recursos de decisão do Relator, que indeferir, liminarmente, o pedido de revisão criminal ou de interposição de embargos de nulidade e infringentes; c) as suspeições e impedimentos, nos casos de sua competência, bem como a suspeição não reconhecida dos Procuradores de Justiça, com exercício junto às Câmaras Criminais Separadas; d) a reclamação prevista no artigo 988, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, dos seus julgados, a ser distribuída ao Relator do processo principal, sempre que possível.

III – aplicar medidas de segurança, em decorrência de decisões proferidas em revisão criminal;

IV – conceder, de ofício, ordem de “habeas corpus” nos feitos submetidos ao seu conhecimento;

V – decretar, de ofício, a extinção da punibilidade nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal;

VI – impor penas disciplinares;

VII – representar, quando for o caso, aos Conselhos da Magistratura, Superior do Ministério Público, Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e à Procuradoria-Geral do Estado.

§ 1º Os embargos infringentes e de nulidade e as revisões criminais serão distribuídos ao Grupo de que faça parte a Câmara prolatora do acórdão, independentemente de alteração na especialização. § 2º A escolha do Relator ou Revisor recairá, quando possível, em Juiz que não haja participado no julgamento anterior.

⁴² SEÇÃO III

DAS CÂMARAS CRIMINAIS SEPARADAS

Art. 27. As Câmaras Criminais Separadas compõem-se de até 5 (cinco) julgadores, dos quais apenas 3 (três) participam do julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 03/2018.) § 1º Quando a Câmara for composta de 5 (cinco) integrantes, será também competente para as matérias do artigo 26, que serão apreciadas com a participação da totalidade dos Desembargadores que a compõem, observado o ‘quorum’ mínimo de 4 (quatro) membros, incluído o Presidente. § 2º Aplicam-se os artigos 113 e 114 deste Regimento nos casos de falta de ‘quorum’.

Art. 28. Às Câmaras Criminais Separadas compete:

I – processar e julgar: a) os pedidos de “habeas corpus” sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos a Juízes e membros do Ministério Público de primeira instância, podendo a ordem ser concedida de ofício nos feitos de sua competência; b) suspeição arguida contra Juízes de primeira instância; c) os recursos das decisões do Presidente do Tribunal de Justiça nos feitos de sua competência; d) os conflitos de jurisdição entre Juízes de primeira instância ou entre estes e a autoridade administrativa, nos

compõe a maioria das espécies recursais analisadas no presente trabalho, são formadas, em sua constituição, de até 5 julgadores e, no julgamento, de três desembargadores.

Delineadas as nuances delimitadores relativa à temática e ao órgão julgador, passamos à classificação dos julgados.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS JULGADOS

Quanto às espécies de recursos julgados encontrados na pesquisa empírica, visualizamos 17 (dezessete) recursos de apelação e 1 (um) recurso de embargos infringentes.

O panorama encontrado, quanto aos dados da pesquisa e relacionada a esses tipos de recursos, pode ser da seguinte forma organizado:

Gráfico nº 1

Classificação dos Julgados conforme espécie recursal

casos que não forem da competência do Tribunal Pleno; e) os mandados de segurança contra atos dos Juízes criminais e dos membros do Ministério Público; f) os pedidos de correição parcial; g) os Prefeitos Municipais; h) os pedidos de desaforamento.

II – julgar: a) os recursos de decisão do Tribunal do Júri e dos Juízes de primeira instância; b) embargos de declaração opostos aos seus acórdãos; c) a reclamação prevista no artigo 988, incisos I e II, do Código de Processo Civil, dos seus julgados, a ser distribuída ao Relator do processo principal, sempre que possível.

III – ordenar: a) o exame para verificação da cessação da periculosidade antes de expirado o prazo mínimo de duração da medida de segurança; b) o confisco dos instrumentos e produtos do crime.

IV – impor penas disciplinares;

V – representar, quando for o caso, aos Conselhos da Magistratura, Superior do Ministério Público, Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e à Procuradoria-Geral do Estado;

VI – exercer outras atribuições que lhes forem conferidas em lei ou neste Regimento.

Parágrafo único. Compete à Quarta Câmara Criminal, preferencialmente, o processo e julgamento dos Prefeitos Municipais, podendo o Relator delegar atribuições referentes a inquirições e outras diligências.

Art. 29. Às Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos atinentes à matéria de sua especialização, assim especificada:

I – às 1ª, 2ª e 3ª Câmaras: a) crimes contra a pessoa; b) crimes de entorpecentes (Lei nº 11.343/06);

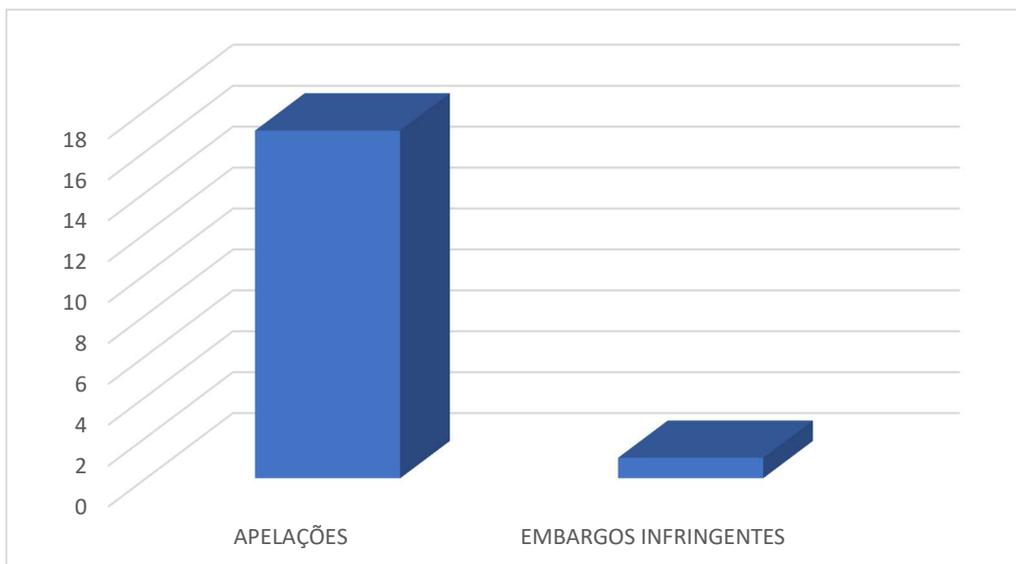
c) crimes contra a honra.

II – À 4ª Câmara: 1 – competência originária para as infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais (Constituição Federal, art. 29, inciso X); 2 – competência recursal para as seguintes infrações: a) crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos; b) crimes contra a incolumidade pública (Código Penal – Título VIII); c) crimes contra a Administração Pública (Código Penal – Título XI); d) crimes de parcelamento de solo urbano (Lei nº 6.766/79); e) crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90); f) crimes de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65); g) crimes contra a economia popular e os definidos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Leis nº 1.521/51 e nº 8.078/90); h) crimes ambientais;

i) crimes contra licitações públicas (Lei nº 8.666/93); j) crimes contra a fé pública; k) crimes falimentares; l) crimes contra a propriedade intelectual; m) crimes da Lei de Armas.

III – às 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Câmaras: a) crimes contra a dignidade sexual (Código Penal – Título VI); b) crimes contra o patrimônio; c) crimes de trânsito (Lei nº 9.503/97); d) as demais infrações penais.

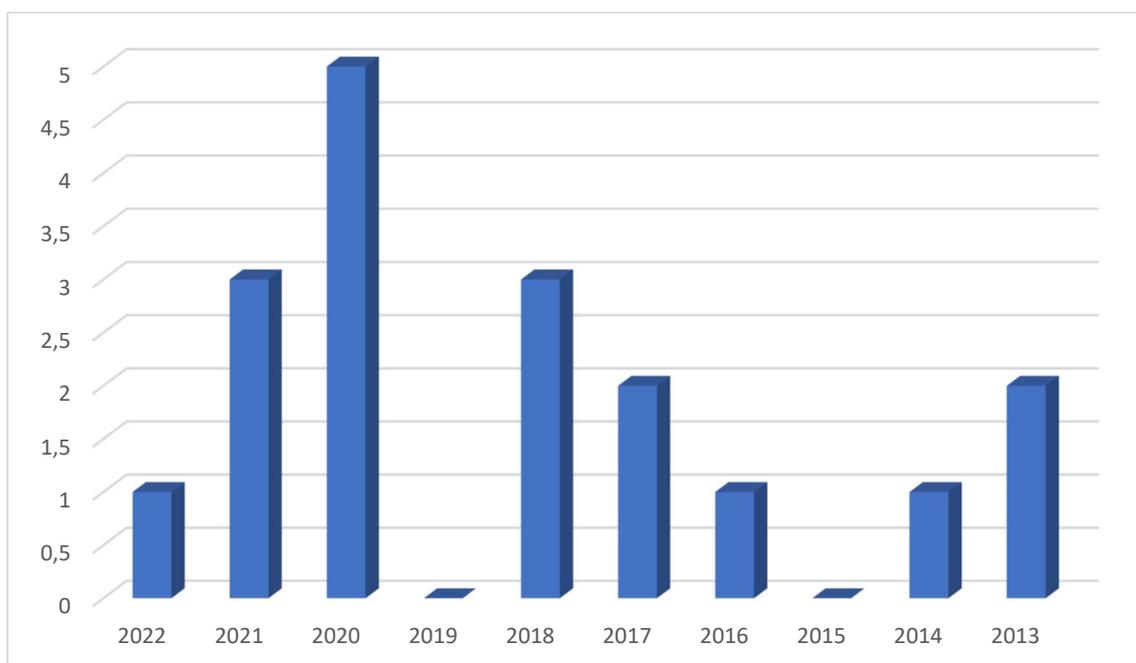
Art. 30. Nas hipóteses de conexão entre crimes pertencentes à competência de Câmaras diversas, preponderará aquele ao qual for cominada pena mais grave. Parágrafo único. Sendo as infrações da mesma gravidade, prevalecerá a competência das Câmaras integrantes dos 1º e 2º Grupos Criminais.



O aspecto temporal e cronológico da pesquisa (anos de 2013 a 2022), demonstrou que houve aumento no julgamento de casos relativos à temática, apresentando-se, do total de 18 (dezoito) julgados no período de 10 anos analisado, 9 (nove) julgamentos – ou seja, metade dos casos – ocorreram nos últimos 3 (três) anos, 2020, 2021 e 2022.

Gráfico nº 2

Total de casos de acordo com o ano de julgamento em 2º grau



Além disso, à primeira vista, a pesquisa revelou que houve, em determinado momento – a ser analisado posteriormente – mudança de entendimento jurisprudencial

no âmbito do TJRS, tendo em vista que as ações policiais resultantes de diligências de cumprimento de mandado de prisão no interior de residências e que geraram prisões em flagrante, foram consideradas ilícitas do ano de 2013 até 2018, com exceção de um julgado.

A partir deste ano e até 2022, noutra giro, quase todas (apenas uma de modo diverso) as ações foram consideradas lícitas sob o ponto de vista do ingresso em domicílio se utilizando da exceção constitucional da “determinação judicial” apoiada no mandado de prisão.

Como dito, essa premissa foi estabelecida, à primeira vista, analisando apenas o ano de publicação da decisão judicial de 2º grau em cotejo com o dispositivo em relação à legalidade ou não do ato administrativo estatal, sem ingresso no mérito dos fatos e circunstâncias da prisão, que serão feitas em outra classificação abaixo.

Tabela nº 6

Ano de julgamento e resultado da decisão judicial no TJRS

ANO DE JULGAMENTO EM 2º GRAU	Decisão judicial entendendo pela legalidade da ação policial	Decisão judicial decidindo pela nulidade das provas obtidas pela ilegalidade da ação	Total de casos
2022	1	0	1
2021	3	0	3
2020	4	1	5
2019	0	0	0
2018	0	3	3
2017	1	1	2
2016	0	1	1
2015	0	0	0
2014	0	1	1
2013	0	2	2

Quanto aos crimes verificados em decorrência da diligência policial de ingressar em domicílio para cumprimento do mandado de prisão, processados judicialmente em primeiro e segundo graus de jurisdição, constata-se que a totalidade é relacionada à

narcotraficância e a armas de fogo. Não há processo, portanto, que contemple outro crime, tão-somente.

Do total de 18 (dezoito) julgamentos colegiados (dezessete apelações e um embargos infringentes), há 15 (quinze) processos em que um dos crimes principais é o tráfico de drogas, na forma do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06⁴³ e 13 (treze) processos em que o crime principal ou acessório é relacionado ao Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), envolvendo os artigos 12, caput, 14, caput e/ou 16, caput ou parágrafo 1º, inciso IV⁴⁴.

Anota-se, também, o fato de que em 5 (cinco) processos do nosso campo de abordagem houve, na exordial acusatória, imputação do crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35, caput, da Lei 11.343/06⁴⁵ e, em que pese haver mais de uma pessoa presa em flagrante e denunciada, não houve condenação por esse crime em nenhum dos processos.

Gráfico nº 3

Espécies delitivas de acordo com a denúncia

⁴³ 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.

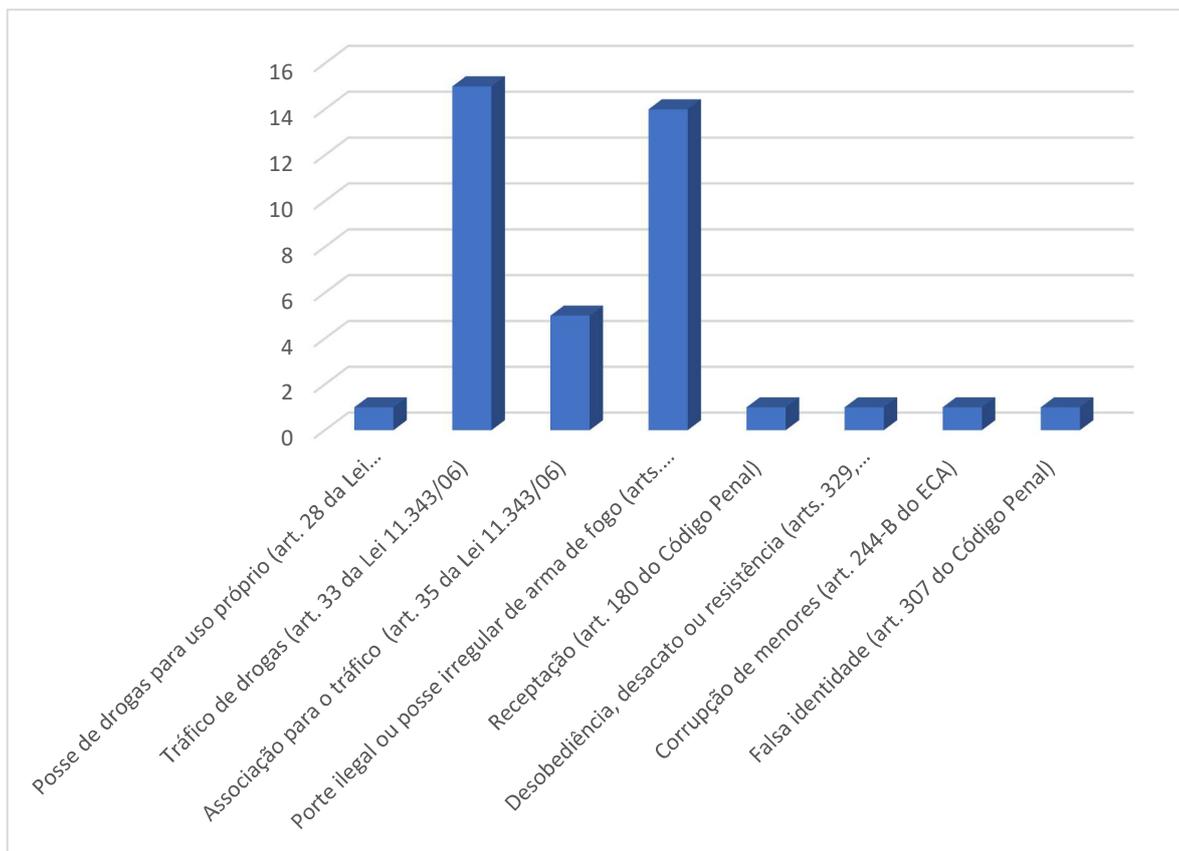
⁴⁴ Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

⁴⁵ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa



Analisando as respectivas decisões, verificou-se que a absolvição pelo crime associativo de tráfico de drogas na integralidade dos casos ocorreu, sobretudo, por dois motivos:

1- Em alguns casos, há pluralidade de indivíduos presos e denunciados, mas em sede de decisão judicial há absolvição de um dos réus, de modo que inviabiliza a consideração ou condenação pelo crime associativo, quando restar individual o decreto condenatório, pela ausência de elemento do tipo penal da associação de pessoas;

2- Noutros casos, em razão de que o crime associativo de narcotráfica, para configurar sua tipificação, exige alguns requisitos que só podem ser aferidos mediante investigação aprofundada dos crimes, inversamente do que ocorre na integralidade dos casos analisados, em que o processo decorre única e exclusivamente da prisão em flagrante dos réus por abordagem policial e materializada na apreensão de entorpecentes, originadas por denúncias recebidas na imediatidade das ações policiais.

Portanto, os requisitos legais do tipo penal associativo são basicamente a estabilidade e permanência da associação de pessoas com intenção de praticar a narcotráfica, de modo que um ato apenas não é suficiente para tipificação delitiva.

Colaciona-se, por apego ao debate, os argumentos da magistrada Fabiana Pagel da Silva, na sentença referente ao processo número 008/2.17.0005362-3 e respectiva apelação de número 70077302487, como exemplificativo e estendido aos demais casos analisados:

Todavia, no que tange ao delito de associação para o tráfico de entorpecentes, tenho que esse não restou plenamente comprovado no conjunto probatório. Isso porque o artigo 35 da Lei 11.343/2006 traz modalidade especial de associação criminosa, que exige, ao menos, duas pessoas agrupadas de forma estável e permanente, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos no artigo 33, caput, o que não restou demonstrado pela prova colhida nos autos, uma vez que inexistem elementos judicializados aptos a comprovar a reunião estável do acusado e dos menores para o fim de perpetrar o crime de tráfico de entorpecentes.

(...)

Diante disso, inviável a condenação do réu pelo delito de associação para o tráfico de drogas, em razão da inexistência de investigação prévia apta a apontar o vínculo estável e permanente do acusado com os menores apreendidos.

Nesse estágio da classificação das decisões e respectivos pontos que merecem destaque às finalidades de nossa análise, tratamos de um aspecto de suma importância: o resultado final em âmbito judicial da diligência policial motivada pelo cumprimento de ordem judicial prisional de recolhimento do indivíduo procurado. Noutras palavras, como se decidiram os processos originados pela ação estatal de prender uma pessoa foragida e geradoras de prisões em flagrante?

Verifica-se que apenas em 1 (um) processo – do total dos 18 (dezoito) analisados – concluiu-se pela absolvição do réu em primeiro grau de jurisdição em razão da ilegalidade da diligência policial de ingresso em domicílio; e que, em grau recursal, as absolvições aumentaram consideravelmente para o número de 9 (nove), chegando à maioria entre os recursos de apelação.

Houve, como já dito, apenas 1 (um) julgamento que não envolveu recurso de apelação, que foi de embargos infringentes, no qual se manteve a condenação e se considerou legal a diligência policial ora em debate.

Gráfico nº 4

Classificação dos julgados conforme decisão de primeiro grau

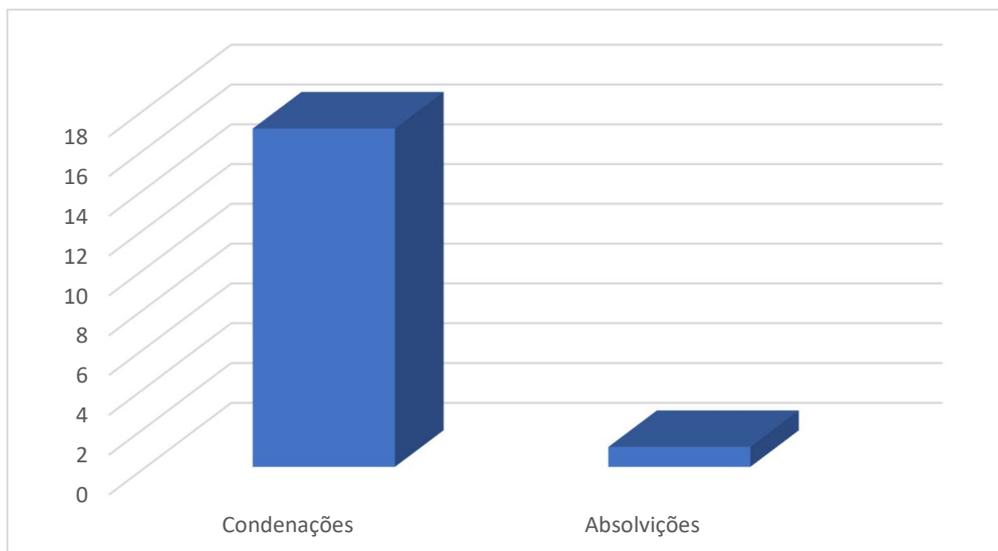
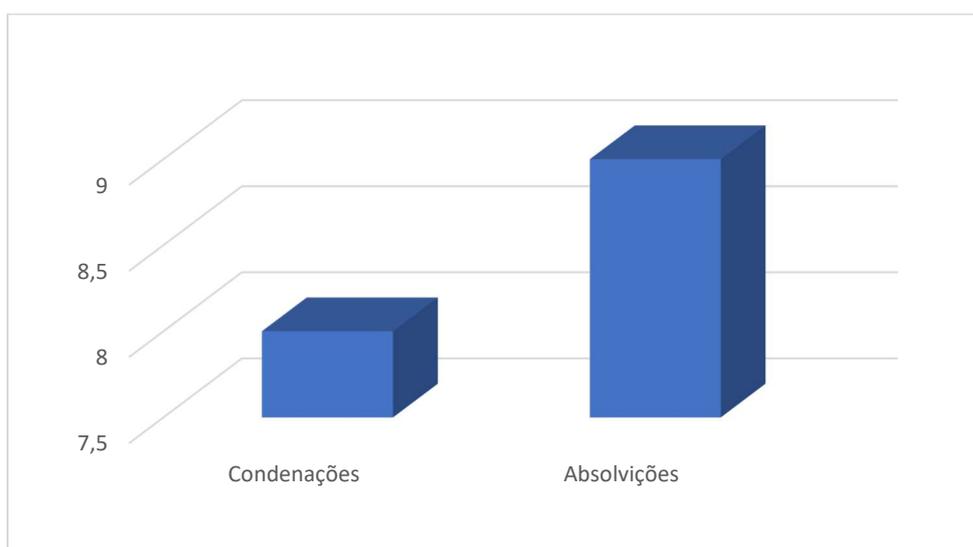


Gráfico nº 5

Classificação dos julgados conforme decisão de segundo grau



A constatação da diferença do conteúdo das decisões judiciais nos âmbitos originários e recursais chama atenção, sobretudo pelo fato de análise das garantias necessárias à inviolabilidade domiciliar, bem como por que se algum eventual condenado deixou de recorrer da sentença condenatória (em processo que não foi relacionado nessa pesquisa, pois o âmbito de análise foi fixado nas decisões do TJRS), há razoável chance de que ter “perdido” a possibilidade de ser absolvido em segundo grau de jurisdição. Essa possibilidade de absolvição pela não interposição de recurso de apelação é exponencialmente superior se o caso é anterior ao ano de 2018.

Também entendemos pertinente o destaque às diferenças de entendimento quanto à tipicidade penal nos casos de condenação, de modo que, da totalidade das 9 (nove) condenações em segunda instância, em 5 (cinco) o TJRS alterou a tipificação pela qual o réu ou os réus foram denunciados e condenados em primeira instância, demonstrando que em mais da metade dos casos há mudança dos crimes, mesmo que mantida a condenação.

Classificamos, abaixo, os julgados em ordem temporal e cronológica decrescente (iniciando pelos mais recentes e encerrando pelos mais antigos), conforme crimes denunciados e as respectivas decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Tabela nº 7

Classificação dos Julgados em ordem temporal decrescente, conforme crimes denunciados e as respectivas decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição

CRIMES DENUNCIADOS	DECISÃO EM 1º GRAU	DECISÃO EM 2º GRAU
Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 331, caput, Código Penal	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 331, caput, Código Penal	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 329, caput, Código Penal
Art. 33, caput, Lei 11.343/06	Art. 33, caput, Lei 11.343/06	Art. 33, caput, Lei 11.343/06
Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 307 do Código Penal	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 307 do Código Penal	Art. 33, caput, c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/06 Art. 307 do Código Penal
Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06 Art. 14 da Lei 10.826/03	Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06 Art. 12 da Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 12 da Lei 10.826/03
Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06	Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06	Art. 33, caput, Lei 11.343/06
Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03
Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, par 4º, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03
Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 180, caput, do Código Penal	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 180, caput, do Código Penal	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 180, caput, do Código Penal

Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06 Arts 12, caput, e 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Arts. 33, caput e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06 Arts 12, caput, e 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 244-B, caput, da Lei 8.069/90	Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 Art. 16, par 1º, IV, Lei 10.826/03 Art. 244-B, caput, da Lei 8.069/90	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Arts. 33, caput e 35, caput, c/c 40, III, todos da Lei 11.343/06	Arts. 33, caput e 35, caput, c/c 40, III, todos da Lei 11.343/06	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 Art. 12, caput, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 Art. 12, caput, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Arts. 33, caput, c/c 40, IV, ambos da Lei 11.343/06 Art. 12, caput, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 16, par único, IV, da Lei 10.826/03	Art. 16, par único, IV, da Lei 10.826/03	Art. 16, par único, IV, da Lei 10.826/03
Art. 33, caput, Lei 11.343/06	Art. 33, par. 4º, Lei 11.343/06	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 Arts 12, caput, e 16 caput e par 1º, IV, Lei 10.826/03	Art. 33, caput, Lei 11.343/06 Art. 16, caput, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 12, caput, Lei 10.826/03	Art. 12, caput, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, III e VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Art. 28, caput, da Lei 11.343/06 Art. 16, caput, Lei 10.826/03	Art. 28, caput, da Lei 11.343/06 Art. 16, caput, Lei 10.826/03	ABSOLVIÇÃO PELO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Gráfico n° 6

Dispositivo da decisão de primeiro grau

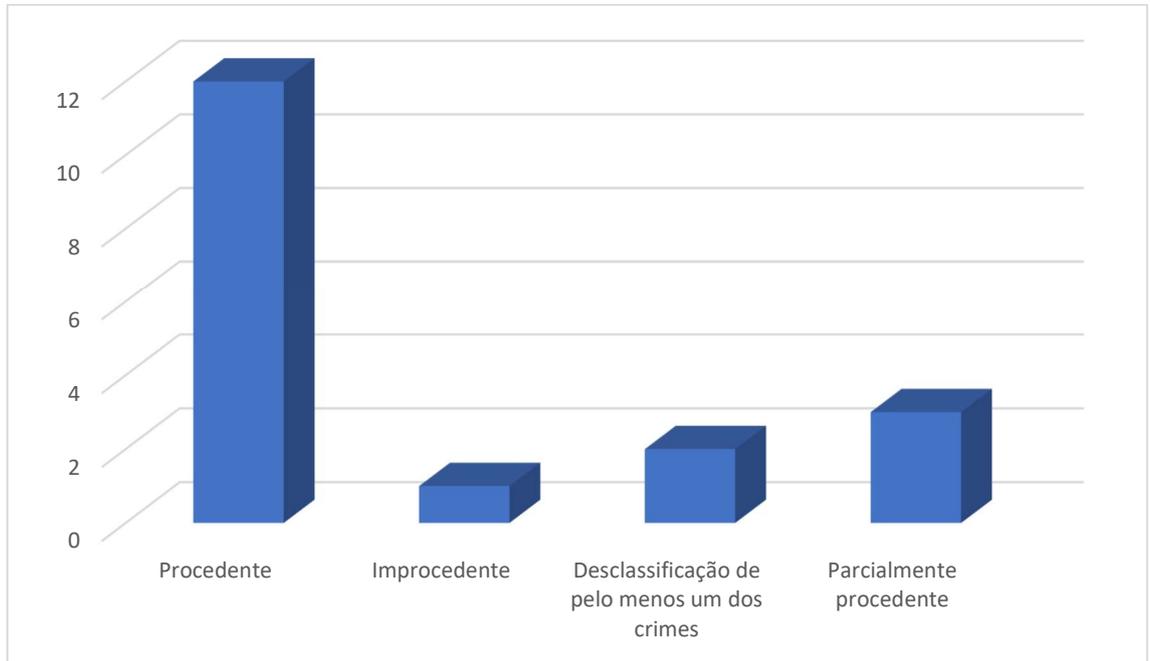
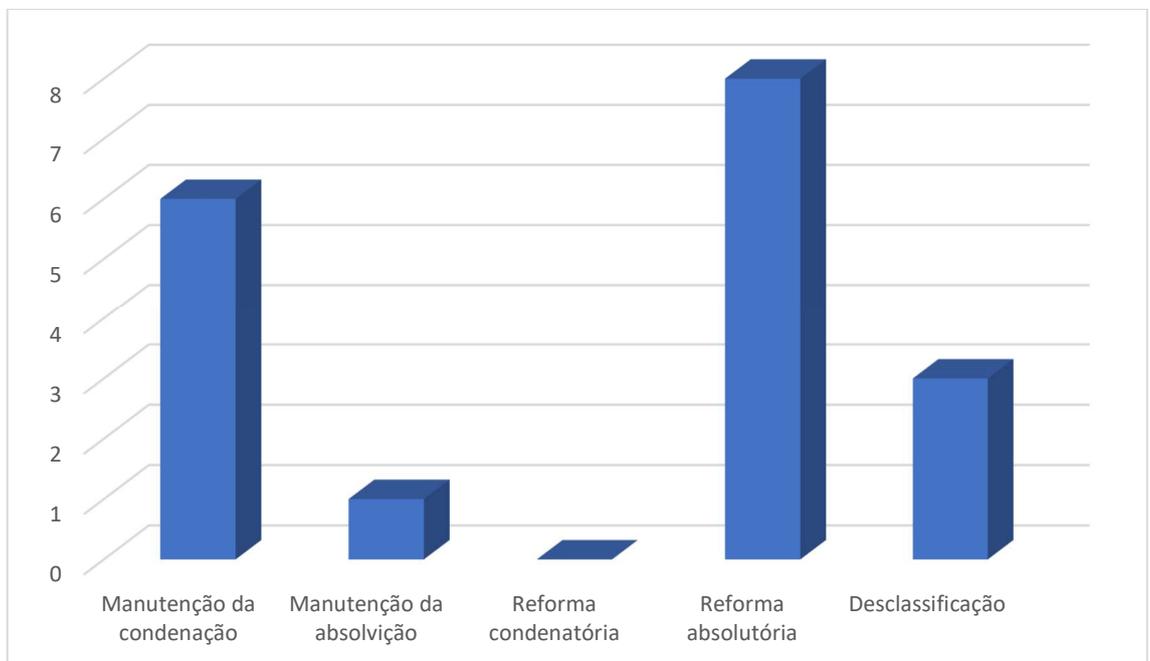


Gráfico n° 7

Dispositivo da decisão de 2º grau



Quanto aos fundamentos das absolvições, verificou-se que, no universo de 9 (nove) processos em que o réu ou os réus foram absolvidos, as decisões se deram com

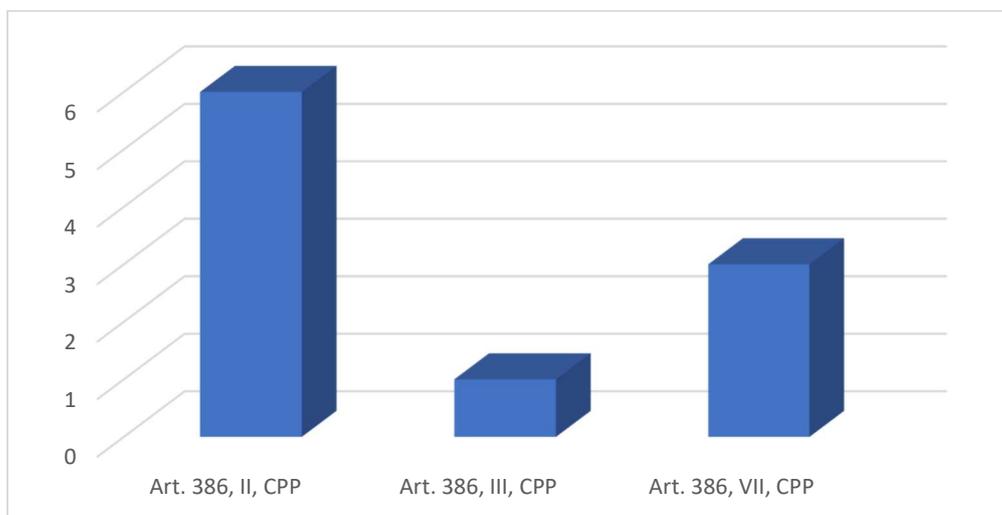
fundamento legal embasadas no artigo 386, incisos II, III e/ou VII, do Código de Processo Penal⁴⁶. Ainda que o fundamento legal se diversifique entre as decisões, notou-se que o fundamento fático-jurídico se concentrou, na totalidade das decisões, na ilegalidade da diligência policial que gerou o ingresso em domicílio, ou seja, a partir da ilicitude no meio de obtenção de prova, as apreensões foram desconsideradas em sede de decisão, de modo que não se restaram provas aptas para materializar a infração penal em julgamento.

Para exemplificar, cita-se a fundamentação construída pelo Desembargador Relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro insculpida no recurso de apelação de número 70079049771:

Verifico, então, a necessidade de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, tendo em vista as provas para a condenação dos réus restringirem-se à coleta de drogas e celulares procedida naquela localidade em que se configurou violação à garantia fundamental de inviolabilidade de domicílio, o que ocasionou, consequentemente, a insuficiência de provas para a comprovação da autoria delitiva atribuída aos réus pela denúncia, de modo que a absolvição desses é medida que se impõe.

Gráfico nº 8

Classificação dos julgados conforme fundamento legal de absolvição no TJRS



⁴⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII - não existir prova suficiente para a condenação

No que atine à instituição estatal atuante na ação em que culminou a prisão em flagrante e, por conseguinte, o trâmite processual gerador da decisão, temos ações comandadas pela Polícia Civil e em outros casos pela Polícia Militar.

Sabe-se que a segurança pública, em sede constitucional, é formada por diversos órgãos e instituições, cada qual com sua competência, vide artigo 144 e seguintes da Constituição Federal⁴⁷, contudo a diferença essencial entre essas duas instituições e suas respectivas atribuições se concentra no fato de que a Polícia Civil possui prioritariamente funções investigativas e repressivas (atuação após o delito) e a Polícia Militar, por sua vez, funções ostensivas e preventivas (atuação antes do delito).

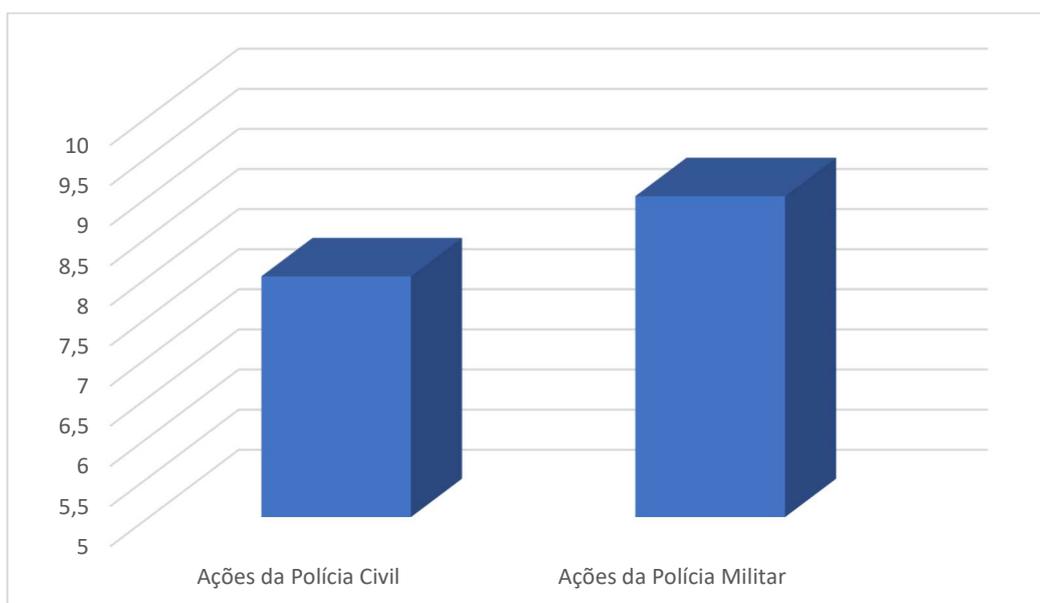
Tais observações são necessárias, tendo em vista que o cumprimento de mandado de prisão de determinado indivíduo, ainda que efetuado por ambas as instituições, trata-se de diligência afeta às competências da Polícia Civil, pelo simples fato de ser posterior ao delito e envolver atuação repressiva.

Essa constatação nos conduz para o segundo fator que é o nível de observação das garantias do artigo 293, caput, do Código de Processo Penal na diligência e a legalidade do ingresso no domicílio, de modo que se verifica um número menor de decisões judiciais decretando a ilegalidade da prova quando as ações foram promovidas pela Polícia Civil.

Seguem os dados:

Gráfico n° 9

Quantidade de ações e respectiva instituição policial envolvida



47

Tabela nº 8

Instituição policial responsável pela diligência e decisão judicial em primeiro grau respectiva

Instituição policial responsável pela diligência	Decisão judicial em 1º grau entendendo pela legalidade da ação policial	Decisão judicial em 1º grau decidindo pela nulidade das provas obtidas pela ilegalidade da ação	Total
Polícia Civil	7	1	8
Polícia Militar	9	0	9
Outras instituições	0	0	0

Tabela nº 9

Instituição policial responsável pela diligência e respectiva decisão judicial em segundo grau

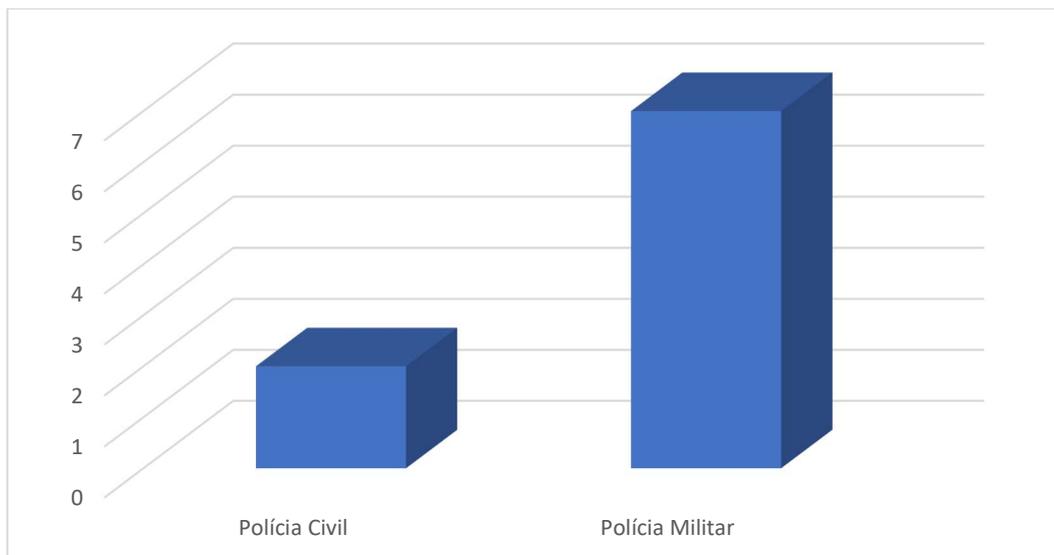
Instituição policial responsável pela diligência	Decisão judicial em 2º grau entendendo pela legalidade da ação policial	Decisão judicial em 2º grau decidindo pela nulidade das provas obtidas pela ilegalidade da ação	Total
Polícia Civil	6	2	8
Polícia Militar	2	7	9
Outras instituições	0	0	0

Percebe-se, diante dos dados apresentados, preponderância pela instituição estatal civil, sob o crivo do segundo grau de jurisdição, em cumprir a ordem judicial prisional de acordo com os ditames constitucionais e legais, ou seja, em obedecer ao rito legal para a entrada no domicílio.

De um modo geral, as ações da Polícia Civil, num total de 8 (oito), possuem apenas 2 (duas) em que se considerou a ilegalidade da diligência, representando uma taxa de 25% de ações consideradas ilícitas, sob o ponto de vista do meio de obtenção de prova. Por outro lado, quanto às ações promovidas pela Polícia Militar, verifica-se, surpreendentemente, uma taxa de 77,77% de ações consideradas descumpridora das garantias legais e constitucionais, gerando a ilegalidade do ato e absolvição do processado.

Gráfico nº 10

Quantidade de ações por instituição policial e decisão do TJRS



Ferrajoli (2002, p. 617) defende que as funções policiais deveriam ser limitadas a três: investigativa, de prevenção e executiva ou auxiliar. Essas atribuições:

deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente dos diversos poderes aos quais auxiliam. Em particular, a polícia judiciária, destinada, à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender. (FERRAJOLI, 2002, p. 617)

Dessa forma, coerente com as disposições garantistas estão a divisão de funções entre as polícias e a especialização dessas na sua atribuição pré definida.

Alterando-se o prumo da direção de análise, ao voltar os olhos para os órgãos julgadores, com ênfase no objetivo deste trabalho que é o segundo grau de jurisdição, também notamos algumas peculiaridades que merecem destaque.

No aspecto quantitativo pelo órgão colegiado julgador, verificamos 2 (duas) decisões prolatadas pela Primeira Câmara Criminal; 5 (cinco) decisões prolatadas pela Segunda Câmara Criminal; 10 (dez) decisões prolatadas pela Terceira Câmara Criminal; e 1 (uma) pelo Primeiro Grupo Criminal. Abaixo elaboramos uma tabela em ordem cronológica decrescente, de modo que se conste o órgão colegiado julgador, o ministro relator e a decisão quanto à (i)legalidade do ingresso em domicílio pelos agentes policiais na prisão em flagrante.

Analisando qualitativamente os dados, podemos notar que a presença de determinado julgador como relator é determinante para o sentido que a decisão judicial

se alinha. Em que pese essa constatação, lembre-se que o desembargador relator pode ter a decisão final colegiada sendo tomada em contrário ao seu voto.

Quanto aos mais determinantes, tanto para decretação da legalidade da ação policial, bem como por sua ilegalidade, observamos, exemplificativamente, que a Desembargadora Rosaura Marques Borba, nos dois julgamentos que participou como relatora, votou pela legalidade da ação policial e assim foi a decisão final do órgão.

Por outro lado, também de forma exemplificativa, o Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, relator em 3 decisões, sendo duas apelações e um embargos infringentes, votou pela ilegalidade da ação policial em todos os casos, sendo a decisão final do órgão por duas vezes lhe seguindo e, nos embargos infringentes, a decisão foi contrária ao voto do relator.

Tabela nº 10

Decisões judiciais de segundo grau conforme julgadores e teor da decisão

ÓRGÃO COLEGIADO JULGADOR	DESEMBARGADOR RELATOR	DECISÃO QUANTO AO INGRESSO NO DOMICÍLIO
Segunda Câmara Criminal	José Antônio Cidade Pitrez	Pela legalidade
Segunda Câmara Criminal	Viviane de Faria Miranda	Pela legalidade
Primeira Câmara Criminal	Jayme Weingartner Neto	Pela legalidade
Terceira Câmara Criminal	Rinez da Trindade	Pela legalidade
Primeira Câmara Criminal	Jayme Weingartner Neto	Pela legalidade
Segunda Câmara Criminal	Rosaura Marques Borba	Pela legalidade
Segunda Câmara Criminal	Rosaura Marques Borba	Pela legalidade
Segunda Câmara Criminal	Felipe Keuncke de Oliveira	Pela legalidade
Terceira Câmara Criminal	Diógenes Vicente Hassan Ribeiro	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Rinez da Trindade	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Ingo Wolfgang Sarlet	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Rinez da Trindade	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	José Ricardo Coutinho Silva	Pela legalidade

Segundo Grupo Criminal	Diógenes Vicente Hassan Ribeiro	Pela legalidade
Terceira Câmara Criminal	Sérgio Miguel Acchuti Blattes	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Jayme Weingartner Neto	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Diógenes Vicente Hassan Ribeiro	Pela ilegalidade
Terceira Câmara Criminal	Jayme Weingartner Neto	Pela ilegalidade

Gráfico nº 11

Quantidade de decisões por órgão colegiado e seu teor

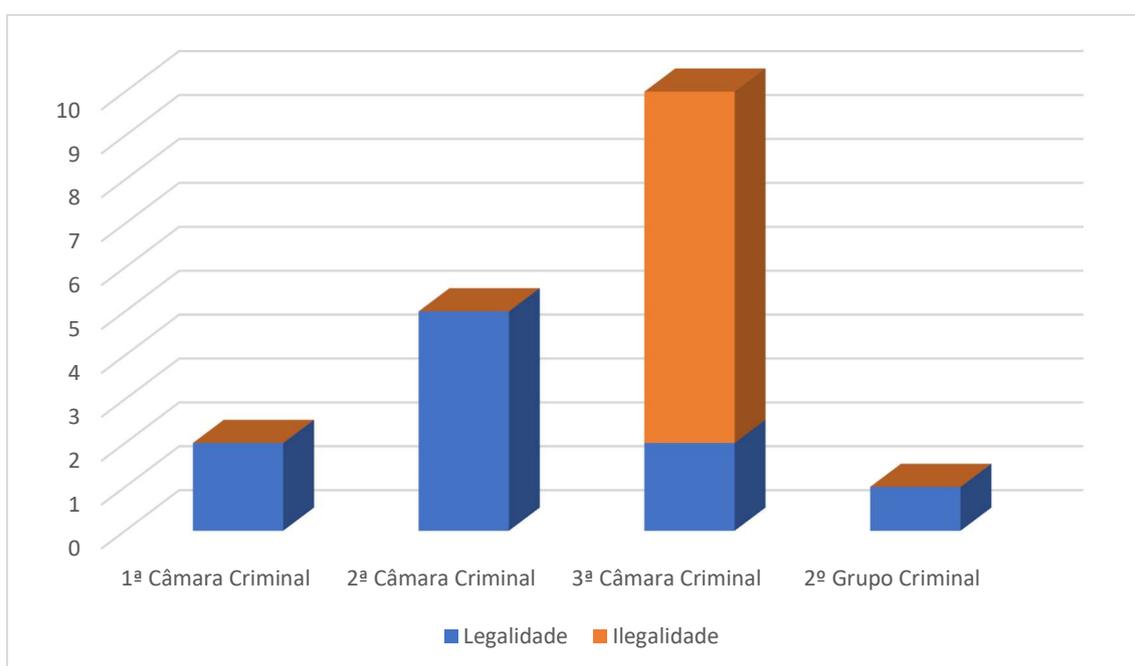
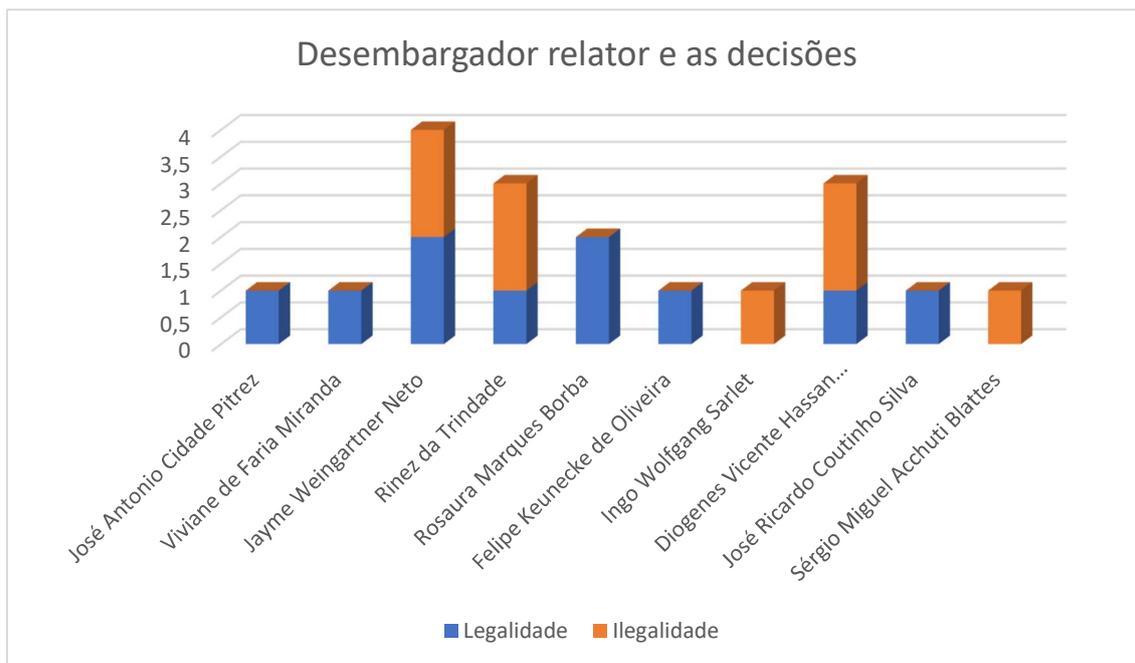


Gráfico nº 12

Desembargador relator e decisão final do órgão



Prosseguindo nas análises das decisões judiciais de segundo grau, reputo importante considerar dois aspectos que me chamaram a atenção nos acórdãos, sobretudo considerando a base teórica voltada à redução da violência estatal e do direito penal mínimo como base.

Primeiramente, a quantidade de pessoas submetidas ao processo judicial resultante do ingresso no domicílio para cumprimento de mandado de prisão e a conclusão de condenação ou absolvição.

Em segundo lugar, a motivação exposta nos acórdãos para o entendimento relacionada à nulidade ou não do meio de obtenção de prova e cerne do presente trabalho, que nada mais é que se decidir sobre a possibilidade de se ingressar em domicílio para prender determinada pessoa foragida (mandado de prisão em desfavor).

Iniciaremos pela análise quantitativa de pessoas que acabaram sendo denunciadas, processadas e submetidas à decisão judicial de condenação e absolvição, em razão das consequências da diligência policial em comento.

Antes disso, um comentário breve: na atividade prática policial, chama-se a atenção o resultado de conduções de pessoas ao órgão policial, sobretudo em ações conduzidas pela Polícia Militar, nas intervenções em residências destinadas à prática de narcotraficância, ou seja, não é raro que a abordagem domiciliar e localização de drogas e armas, resulte na condução de todas as pessoas (por vezes, conduz-se o real traficante, companheira, genitor(a) e etc) que estão na residência para o órgão policial, a título de

traficantes e objetivando a ratificação de sua prisão em flagrante pela Autoridade Policial que analisa o fato. Obviamente, tal conduta estatal não condiz com as orientações do Direito Penal mínimo, tampouco com o princípio da Culpabilidade⁴⁸, insculpido na parte geral do Código Penal.

Diante desse cenário, verifica-se que nos casos de mandado de prisão como causa para ingresso no domicílio o panorama não é diferente: temos, conforme tabela abaixo, do total de 18 (dezoito) casos, 7 (sete) em que mais de uma pessoa foi presa em flagrante, indiciada e denunciada (considerando, ainda, que não possuímos os dados, por ora, de quantas foram conduzidas ao órgão policial para apresentação do fato).

Nos 7 (sete) casos em comento, verificamos 6 (seis) casos em que pelo menos uma das pessoas conduzidas não foi condenada judicialmente em segundo grau de jurisdição. Destaca-se: houve 6 (seis) fatos em que pessoas conduzidas à delegacia de polícia, resultante de diligências de tentativa de captura de indivíduo foragido e terminadas em prisões em flagrante, não foram judicialmente condenadas pelos fatos imputados.

Além disso, talvez o mais peculiar dessa fase da análise, verificamos 6 (seis) casos em que sequer o indivíduo foragido e alvo do mandado de prisão foi capturado ou recolhido (em alguns casos, o indivíduo sequer foi individualizado nos relatos testemunhais e na decisão judicial – ou seja, mencionou-se, apenas, o vago argumento de que residia “um foragido” no local), de modo que outras pessoas restaram presas em flagrante na ação policial.

Tabela nº 11

Quantidade de acusados, decisão judicial e captura do foragido

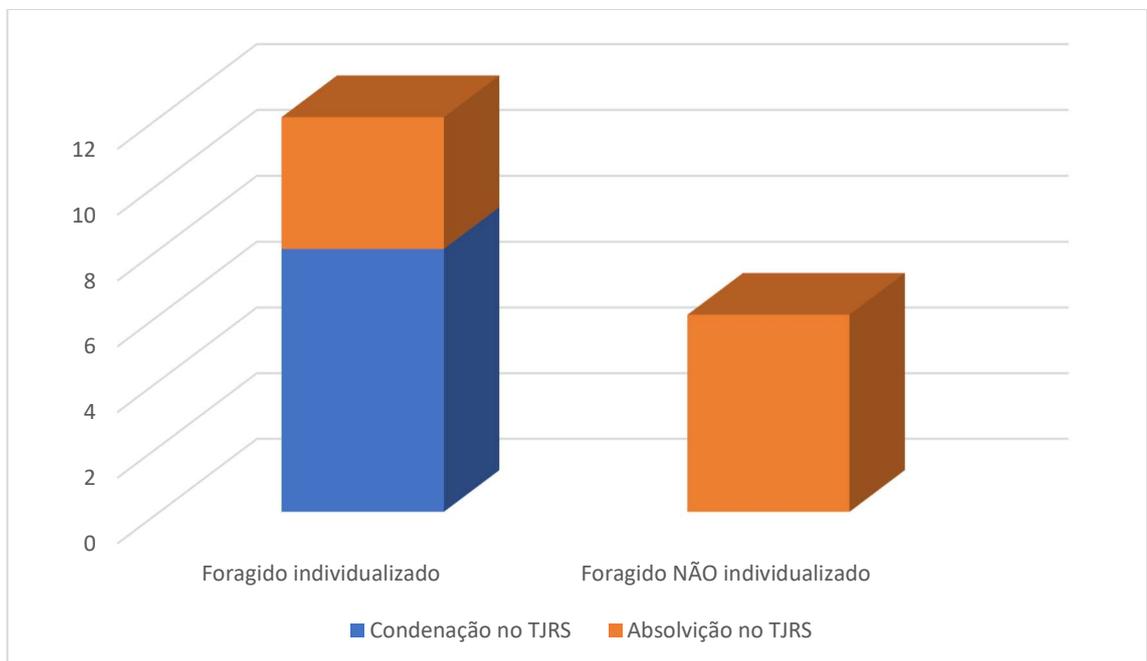
Nº DE PESSOAS DENUNCIADAS	Nº DE PESSOAS CONDENADAS EM 1º GRAU	Nº DE PESSOAS CONDENADAS NO TJRS	FORAGIDO CAPTURADO?
2	1	1	SIM
1	1	1	SIM
1	1	1	SIM
2	2	1	SIM
2	2	1	SIM
1	1	1	SIM

48

3	3	3	SIM
1	1	1	SIM
2	2	0	SIM
1	1	0	NÃO
2	2	0	NÃO
1	1	0	SIM
2	0	0	SIM
1	1	0	NÃO
1	1	0	NÃO
1	1	0	NÃO
1	1	0	SIM
1	1	0	NÃO

Gráfico n° 13

Existência de mandado de prisão individualizado na diligência e decisão judicial de segundo grau no caso



A sequência das análises merece aprofundamento no que atine à fundamentação da decisão judicial, com foco nos alicerces argumentativos utilizados pelos julgadores para concluir no dispositivo do acórdão.

Desde o início deste trabalho, tentou-se discutir a legalidade da diligência policial de se ingressar em domicílio para cumprimento de mandado de prisão sob os prismas do garantismo penal e do constitucionalismo garantista e, surpreendentemente, apesar de os casos fáticos narrarem situações semelhantes, verificou-se que a discussão jurídica em relação à legalidade dessa diligência no âmbito jurisprudencial é tergiversada, de modo que, nos acórdãos, não se trata diretamente das garantias do artigo 293 do Código de Processo Penal, bem como, no plano da ação policial.

Para isso, utilizam-se os depoimentos testemunhais/policiais prestados, a utilização do pretexto da existência de foragido para se ingressar em qualquer residência a fim de efetuar a diligência, ou seja, ausência de obediência garantista às regras do jogo pelas instituições policiais.

Abaixo, a tabela é demonstrativa da forma com que se argumenta judicialmente sobre a legalidade ou não do ingresso domiciliar, bem como da narrativa prestada pelos representantes estatais na instituição policial sobre a motivação da diligência policial.

De nosso campo geral de 18 (dezoito) casos analisados, em 7 (sete) casos, os policiais sequer tinham a identidade do foragido ou o mandado de prisão individualizado a ser cumprido. Tal situação representa a possibilidade de que a legislação processual – no que diz respeito à diligência do artigo 293 e a determinação judicial como exceção à inviolabilidade domiciliar – foi utilizada como pretexto para entradas deliberadas em residências sem consentimento do morador ou proprietários e geradores de prisões em flagrante.

Quanto à decisão judicial, verifica-se que outra exceção à inviolabilidade domiciliar - o flagrante delito - é majoritariamente utilizada como reforço argumentativo para legalização da diligência, sobretudo no primeiro grau de jurisdição que obteve 17 (dezessete) decisões no sentido de considerar a legalidade da entrada em domicílio.

Dessa forma, alguns casos independeram até da existência real e individualizada de mandado de prisão, de cumprimento das garantias do artigo 293 do Código de Processo Penal ou sequer, destaca-se, de o indivíduo sequer estar foragido ou em flagrante delito previamente constatado.

Dividimos, de forma esquemática, os julgados em ordem cronológica decrescente, quanto ao número do julgado e aos fundamentos da decisão judicial. Importante relembrar que, em todos os casos analisados, a prisão em flagrante ocorreu no interior de uma casa ou domicílio, considerada a abrangência argumentada no segundo capítulo deste trabalho.

Tabela nº 12

Fundamentação da decisão judicial no TJRS na análise do ingresso válido ou violação de domicílio

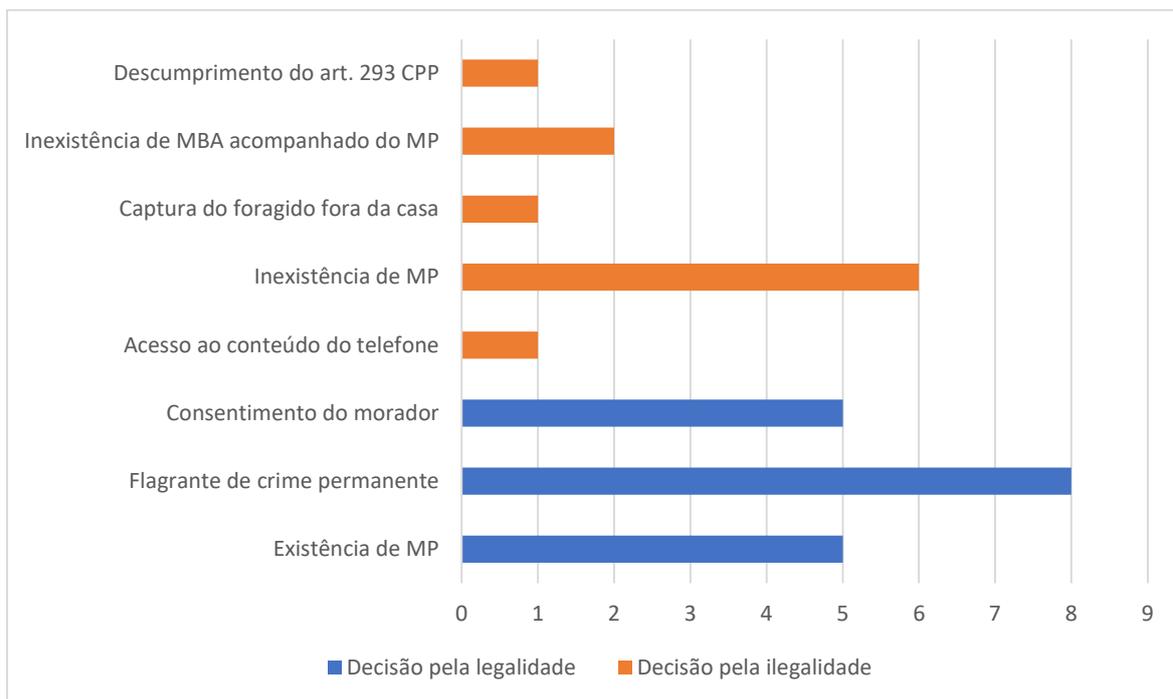
NÚMERO DO JULGADO	FUNDAMENTO DA LEGALIDADE	FUNDAMENTO DA ILEGALIDADE
70085112357	1- Existência do mandado de prisão; 2- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma;	-
5003754-31.2019.8.21.0132/RS	1- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma;	-
5060594-32.2020.8.21.0001/RS	1- Existência do mandado de prisão; 2- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma;	-
5074947-77.2020.8.21.0001/RS	1- Existência do mandado de prisão; 2- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma; 3- Consentimento do morador;	-
70084012996	1- Existência do mandado de prisão; 2- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma; 3- Consentimento do morador;	-
70083713958	1- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma; 2- Consentimento do morador;	-
70083107763	1- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma; 2- Consentimento do morador	-

70079520870	1- Caso de flagrante delito pelo caráter permanente do crime de tráfico de drogas ou posse/porte ilegal de arma;	-
70078514825	-	1- Acesso ao conteúdo do telefone sem autorização judicial; 2- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (foragido abordado na via pública e conduzido até sua residência)
70077302487	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (foragido não individualizado em perseguição e não localizado, encontrando ilícitos na residência)
70079049771	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (informação anônima de foragido não individualizado no local e não localizado, encontrando ilícitos na residência)
70075366450	-	1- Descumprimento dos requisitos do artigo 293 do CPP para ingresso em domicílio de terceiro (foragido individualizado); 2- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio;
70063851695	-	1- Ausência de mandado de busca e apreensão domiciliar, de modo que mandado de prisão, por si só, não autoriza ingresso;
70072193113	1- Perseguição de indivíduo foragido individualizado; 2- Consentimento do morador;	-
70067252577	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (informação anônima de foragido não individualizado no local e não localizado, encontrando ilícitos na residência); 2- Consentimento violado do morador;

70058510298	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (informação anônima de foragido não individualizado no local e não localizado, encontrando ilícitos na residência);
70053352407	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (perseguição a indivíduo em fuga e não foragido, encontrando ilícitos na residência);
70054293717	-	1- Ausência de justa causa prévia para ingresso no domicílio (informação anônima de foragido não individualizado no local e não localizado, encontrando ilícitos na residência);

Gráfico nº 14

Argumento judicial para decisão de legalidade ou ilegalidade



Gize-se que, no início desse capítulo, chamou-se a atenção para o critério temporal e a diferença do conteúdo das decisões judiciais, de modo que de 2013 a 2018 as decisões foram mormente no sentido de absolver o acusado pela ilegalidade do meio de obtenção de prova (ingresso forçado em domicílio fora das exceções constitucionais); no entanto, analisando a fundamentação das decisões, agora em estágio avançado da classificação

dos resultados, nota-se outra peculiaridade: a forma de justificação prestada pelos agentes policiais ao efetuar a diligência.

Verificamos que, a partir de 2018, em todas as ações, os policiais possuíam mandado de prisão individualizado (com a respectiva numeração judicial) e pessoa individualizada a ser presa (qualificação completa, não apenas prenome ou alcunha), que era o objetivo da diligência e da qual se logrou êxito na captura e recolhimento do procurado. Em contrapartida, nos anos anteriores a 2018, nota-se que em 7 (sete) processos, dos 9 (nove) encontrados, não havia sequer individualização do mandado de prisão a ser cumprido, com respectiva numeração e qualificação completa do foragido.

Há casos em que sequer foi identificado o prenome do foragido e outros em que se forneceu a alcunha, mas sem referência ao mandado ou se realmente estivesse foragido, ou seja, o argumento de “haver a procura por um foragido no local” ou “recebida informação de foragido na residência” não foi corroborada com a exatidão nas informações processuais (pelo menos em sede de sentença ou acórdão), passando a impressão de que a exceção constitucional da determinação judicial para a inviolabilidade domiciliar fora utilizada de forma atécnicamente ou até ilícita.

Seguindo nas classificações que interessam à análise garantista elaborada posteriormente nesse trabalho, interessa verificar se, nos processos criminais resultado dessa pesquisa, foram decretadas as prisões preventivas dos réus, uma vez que, conforme esposado no primeiro capítulo, a segregação cautelar é incompatível com o processo penal garantista, de modo que a liberdade cautelar é obrigação processual por diversos argumentos.

Analisando os dados, constata-se que em 16 (dezesseis) processos houve decretação de prisão preventiva do réu ou de um dos réus do processo em análise, lembrando que nosso campo de abrangência envolve 18 (dezoito) processos judiciais.

Além disso, também importa destacar a totalidade de prisões em flagrante e processos envolveu 27 (vinte e sete) réus, dos quais 3 (três) réus tiveram concessão de liberdade provisória, 1 (um) teve decretação de medida cautelar diversa da prisão e 23 (vinte e três) tiveram a liberdade pessoal restringida pelo decreto de prisão preventiva.

Ou seja, identificou-se que em 85,18% (oitenta e cinco vírgula dezoito por cento) dos casos houve decretação de prisão preventiva, o que vai em contrariedade ao caráter

excepcional⁴⁹ da medida cautelar positivado no artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

Tabela nº 13

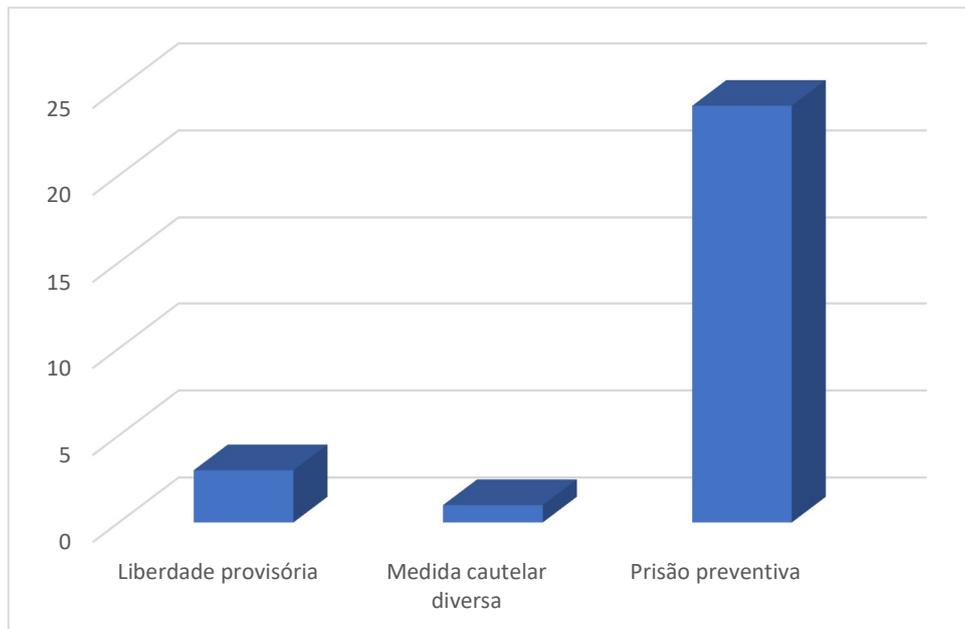
Número do processo e situação processual do réu ou réus

70085112357	Prisão preventiva (2) e Liberdade provisória (1)
5003754-31.2019.8.21.0132	Prisão preventiva
5060594-32.2020.8.21.0001	Prisão preventiva
5074947-77.2020.8.21.0001	Prisão preventiva (2)
70084012996	Prisão preventiva (2)
70083713958	Prisão preventiva
70083107763	Prisão preventiva (3)
70079520870	Prisão preventiva
70078514825	Prisão preventiva (2)
70077302487	Prisão preventiva
70079049771	Prisão preventiva (1) e Medida cautelar diversa (1)
70075366450	Prisão preventiva
70063851695	Prisão preventiva (2)
70072193113	Prisão preventiva
70067252577	Prisão preventiva
70058510298	Prisão preventiva
70053352407	Liberdade provisória
70054293717	Liberdade provisória

Gráfico nº 15

Quantitativo da situação cautelar do réu nos resultados

⁴⁹ § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.



A situação cautelar dos réus, para feito da tabela e gráfico supra colacionados, exigiu procedimento diferenciado na metodologia de investigação, tendo em vista que em parte dos acórdãos coletados do TJRS não havia a informação sobre essa situação processual, de modo que houve necessidade de aprofundamento da pesquisa para as sentenças referente aos casos analisados.

Dessa forma, constatada a ausência da informação na decisão colegiada, houve retorno ao sítio oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para, na aba “consulta processual” pesquisar através do número do recurso qual era o processo originário. Quando encontrado, nesse processo de origem, fizemos procura e *download* da sentença de julgamento para uma pasta denominada “sentenças”, nas quais os documentos foram salvos com a numeração equivalente ao acórdão salvo da forma já descrita, seguida do número que o próprio sítio sugeriu ao salvar o documento (por exemplo, ficou salvo como “1 - sentenca_28661_2020” a sentença respectiva do acórdão salvo com número 1 e seguida do número do recurso de apelação).

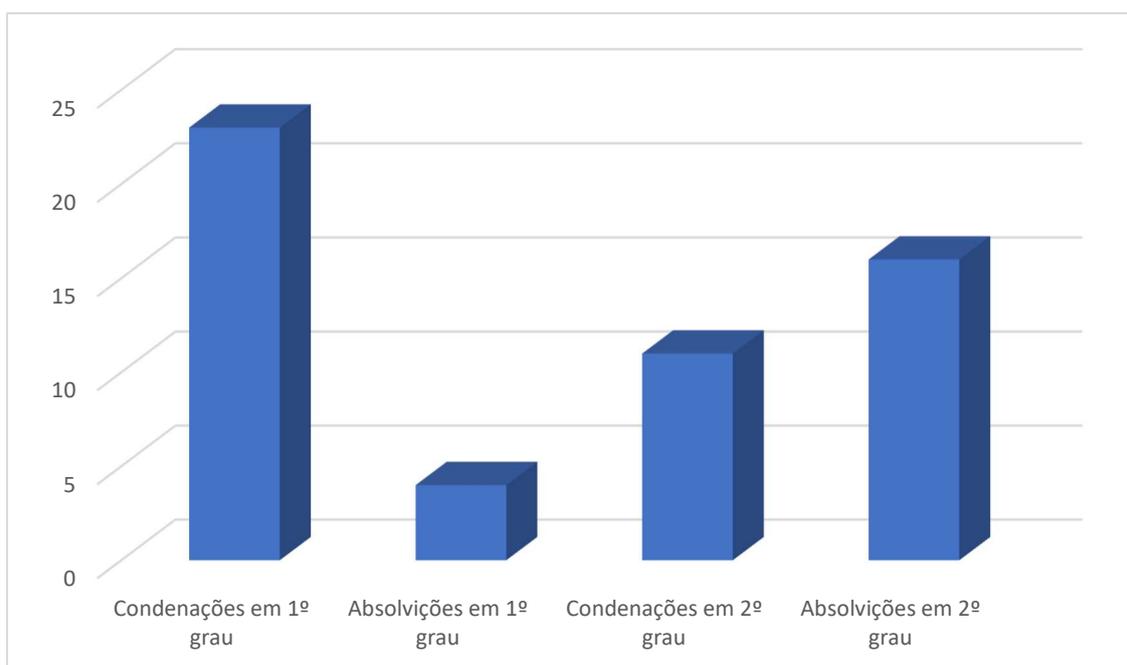
Verificamos, então, 27 (vinte e sete) pessoas conduzidas, presas em flagrante, denunciadas e submetidas ao processo penal, sendo que, desse total, 23 (vinte e três) foram condenadas no primeiro grau de jurisdição e 4 (quatro) foram absolvidas no primeiro grau de jurisdição. Ainda, 11 (onze) tiveram a condenação mantida em segundo grau de jurisdição; e 16 (dezesseis) foram absolvidas e/ou tiveram a absolvição confirmada no segundo grau de jurisdição (relembrando que a mesma pessoa pode ser

condenada no primeiro grau de jurisdição e a decisão ser confirmada no segundo grau; o mesmo pode-se dizer quanto à absolvição).

Dessa forma, considerando o percentual total de pessoas processadas (27), mais da metade (16) foram absolvidas ao final do rito processual, totalizando 59,25% de pessoas submetidas ao processo penal e inocentadas.

Gráfico nº 16

Quantitativo de pessoas processadas e o resultado da decisão judicial



3.3 ANÁLISE DAS DECISÕES SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

Cotejando as decisões judiciais acima sistematizadas com a base teórica alicerçada pelos capítulos primeiro e segundo, bem como aprofundando para a fundamentação judicial dos casos analisados, de forma incipiente, pode-se constatar situações, na sua maioria proferidas em sede de sentença, que relativizam, ao menos parcialmente, os axiomas garantistas insculpidos na Constituição e expostos no primeiro capítulo. Decisões que foram corrigidas pelo Tribunal de Justiça gaúcho em determinados casos e em outros corroboradas.

Os processos criminais objetos de discussão nesse capítulo, da forma que conduzidos pelos atores do sistema de persecução penal, apresentaram atendimento gradual de determinados axiomas garantistas, que especificaremos abaixo. Tal graduação

na observância das garantias/axiomas - ou seja, não integral -, promove redução na valoração proposta entre Sistema Garantista e Sistema Inquisitivo esboçado no primeiro capítulo. Assim, a depender do processo específico analisado, pode-se dizer que se aproximou do sistema inquisitivo ou garantista.

De forma esquemática, esboçando as situações que reduzem o nível garantista do processo penal brasileiro, listaremos casos de não atendimento dos axiomas garantistas para depois especificar como de fato a situação ocorreu processualmente em cotejo com as orientações do garantismo, sob o prisma processual.

Verificamos, então: 1- em descompasso com a característica da excepcionalidade, excessiva decretação de medidas cautelares prisionais preventivas; 2- a imparcialidade do juiz colocada em xeque pela participação do magistrado na produção probatória, às vezes atuando como presidente das inquirições e por vezes até com ausência do órgão acusador; 3- a ausência de cumprimento das formalidades de ingresso no domicílio para cumprimento do mandado de prisão e; 4- a quantidade de pessoas conduzidas, denunciadas e submetidas ao processo penal, considerando que a diligência de cumprimento de mandado de prisão tinha como objetivo prender apenas uma pessoa.

Vamos à análise crítica dos julgados sob a ótica dos axiomas garantistas.

3.3.1 A SEGREGAÇÃO CAUTELAR PRISIONAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Consoante esboçado no primeiro capítulo deste trabalho, a opção pelo processo penal garantista reflete a adoção integral das regras do processo acusatório, do princípio da presunção de inocência e da regra de tratamento do réu pela liberdade como única opção até que formado o juízo da culpa após o procedimento legal racional na íntegra. Em outras palavras, é descabida a decretação de privação de liberdade pessoal do investigado, acusado ou réu, até que haja decisão condenatória sem recurso ou defesa cabível.

Ferrajoli diz que esse “princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (FERRAJOLI, 2002, p. 441). Trata-se, portanto, de regra de tratamento vinculada aos axiomas relacionados ao processo no garantismo penal, em específico ao axioma A7 *Nulla culpa sine iudicio* ou princípio acusatório.

Nos casos empíricos analisados, verificou-se que o princípio da presunção de inocência, no aspecto da não decretação da prisão preventiva, é suplantado e dá lugar ao

inverso critério da prisão preventiva ser tratada como regra na condução do processo penal.

Dos 18 (dezoito) casos analisados, tivemos 16 (dezesesseis)⁵⁰ em que a segregação cautelar prisional fora decretada em desfavor de pelo menos um dos réus, representando não só contrariedade ao axioma garantista em comento, mas também à própria legislação processual brasileira, que trata a prisão preventiva como medida subsidiária cuja aplicabilidade deve ser cogitada quando as demais medidas cautelares diversas da prisão não são suficientes no caso concreto.

Além disso, atualmente, em recente alteração legislativa, positivou-se a regra de que a prisão preventiva não pode ser tratada como antecipação de pena, ou seja, mesmo que o bojo probatório esteja robusto apontando para a condenação do réu, deve-se aguardar o trânsito em julgado para sua segregação no cárcere.

Aprofundando o tema, colaciona-se a fundamentação do caso número 1 e mais atual no ponto de vista temporal de nossa pesquisa, no qual houve a condução de 3 (três) pessoas ao órgão policial em decorrência da ação de cumprimento do mandado de prisão de um deles. A decisão foi tomada pelo magistrado Ricardo Carneiro Duarte, nos autos do processo número 019/2.18.0010343-8, decretando a prisão preventiva de dois conduzidos e concedendo liberdade provisória a uma, conforme segue:

Vistos. Trata-se de flagrante pelo delito de tráfico de entorpecentes e associação. O fato ocorreu no dia 31/10/2018, às 11h30min. Ao que consta do expediente, a partir da ocorrência n. 18519/2018/100917, os policiais obtiveram o endereço do foragido Anderson, bem como foram informados de que ele traficava no local. Os policiais se dirigiram até o local e lograram êxito na abordagem de Anderson que tentou fugir e pegar a arma de um dos agentes, tendo sido necessário o uso moderado de força. Enquanto isso, Jéssica correu para o interior da residência e logo em seguida voltou gritando com os policiais. No interior do imóvel foram apreendidos R\$205,00 e 65 pinos de substância semelhante a cocaína. O outro foragido, Alexsandro tentou fugir escondendo-se na casa de uma vizinha, mas acabou sendo capturado. Os laudos de constatação da natureza confirmaram tratar-se dos entorpecentes referidos. Perante a autoridade policial os flagrados foram acompanhados por defensora constituída e optaram por permanecer em silêncio. Assim, atendidos os requisitos legais, homologo o auto de prisão em flagrante lavrado contra Alexsandro Hoppe Siqueira, Jessica Cardoso Henicka e Anderson de Lima da Silva, pois o ato observou os ditames da Constituição e da Lei, tratando-se de situação de flagrância. Em observância ao disposto no art. 310 do Código de Processo Penal, passo a analisar a necessidade de manter a prisão. Quanto aos flagrados Alexsandro e Anderson: A diligência teve início após denúncia anônima. Cabe destacar que Alexsandro e Anderson estavam foragidos do sistema prisional, sendo que ambos possuem condenações e estavam cumprindo pena por crimes patrimoniais. Com efeito, há nos autos prova da

⁵⁰ 70085112357; 5003754-31.2019.8.21.0132; 5060594-32.2020.8.21.0001; 5074947-77.2020.8.21.0001; 70084012996; 70083713958; 70083107763; 70079520870; 70078514825; 70077302487; 70079049771; 70075366450; 70063851695; 70072193113; 70067252577; 70058510298

existência do crime, bem como indícios suficientes de sua autoria. Considerando as circunstâncias e a apreensão realizada, o abalo à ordem pública é claro e objetivo. Assim, enquadrando-se o caso na hipótese do artigo 313, I do CPP, mantenho a prisão de Alexsandro Hoppe Siqueira e Anderson de Lima da Silva na forma de preventiva. Quanto à flagrada Jéssica: Já quanto a Jéssica, tenho que não estão presentes os requisitos para a segregação cautelar, sendo possível que responda ao processo em liberdade. Ante o exposto, concedo a Jéssica Cardoso Henicka a liberdade provisória, mediante compromissos de praxe. Expeça-se alvará de soltura para cumprimento imediato, observando que a flagrada deverá ser advertida a manter o endereço atualizado perante este juízo. Dê-se vista à Defensoria Pública do Estado e ao Ministério Público. Oficie-se à VEC quanto aos flagrados Alexsandro e Anderson. Diligências legais. Intimem-se.

Na decisão, verifica-se fundamentação para decretação da prisão preventiva de dois réus, sob argumento da garantia da ordem pública, mesmo que os réus já permanecessem recolhidos pelos mandados de prisão que originaram a diligência policial. Para Ferrajoli, que apresenta contra argumentos aos casos legais de fundamentação da prisão preventiva (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal), desconstruindo sua necessidade processual, questiona a utilidade da prisão preventiva e aduz que é “produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo (...) presumido culpado” (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

Não custa lembrar que, no direito italiano, essa forma de prisão cautelar processual ganhou sustentação pela implementação do fascismo e pela necessidade de manter recolhido pelo clamor público.

Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise, não houve mais freios ao uso e abuso da prisão preventiva e à sua aberta legitimação, sem jogos de palavras ingênuos, como "medida de segurança processual", "necessária para a defesa social" e indispensável sempre que o delito tenha desencadeado "grave clamor público". (FERRAJOLI, 2002, p. 444)

A prisão preventiva/provisória como medida processual cautelar, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, é admitida processualmente e, ainda que em conflito com a presunção de inocência, deve ser aplicada de forma excepcional. É, portanto, extensão da regra de tratamento do réu no decorrer processual, de modo que a liberdade durante a condução procedimental penal deve prevalecer.

Não custa lembrar, também, que o Supremo Tribunal Federal não admite, no entendimento mais atual da corte, a execução antecipada da pena antes do trânsito em

julgado da sentença condenatória⁵¹. Ambos os argumentos aqui colacionados podem ser verificados no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADO) 43, 44⁵² e 54⁵³.

Por toda fundamentação exposta, bem como remetendo ao primeiro capítulo desse trabalho, no que atine aos fundamentos da obrigatoriedade da liberdade como medida processual, verifica-se que, no caso concreto e nos resultados analisados, o processo penal brasileiro assume nivelação reduzida em relação ao Sistema Garantista proposto pelo autor, de forma que um de seus principais axiomas não é cumprido na forma em que o autor entende democrático ao processo criminal.

⁵¹ Notícia completa verificada no sítio oficial do STF e disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>

⁵² Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.

⁵³ Ementa: PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

3.3.2 A AUSÊNCIA DO ÓRGÃO ACUSATÓRIO EM AUDIÊNCIA E A DESOBEDIÊNCIA AO RITO PROCESSUAL DO ARTIGO 212 DO CPP EM CONTRASTE À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Da mesma forma que a situação acima analisada, foram encontradas outras situações processuais nos casos investigados que ferem axiomas processuais do garantismo penal, em especial o que determina a separação absoluta entre acusador e julgador e representada pelo princípio acusatório como modelador do processo penal, cuja máxima latina já foi acima especificada com seu respectivo axioma.

Trata-se dos casos em que: 1- a despeito da ausência do órgão acusatório na formação da prova penal, o juiz presidente da audiência de instrução e julgamento no primeiro grau de jurisdição participou ativamente na construção da prova e sustentou a condenação do réu; 2- em que pese a legislação processual pátria ordenar o rito específico para oitiva de testemunhas no processo penal⁵⁴, a fim de manter a equidistância do julgador em relação à acusação e a formação da prova, houve alteração pelo julgador e também sustentação da condenação do réu.

Como primeiro caso, nota-se o julgado de apelação nº 70053352407, proferido pela 3ª Câmara Criminal e pelo Desembargador Relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, cuja origem era do juízo a quo da Vara Criminal da Cidade de Ijuí/RS, alicerçou um de seus argumentos, no sentido de absolver o acusado pela ilegalidade dos meios de obtenção de prova, na ausência do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento no juízo de origem.

Na argumentação do julgador:

“Na atual configuração do processo penal democrático, considerando os ditames de um sistema acusatório, as funções de acusador e julgador são previamente estabelecidas e delimitadas, não podendo haver a substituição de um pelo outro. Assim, a gestão da prova deve ficar adstrita às partes e não ao julgador.

(...)

Nestes termos, não tendo sido observada a mudança procedimental, tem-se a falta de iniciativa do órgão acusador na produção da prova. Cabe ressaltar que a ausência do Ministério Público viola até mesmo o princípio do contraditório, que pressupõe a presença das duas partes – defesa e acusação”.

⁵⁴ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição

Ou seja, em que pese a inércia da figura do acusador, o réu foi condenado em clara “mistura” da posição do órgão julgador à posição de órgão acusatório na formação da prova no processo penal. Dessa forma, lembrando que um dos axiomas do Garantismo Penal ou do Sistema Garantista é o princípio acusatório, em que há separação de funções entre os atores do processo, nota-se que, no caso acima, houve seu descumprimento na condução das formalidades processuais no primeiro grau de jurisdição.

Ferrajoli diz que o sistema S2, configurador do método inquisitivo, deriva da subtração do princípio acusatório e, por consequência, da imparcialidade do juiz e da separação da acusação. Nesse sistema, a mistura entre órgão acusatório e juiz competente compromete diversas outras garantias, vez que obstaculiza a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações.

Dessa forma, também serão colocados em xeque a publicidade e a oralidade do processo. Portanto, a decisão do TJRS, no ponto, corrigiu a violação do axioma em debate ocorrido no primeiro grau de jurisdição, que configuraria afastamento da valoração do processo penal do âmbito garantista.

No segundo caso, verificamos no processo nº 019/2.16.0008141-4, conduzido pelo magistrado Ricardo Carneiro Duarte, em que não fora cumprida na integralidade a formalidade da ordem de inquirição prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal, a sustentação pela defesa da tese de nulidade das provas obtidas face a desobediência ao rito processual.

Em que pese reconhecida a atuação fora dos parâmetros processuais garantistas, o magistrado entendeu que o fator não é gerador de nulidade e afastou a tese de defesa, condenando o réu no caso concreto. Segue argumentação do ato decisório:

Sobre a nulidade absoluta da audiência de instrução, por afronta ao artigo 212 do Código de Processo Penal. Contudo, não lhe assiste razão. As alterações implementadas pela Lei nº 11.690/08 ao Código de Processo Penal não retiraram do Juiz a responsabilidade pela busca da verdade, e, assim como ocorria anteriormente, não há vedação legal à efetiva participação do magistrado na coleta da prova, de forma que ao juiz, destinatário final de todos os dados de persuasão colacionados autos, é possibilitado, ao efeito de firmar sua convicção, tornar claro todo e qualquer ponto que entender obscuro. A Lei apenas extinguiu a intermediação do Juiz na formulação das questões, com o objetivo de agilizar o procedimento de produção da prova testemunhal, bem como de propiciar um contraditório mais efetivo, cabendo às partes a formulação direta de perguntas à testemunha, sem prejuízo do controle judicial e da complementação da inquirição pelo juiz. Não lhe é vedado, portanto, fazer indagações diretamente aos depoentes, antes das partes.

Por oportuno, destaca-se que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vêm se posicionando no sentido de que, tratando-se de mera inversão da ordem de inquiridores, a não observância do disposto no artigo 212 do Diploma Processual Penal, enseja,

no máximo, nulidade relativa, não tendo restado demonstrado, no presente caso, qualquer prejuízo à parte interessada, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal.

Como já dito anteriormente, Ferrajoli compreende que o apego às formalidades processuais é uma ferramenta de “freio ao juiz” e, por consequência, de regulação do poder punitivo estatal, para que não se pratique de forma desenfreada e ilimitada. Dessa forma, a noção de obediência aos ritos vai além de mera formalidade ou capricho, tendo a intenção, nesse caso, de manter distantes as posições de julgador e acusador, a fim de garantir a imparcialidade judicial, sobretudo num momento de suma importância que é a coleta probatória.

No caso em análise, no segundo grau de jurisdição – recurso de apelação número 70075366450, houve absolvição do réu pelo reconhecimento judicial da nulidade do meio de obtenção das provas quanto ao ilegal ingresso em domicílio, acabando que não sendo necessária a análise em relação à ilegalidade da violação do artigo 212 do Código de Processo Penal. Apresentaram-se, portanto, formas de relativização do axioma 9 garantista do ônus acusatório de provar, representado sob a máxima latina *nulla accusatio sine probatione*.

Por fim, registra-se que, no âmbito da Suprema Corte Brasileira, o entendimento é no mesmo sentido dos aqui registrados, ou seja, o magistrado não deve interferir na produção probatória ao inquirir testemunhas no processo penal, sob pena de violação do princípio acusatório. O entendimento foi registrado no julgamento do recurso HC 187035⁵⁵ e seu resumo pode ser verificado no sítio oficial do STF⁵⁶.

3.3.3 O DESAPEGO AO FORMALISMO NO CUMPRIMENTO DE MANDADOS DE PRISÃO PELOS AGENTES POLICIAIS

Esmiuçado e fundamentado no capítulo segundo desse trabalho, o âmbito protetivo da inviolabilidade domiciliar, a delimitação de suas relativizações – mormente sob a compreensão do espectro da “determinação judicial” -, bem como a viabilidade do

⁵⁵ HABEAS CORPUS – MATÉRIA DE FUNDO – REITERAÇÃO – VIABILIDADE. O fato de tratar-se de reiteração de matéria veiculada em outra impetração não impede a apreciação do pedido. HABEAS CORPUS – INSTÂNCIA – SUPRESSÃO. Revelando o habeas corpus parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – ORDEM. Cabe ao Juiz, na audiência de instrução e julgamento, assegurar a inquirição de testemunha pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário esclarecimento – artigo 212 do Código de Processo Penal. (HC 187035, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)

⁵⁶ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=463676&ori=1>

ingresso em domicílio para cumprimento do mandado de prisão (estabelecida pela formalidade prevista no artigo 293 do Código de Processo Penal), agora nos cabe verificar como se dá essa diligência na seara policial e a respectiva análise judicial quando o ato serve também como meio de obtenção de prova.

Para fiscalização e controle das garantias processuais, Ferrajoli ensina que se devem utilizar ferramentas denominadas “garantias de segundo grau” ou “garantias de garantias”, as quais serão responsáveis por manter no trilho a obediência ao processualismo na forma garantista. Para tanto, utiliza-se das regras da oralidade, publicidade, obediência à ritualização e a motivação das decisões.

Com intuito de analisar o presente tópico, interessa-nos apenas a necessidade de obediência pelos atores da persecução penal dos ritos processuais positivados na legislação e, em especial, o artigo 293 do Código de Processo Penal. Como já dito anteriormente, a lei processual prescreve o método de realização da diligência trazendo alguns requisitos e “freios” à atividade estatal.

Ferrajoli entende imprescindível ao saudável deslinde probatório e processual que os ritos e formalidades positivadas sejam cumpridas com rigor como meio de garantir um processo penal democrático e distante do caráter inquisitivo, bem como para manter uma forma de controle da atividade punitiva estatal. Diz que:

A terceira garantia processual de segundo grau, apta a garantir a satisfação e o controle de todas as outras, é o desenvolvimento das atividades judiciárias, sobretudo as probatórias, segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. E claro, de fato, que não seria assegurada a atuação de nenhuma das garantias processuais se não fossem prescritas e sancionadas suas modalidades. O conjunto dessas modalidades e formalidades, que constituem o rito, é "instituído", como escreveu Carrara, "como freio do juiz", e a sua "sanção natural é a nulidade de qualquer ato que o viole" (FERRAJOLI, 2002, p. 496)

Poderia se questionar, diante disso tudo, se a atividade policial de se ingressar no domicílio de determinada pessoa para efetuar sua prisão e, nessa diligência, encontrasse objetos ilícitos que sustentam um decreto judicial condenatório seria atividade probatória judiciária, à qual se refere Ferrajoli em seu trecho acima colacionado. A resposta não pode ser outra senão positiva, por diversos aspectos, mas sobretudo por que o Código de Processo Penal positivou a forma com que se deve ocorrer essa diligência, bem como que os policiais servem de testemunhas no bojo probatório que, na imensa maioria dos casos relacionados a crimes de narcotraficância, sustentam a condenação do réu. Portanto, nada mais justo que também devam obediência à formalidade processual de formação da prova, sob pena de ilegalidade e nulidade de seus atos.

A integralidade dos casos analisados – 18 (dezoito) – teve a intenção de verificar o mandado de prisão como justificativa para ingresso em domicílio. Contudo, na prática, verifica-se que, por si só, esse fator não é utilizado, de modo que é reforçado e acompanhado de outros como o flagrante delito e/ou o consentimento do morador.

Em alguns casos que serão exemplificados abaixo, ainda, sequer havia foragido identificado a ser capturado no domicílio que se ingressou e outros em que o foragido sequer estava na residência em que ocorreu a prisão em flagrante.

O que se quer dizer com essa argumentação é que, no discurso policial de ocorrências de prisão e nas fundamentações judiciais sobre a legalidade do ato, o mandado de prisão para autorização de ingresso no domicílio não é considerando fator suficientemente bastante para manter a legalidade da diligência, seja pelos agentes policiais, que reforçam suas argumentações nas outras exceções constitucionais, seja pelos julgadores, que seguem na mesma linha nos julgamentos.

O artigo 293 do Código de Processo Penal, como já citado alhures, orchestra o rito procedimental aos agentes estatais ao ingressar numa residência à vista de foragido para cumprimento de mandado de prisão. São três garantias condicionantes e prévias à invasão domiciliar legalmente autorizada e três regras da forma que o ingresso sem consentimento deve ocorrer. Seguindo a norma, são elas:

- 1- Verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa;
- 2- O morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão;
- 3- Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e;
- 4- Sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso;
- 5- Sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e;
- 6- Logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Dessa forma, a ritualização dependerá do momento em que a diligência for cumprida, sendo dia ou noite (lembrando que não há delimitação cronológica legal para essa definição, sendo divergente no âmbito jurídico se se adota o critério de horário ou astrológico). Além disso, a lei não autoriza a entrada *in continenti* dos policiais no local, devendo haver relativo controle no ato, de modo a se intimar o morador ou proprietário a entregar o foragido, ou seja, a entrada no domicílio é condicionada à recusa em entregá-lo.

Por fim, caso se confirme a negativa, cumpre-se o requisito para promover o ingresso na residência, havendo necessidade e imprescindibilidade da convocação de duas testemunhas, e utilizando-se do que os agentes estatais possuem por prerrogativa e o que os diferencia dos cidadãos privados, que é a possibilidade de utilização da força como técnica policial de resolução da ocorrência.

Analisando os julgados, no teor da narração da ocorrência policial, nota-se clara dificuldade na obediência do rito procedimental. Como exemplo, cita-se o único julgado – recurso de apelação nº 70063851695 – em que houve absolvição no primeiro grau de jurisdição, promovido pelo magistrado Roger Xavier Leal e ratificado em sede de segundo grau, inclusive se utilizando, os desembargadores, da técnica da fundamentação *per relationem* em que se cita outra decisão como fundamentação da própria, conforme segue:

Ainda que houvesse a suspeita da presença de apenado foragido na residência, tal situação não autorizaria o ingresso no imóvel sem observância do disposto no art. 293, do CPP, regra que, também, não foi, em princípio, corretamente observada no caso concreto.

“Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão”.

Dessa forma, entendo que a apreensão das drogas e das munições ocorreu de forma ilícita, posto que ao arripio da Lei e em flagrante desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, a teor do disposto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal

Em contrapartida, nos casos analisados geradores de condenação judicial também em segundo grau de jurisdição, que totalizam 9 (nove) acórdãos, há tese defensiva de violação de domicílio em todos, de modo que, em suma, defende-se a irregularidade na utilização da exceção constitucional pelos agentes estatais e, por consequência, pela nulidade das provas obtidas na prisão em flagrante.

Em contrapartida, nas decisões de segundo grau confirmatórias das condenações dos réus, ainda que houvesse tese defensiva de violação de domicílio nas alegações finais e recursos de apelação, em nenhuma dos processos se verificou a abordagem judicial às formalidades do artigo 293 do Código de Processo Penal, de modo que os argumentos se centralizaram no fato de haver um foragido no local e de ter ocorrido, ao final, a prisão em flagrante do procurado.

Como exemplo, cita-se o julgado número 70085112357, em que o desembargador relator José Antônio Cidade Pitrez decidiu pela legalidade do meio de obtenção de prova, em que pese a captura do foragido tenha ocorrido na via pública e posteriormente conduzido ao domicílio onde ocorreram as apreensões:

No presente feito, infere-se que os agentes públicos, disfarçados, se deslocaram ao local com o fito de localizar o acusado Anderson, foragido do sistema prisional, logrando êxito em abordá-lo ainda em via pública, isto é, no beco onde residia, tendo o acusado reagido de modo violento. Ato contínuo, os policiais teriam ingressado na residência, efetuado as buscas e localizado os entorpecentes.

Ressalto que o paradeiro do réu foi descoberto a partir de ocorrência registrada pelo ex-companheiro da corré Jéssica, o qual relatou, dentre outros fatos, que no local era exercida a mercancia de entorpecentes (fl. 51).

Neste ínterim, caracterizada a justa causa a autorizar o ingresso dos policiais na residência do recorrente e, sendo assim, não há qualquer ilegalidade a ser declarada, pois a própria Constituição Federal permite o ingresso em domicílio, em caso de flagrante delito, conforme artigo 5º inciso XI, da Carta Maior.

Outra decisão que chamou a atenção em relação à forma de cumprimento da ordem prisional em desacordo com as formalidades do artigo 293 do Código de Processo Penal foi o julgado de número 5060594-32.2020.8.21.0001/RS. No caso, a juíza relatora Viviane de Faria Miranda decidiu pela legalidade das provas obtidas, em que pese o desatendimento ao positivado na lei processual, sobretudo a falta de intimação para entrega do foragido ao morador e a ausência de convocação de duas testemunhas para o ato. Conforme segue:

Segundo se infere das informações angariadas na fase primitiva e na prova judicializada, como se explicitará em detalhes quando da análise do mérito, os policiais militares, durante patrulhamento de rotina, receberam denúncia de popular informando a presença, no local indicado, de um indivíduo foragido do sistema prisional, de alcunha "Baiano". E foi nesse contexto que os agentes da segurança pública deslocaram-se em diligências ao local apontado e, com a autorização do proprietário do imóvel - um terreno com duas casas - dirigiram-se ao cômodo ocupado pelo réu. Depreende-se ainda que os policiais bateram à porta e foram atendidos pelo réu, o qual, no entanto, resistiu à voz de abordagem, sendo necessário o uso moderado da força para conte-lo, com ele sendo encontrada, na revista pessoal, um revólver Rossi calibre .38, bem como, somente após, em buscas no imóvel, foram encontradas as drogas e demais objetos apreendidos. Insta salientar que o réu se apresentou com nome falso, entregando aos policiais a CNH de outra pessoa.

Assim que, do panorama delineado, tem-se como autorizado o ingresso na residência, tendo em vista a informação de que ali se ocultava foragido do sistema prisional, também delineada a situação de flagrância por conta, ainda, da localização da arma na cintura do réu durante a revista pessoal, antes mesmo de adentrarem no imóvel (uma peça única com banheiro).

Ao nosso ver, o resultado da pesquisa que se destacou sob o ponto de vista da forma em que efetuada a diligência policial foi no âmbito do julgamento de nº

70078514825, no qual o desembargador relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro declarou a ilegalidade do meio de obtenção de prova e pela nulidade das apreensões. No caso, o foragido estava num restaurante, de modo que foi capturado e conduzido até sua residência, distante do local. Na casa foram encontrados objetos ilícitos e efetuada a prisão em flagrante não só do foragido, mas também de sua companheira que estava no restaurante junto no momento da abordagem.

Em que pese a execução atécnicamente da diligência e sem qualquer formalidade para o cumprimento do mandado de prisão, houve condenação do foragido no primeiro grau de jurisdição e absolvição de sua companheira. No julgamento do recurso de apelação, houve absolvição de ambos.

Seguem os principais trechos de fundamentação da decisão:

A apreensão teria ocorrido, ainda nos termos da denúncia, durante abordagem realizada por policiais militares em averiguação a informações acerca do paradeiro do réu, foragido na ocasião (prisão decretada em 21/01/2014 no processo nº 010/2.14.0000499-0 - fl. 57). A prisão do acusado se deu em local de acesso público (um restaurante) e os policiais afirmaram que já possuíam informações de que o réu estaria armazenando armas em sua casa, fato que teria motivado a apreensão do aparelho celular do acusado onde teriam sido encontradas, em tese, imagens de armamentos. Na sequência, os agentes conduziram o réu Jonatan e a acusada Indiamara até a residência, onde lograram a apreensão de todos os objetos descritos na denúncia.

(...)

Assiste razão à defesa ao sustentar a ilicitude da apreensão e acesso às imagens contidas no celular do réu, sem autorização judicial, com a consequente nulidade da prova obtida. Em primeiro lugar, verifico que a apreensão do aparelho celular pelos policiais militares e o acesso às imagens nele contidas restou incontroversa, conforme esclarecido pelos policiais e pelo acusado Jonatan, em seus respectivos depoimentos, e consoante registro no auto de apreensão (fls. 24-26).

(...)

Não há falar, tampouco, em situação de flagrância autorizadora do ingresso no domicílio do réu configurada unicamente pela sua situação de foragido, conforme relata o agente Paulo Henrique, em juízo. O fato de Jonatan encontrar-se foragido em razão de fato diverso não é fundamento apto a caracterizar, por si só, a situação de flagrância. A ação policial estava, na ocasião, cingida à condução do acusado na qualidade de foragido à delegacia de polícia.

Exemplificadas as situações que comprovam a rotina irregular de forma de cumprimento de mandados de prisão no interior de residências, é possível referir que a ausência de freios ao poder punitivo promovida pelas ações em descompasso com a norma processual acaba por aproximar o processo penal às práticas inquisitivas. A situação corroborada a partir da ratificação judicial, como ocorreu na maioria dos casos em primeiro grau de jurisdição e na metade dos casos também em segundo grau de jurisdição.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, não foram encontradas decisões específicas relacionadas à forma de cumprimento do mandado de prisão no interior de domicílios ou atinentes ao artigo 293 do Código de Processo Penal. Contudo, importante registrar que, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário, o STF firmou entendimento de que o ingresso em domicílio de forma desautorizada por agentes estatais deve ser previamente verificado quanto à justa causa. Isto é, a posterior apreensão de ilícitos, sem justa causa prévia, não ratifica a ilegalidade da medida (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.616 RONDÔNIA⁵⁷)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, são encontradas algumas decisões atuais relativas à temática, de forma que, em geral, admite-se o ingresso domiciliar para cumprimento de ordem prisional, porém não se permitem buscas no imóvel quando desamparadas de ordem judicial ou situação de flagrante delito verificada *a priori*. Como paradigma, cita-se o julgado no Agravo Regimental em Habeas Corpus número 733.910 - SC (2022/0098333-3)⁵⁸.

⁵⁷ Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

⁵⁸ AgRg no HABEAS CORPUS Nº 733.910 - SC (2022/0098333-3) RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA AGRAVADO : ADRIANA REIF AGRAVADO : MAICO ANDRE SILVEIRA DE ABREU (PRESO) AGRAVADO : TIAGO PUERARI DE MELO (PRESO) ADVOGADO : JONAS DE LIMA VIEIRA - SC046289 INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS CIVIS. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO POR INVESTIGAÇÃO DE CRIME DIVERSO. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION.

Como já mencionado, as formalidades inseridas no texto legal são ferramentas de contenção dos meios penalizadores e, por consequência, da violência promovida em resposta ao delito, de forma que a ausência de obediência não permite atendimento ao aspecto processual da imparcialidade do julgador e interfere na garantia expressa pelo axioma 9 e formalizado na necessária equidistância do julgador em relação do caso e ao órgão acusatório.

3.3.4 A CONDUÇÃO COLETIVA DE INVESTIGADOS E A PROMOÇÃO DA VIOLÊNCIA PELOS ENTES ESTATAIS

Um dos fundamentos do garantismo penal e base sólida de sua construção é a promoção de uma resposta estatal à criminalidade sob o viés da não promoção de violência ou, caso haja a necessidade de intervenção estatal, que essa resposta seja menos violenta que o próprio crime. O direito penal é “uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação” (FERRAJOLI, 2002, p, 168), manifestando-se sob a forma de coerções e restrições aos suspeitos de desvio, aos desviantes prováveis e aos já condenados.

Essas manifestações penais são distribuídas em três momentos criminais: na definição dos comportamentos proibidos mediante o processo legislativo; na imposição do desviante ao julgamento estatal e, por fim, no momento punitivo daqueles desviantes. Sob esse aspecto, Ferrajoli utiliza-se de abordagem relacionada aos custos do direito

NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS E DERIVADAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante recente orientação jurisprudencial desta Corte Superior, "É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito" (HC n. 663.055/MT, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022). 2. Nessa linha de inteligência, não se pode admitir que a entrada na residência especificamente para o cumprimento de mandado de prisão sirva de salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 3. A existência de mandado de prisão em aberto para apuração de crime de homicídio supostamente praticado por dois dos pacientes não justifica a realização de buscas na residência da terceira paciente, em verdadeira pescaria/expedição probatória, procedimento que demanda autorização judicial expressa ou a autorização explícita e espontânea da ré, o que não ocorreu no caso. 4. Somado a isso, ainda que as provas encontradas posteriormente configurem crime permanente, estas não podem ser usadas para justificar, a posteriori, a violação do domicílio. Isso porque as razões que justifiquem o ingresso na residência devem existir no momento da ação ou previamente a ela. A constatação posterior da situação de flagrância não é capaz de conferir licitude à invasão, de forma retroativa. 5. Assim, reconhecida a ilegalidade da busca probatória dentro da casa, que é totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar os acusados, vislumbra-se a ilicitude da busca e apreensão domiciliar, e das provas dela decorrentes, impondo-se a absolvição dos agentes, nos termos do artigo 386, II, do CPP. 6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento.

penal, tratando das consequências que o arcabouço legislativo e material do direito penal promove nos cidadãos, sejam culpados, sejam inocentes. O autor refere que:

Este conjunto de constringências representa um custo que deve ser justificado, vez que pesa não apenas sobre os culpados, mas também sobre os inocentes. Embora todos estejam sujeitos às limitações da liberdade de ação prescritas nas proibições penais, nem todos, e nem mesmo somente aqueles culpados pela violação destas vêm-se sujeitos ao processo e à pena. De fato, muitos destes subtraem-se ao julgamento e, principalmente, à condenação, sendo que, em muitos casos, inclusive, inocentes são obrigados a suportar um julgamento, ou até mesmo o cárcere e o erro judiciário em razão da inevitável imperfeição e falibilidade de cada sistema penal (FERRAJOLI, 2002, p. 168)

Em continuidade, o autor apresenta algumas observações de extrema relevância quando analisados em contraste aos resultados da investigação empírica. Utilizando-se dos conceitos de *custos da justiça*, *custos da injustiça*, *cifra da ineficiência* e *cifra da injustiça* a construção da teoria da justificação e legitimação do direito penal através do garantismo é abordada por Ferrajoli.

Explica-se: aos *custos da justiça* – tidos como os comportamentos legalmente proibidos, os procedimentos a que se submetem os desviantes identificados e as penas respectivas aplicadas a quem realmente delinuiu – somam-se os *custos da injustiça* – integrados pelo número de culpados que, sofridos julgamento ou não, permanecem impunes ou desconhecidos -, que se soma, ainda, a cifra dos inocentes processados e, no pior dos casos, punidos.

Ainda, também é trabalhada a *cifra oculta da criminalidade* englobando as espécies de *cifra da ineficiência* (indivíduos culpados que permanecem ignorados ou não punidos) e a *cifra da injustiça*, que engloba: 1- inocentados no primeiro grau do processo judicial; 2- inocentados no segundo grau de jurisdição após condenação em sentença; 3- vítimas dos erros judiciários não reparados.

Entendo pertinente cotejar o conhecimento aqui delineado com o conteúdo trabalhado no primeiro capítulo referente aos modelos de direito penal (direito penal mínimo e direito penal máximo). Tratam-se de modelos de certeza relativa, isto é, apresentam objetivos definidos e os perseguem, mas sempre pagando o custo da incerteza respectiva. Explica-se: “por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias” (FERRAJOLI, 2002, p. 84). Temos, no primeiro caso, a orientação do direito penal máximo e, no segundo, a do direito penal mínimo.

Como falamos, o modelo adotado e considerado coerente com os axiomas garantistas é o que contempla os princípios do direito penal mínimo:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. E o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova - quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva - não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. (FERRAJOLI, 2002, p. 85)

Exemplificando com nossa pesquisa, verificou-se porcentagem altíssima de casos em que estiveram presentes a *cifra da injustiça* sobretudo quanto às absolvições em segundo grau de indivíduos condenados em sede de sentença, totalizando 9 (nove) processos em que houve total absolvição dos processados – e se considerarmos processos em que houve absolvição de parte dos processados, chega-se ao número de 11 (onze), em relação aos 18 (dezoito) casos analisados.

Além disso, olhando pro aspecto das pessoas isto é, considerando o número total de 27 (vinte e sete) pessoas presas em flagrante, denunciadas e considerando que, ao final do processo, 16 (dezesesseis) foram absolvidas, o número ultrapassa a metade dos casos e totaliza quase 60% encampando a *cifra da injustiça*. A porcentagem e os números brutos dessa análise demonstram, primeiramente, a ineficiência do sistema de justiça criminal sob diversos aspectos, mas sobretudo pela dificuldade de adaptação das instituições policiais em praticar atos e diligências em acordo com as formalidades processuais.

Em quase todas as absolvições processuais analisadas a motivação judicial foi relacionada ao ato policial que obteve as provas (preliminares ao mérito) e não em relação à autoria ou materialidade delitivas (mérito da causa).

Outro fator que merece análise é a quantidade inicial de investigados e o número total de pessoas submetidas ao processo penal, de modo que a coerência esperada de um sistema de justiça criminal é, pelo menos nas aspirações do Sistema Garantista, de não interferir na vida de pessoas não desviantes e sobretudo não condenar inocentes. Nas pesquisas empíricas acima, verificaram-se, inicialmente, 18 (dezoito) desviantes com mandado de prisão pendentes de cumprimento e que deram origem às ações policiais, resultando, ao final da diligência e da fase policial de investigação, 27 (vinte e sete) pessoas processadas e submetidas ao peso do sistema de justiça na condição de réus.

Nota-se, dessa forma, que as ações policiais conduziram 9 (nove) pessoas não inicialmente investigadas ou consideradas desviantes, representando uma taxa de 50% de que cada ação policial resulte no processo de uma pessoa a mais que o inicialmente desviante ou investigado.

Dessa forma, tomando por base a pesquisa empírica do presente trabalho e analisando o resultado relacionado às absolvições judiciais de pessoas presas em flagrante e processadas, deduz-se que a incerteza trazida no modelo de justiça criminal brasileiro, pelo menos no que atine à diligência policial de cumprimento do mandado de prisão no interior de residências, é altíssima e o *custo da injustiça* da mesma forma, fazendo com que, em mais um fator, o processo penal brasileiro se afaste dos ideais do Sistema Garantista delineado por Ferrajoli.

CONCLUSÃO

O garantismo penal, como seu criador teórico assume, trata-se de um sistema ideal e utópico, que deve ser buscado e almejado pelos Estados Democráticos que pretendem estabelecer um sistema de justiça criminal adequado e coerente com a democracia. Ainda que a forma de constitucionalismo experimentada no Brasil não seja a proposta por Ferrajoli, destacando-se a divisão normativa rígida entre direito e moral, a busca por um sistema democrático de punição de desvios deve ser um objetivo e princípio estatal.

Sob o aspecto processual, o Sistema Garantista, como verificamos, exige que o procedimento de apuração do desvio contemple pressupostos e garantias, dos quais podemos citar: a submissão à jurisdição, o princípio acusatório ou separação entre acusação e julgador, o princípio do ônus da prova ou da verificação e o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Antes disso, ainda, dá-se destaque à epistemologia garantista e ao princípio da secularização, anteriores e estruturantes do Sistema Garantista. Enquanto o segundo promoveu a racionalidade dos sistemas jurídicos e políticos, buscando a separação da religião e da moral e promovendo a liberdade individual, a epistemologia garantista surgiu como um contraponto ao Sistema Inquisitivo e sua epistemologia.

A epistemologia garantista encerra a necessidade de elementos constitutivos de definição legislativa das tipologias criminais (convencionalismo penal), e a comprovação judicial do desvio punível (cognitivismo processual). Por outro lado, a epistemologia antigarantista concebe a concepção não formalista (e sim substancialista) do desvio penalmente relevante; e o decisionismo processual (que tem caráter não cognitivo, e sim potestativo do juízo e da irrogação da pena)

Quanto às garantias, a submissão à jurisdição, semelhante do que ocorre com o princípio da legalidade no direito penal, é o pressuposto norteador do processo penal. Dentro desse axioma, ainda, algumas características como a imparcialidade objetiva e subjetiva do julgador são imprescindíveis para que a garantia não seja violada implicitamente.

Ademais, o princípio acusatório ou separação entre a acusação e o julgador é também apontado como basilar para o Sistema Garantista. Como já referenciado anteriormente no tópico próprio, a separação traz duas representações diversas: uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, bem como um pressuposto do ônus acusatório da contestação e da prova.

Consequência direta do princípio acusatório e tratado como fundamental dentro do Sistema Garantista está a forma de tratamento do réu no processo penal, onde, para Ferrajoli, deve-se extinguir o instituto da prisão preventiva. Basicamente, contra argumentando os fundamentos legais e filosóficos dessa cautelar, Ferrajoli entende que para fins de equilíbrio da relação processual e para um adequado julgamento judicial, o réu deve estar em liberdade no trâmite processual.

O princípio do ônus da prova também apresenta destacada importância na relação processual, de modo a orientar que não cabe ao réu provar sua inocência e, ademais, não se pode exigir qualquer ato seu como participação para fundamentar o conjunto probatório da acusação. Contrário à forma de processo inquisitorial, no processo acusatório, a forma de interrogatório das testemunhas não pode sofrer interferência judicial, a gestão da prova como um todo da mesma forma, a transcrição das atas de interrogatório não deve ter participação do órgão de acusação e não se deve “pressionar” as testemunhas com a advertência da incriminação por falsidade (FERRAJOLI, 2002, p. 490).

Por fim, o princípio da defesa e contraditório (ou da falseabilidade) leva diferentes nuances ao processo penal, das quais podemos destacar a existência da autodefesa e da defesa técnica, sendo aquela a oportunidade do réu de contrapor a acusação em seu interrogatório ou momentos de fala, e a defesa técnica é a imprescindibilidade de um defensor profissional e conhecedor do ordenamento jurídico atuando no processo.

Importante ressaltar o que já foi mencionado nesse trabalho, de que o processo acusatório é dialético e sua concepção como disputa ou controvérsia exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e sua exposição ao controle do acusado.

Imprescindível, portanto, a perfeita igualdade entre as partes, de modo que a defesa seja dotada das mesmas ferramentas e capacidades que os poderes acusatórios; e que a possibilidade de contraditar seja possível em todas instâncias do procedimento e em qualquer ato probatório, desde as averiguações judiciárias, perícias, reconhecimentos até os testemunhos e acareações.

Esses quatro princípios materializados sob a forma de axiomas no Sistema Garantista, quando presentes efetivamente na condução do processo penal, permite-nos concluir que o processo é aproximado do garantista, nos moldes de Ferrajoli.

Para além desse debate e para entender o porquê a estruturação do sistema de justiça criminal sob a forma garantista é diferente do encontrado em *terrae brasiliis*, construiu-se no segundo capítulo a diferenciação entre formas de constitucionalismo, destacando nomenclaturas comumente utilizadas (neoconstitucionalismo). Nessa etapa do trabalho, lembraram-se as principais diferenças entre o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista.

Três foram os principais apontamentos (que obviamente a eles não se resume a diferenciação) separadores desses constitucionalismos: separação entre legitimação interna e legitimação externa (direito e moral); impossibilidade da utilização de princípios como fontes normativas, sobretudo quando há norma positivada tratando da temática; reduzido grau de discricionariedade judicial na análise de casos concretos, evitando-se o panprincipialismo (nomenclatura que batiza o fato de se utilizar de princípios sem normatividade para decidir demandas judicializadas).

Na continuidade, também se considerou de extrema importância entender a profundidade teórica e prática do direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, constitucionalmente estabelecido. Suas quatro relativizações positivadas na Carta Constitucional (flagrante delito, consentimento do morador, determinação judicial e no caso de desastre) igualmente foram abordadas, contudo focado no objetivo do trabalho, qual seja, a determinação judicial.

O objetivo final, como se determinou desde o início, era analisar as decisões judiciais, limitadas ao segundo grau de jurisdição no TJRS, sob a ótica garantista, relacionadas a violações de domicílio geradoras prisões em flagrante, mas com sustentação no cumprimento de mandados de prisão. A normatividade processual acerca do ato, ainda que decorrente de texto publicado em 1941, como se verificou na pesquisa empírica é pouco (ou nada) obedecida pelos agentes estatais que fazem a diligência.

Aliando a epistemologia garantista e seus axiomas processuais, em conjunto com a forma de constitucionalismo brasileiro (principialista) e as delimitações da proteção domiciliar constitucional, analisamos os dados da pesquisa empírica, podendo dar destaque aos seguintes fatos:

1- Não há pacificação jurisprudencial sequer aproximada sobre a legalidade do ato policial de se ingressar em domicílio para cumprimento de mandado de prisão. Como se viu, foram 9 (nove) decisões considerando a diligência legal e 9 (nove) considerando ilegal. Esse cenário corrobora a incerteza na tomada de decisão pelas instituições policiais

e na orientação administrativa de seus servidores, de modo a “enfraquecer” a normatividade.

2- Diversas fundamentações judiciais são construídas para decidir acerca da legalidade ou ilegalidade da diligência policial, de modo que não raro sequer se aborda a norma processual do artigo 293, que deu origem à diligência. O desapego ao formalismo procedimental por parte dos entes estatais envolvidos na persecução penal não é novidade no sistema de justiça criminal brasileiro, como se viu nos casos pesquisados. A formalidade ou garantia na forma dos atos processuais é uma manifestação de racionalidade e segurança na aplicação da justiça.

3- Os juízos singulares ou de primeiro grau apresentam maior “tolerância” com o desapego às formalidades dos agentes policiais no cumprimento das diligências, pois, do total de 18 (dezoito) casos analisados, apenas 1 (um) houve absolvição do réu por ilegalidade no meio de obtenção de prova. No segundo grau de jurisdição, porém, o patamar de ilegalidades consideradas pelo juízo aumentou para 9 (nove). As garantias penais representam condições necessárias para aplicação da justiça penal, de modo que no caso de inobservância, não se pode ser outro o resultado senão a absolvição.

4- Os decretos de prisão preventiva foram a regra nos casos pesquisados (16 – dezesseis - do total de 18 - dezoito), em contraponto à excepcionalidade do instituto verificado na ordem jurídica brasileira e sobretudo na inexistência garantista como medida democrática de condução do processo penal. Para Ferrajoli, a decretação e manutenção da cautelar prisional estimula o desequilíbrio na relação processual e retira do réu a situação de paridade frente à acusação.

5- As diligências protagonizadas pela Polícia Militar foram, na sua maioria (7 – sete - do total de 9 - nove), consideradas ilegais pelos julgadores de segundo grau do Tribunal de Justiça gaúcho, ao passo que, de forma diversa, a maioria que foram conduzidas pela Polícia Civil (6 – seis - do total de 8 - oito) sustentaram a condenação do réu pela legalidade no meio de obtenção de prova. Ferrajoli (2002, p. 617) é incisivo na necessidade de especialização das polícias e, como é previsto legalmente, às Polícias Militares cabe a função ostensiva e preventiva.

6- O mandado de prisão, ainda que em determinadas decisões fora aceito como causa legitimadora do ingresso em domicílio forçado, não é considerado fator suficiente para a diligência, pois na totalidade dos casos o caso do flagrante delito é utilizado para corroborar a argumentação policial e judicial. Para essa situação, analisada sob a ótica garantista, pode-se afirmar que a generalidade do termo “determinação judicial”, sem

definição de qual ordem se trata, permite interpretações extensivas e discricionariedade policial e judicial na análise do caso. Ferrajoli ressalta em inúmeras observações a necessidade da legalidade e da taxatividade da lei penal como limitadoras do arbítrio estatal.

7- Em determinados casos, a diligência que objetivava capturar uma pessoa que possui mandado de prisão vigente em se desfavor resultou na condução de outras pessoas na situação de prisão em flagrante. Além disso, levou essas pessoas conduzidas ao processo penal a título de acusadas. Como se viu, houve maioria de casos em que as pessoas presas e processadas foram absolvidas, de forma que, de modo antigarantista, promoveu-se mais violência (condução e prisão de pessoas inocentes) para tentar resolver um problema policial (captura de preso foragido).

Dessa forma, não é exagerado concluir que o processo penal brasileiro, pelo menos nos casos que se originaram do cumprimento de mandado de prisão no interior de domicílios, não apresenta nuances garantistas. Ainda que na metade dos casos analisados houve absolvição dos réus processados, a régua medidora do sistema de justiça criminal, entre os sistemas Garantista e Inquisitivo, não esteve próxima do Sistema Garantista.

Os fatores que mais influenciaram nessa conclusão são, além dos discorridos nos 7 (sete) tópicos acima listados, a despeito da previsão constitucional e legal de garantias processuais no ordenamento jurídico brasileiro (a exemplo do artigo 293 do Código de Processo Penal), a sua inobservância por parte dos atores da persecução penal. Isto é, a relativização das garantias e a consideração destas como meros “formalismos” prescindíveis pode ser a âncora que impede a aproximação do sistema de justiça brasileiro ao Sistema Garantista.

Obviamente que as normas positivadas padecem de “melhorias” e reformulações destinadas a fortalecer o princípio acusatório (a exemplo do artigo 156 do Código de Processo Penal⁵⁹), contudo a mudança de atitude dos atores da persecução penal (desde os agentes policiais até os julgadores de primeiro e segundo grau) é imprescindível para a evolução do processo penal ao nível mais garantista e, por conseguinte, democrático possível.

⁵⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas**. Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2022

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. **Recurso Especial nº 1.637.258-RJ**. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Recurso em Habeas Corpus nº 117767-DF**. Relator. Min. Teori Zavascki. Brasília, 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

CADEMATORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. Tese apresentada ao curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de doutor. Florianópolis, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais**. Revista Brasileira De Ciências Criminais, v.104, 2013.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª ed., rev. e at. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial** - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

DEMARCHI, Clovis; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. Teoria dos limites dos limites: análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 73- 89, Jul./Dez. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9, 2011, Curitiba. Anais eletrônicos... Curitiba, PR: ABDConst., 2011, p. 95-113

FERRAJOLI, Luigi. “**El derecho como Sistema de Garantias**” in Jueces para la Democracia. Barcelona, 1992, pp 89-108.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. ed. 2. Madrid, Espanha: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradutores do livro Diritto e ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES. FERRI, Carlos Alberto; SOUZA, Moisés Alves de. Limitações ou restrições dos direitos fundamentais: aplicabilidade das teorias interna e externa. **Acta Científica**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 7-26, 2017.

FERRAJOLI e outros. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Ferrajoli** [livro eletrônico]/Alexandre Morais da Rosa e et al; Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (org) – 2 ed. ampl. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

GIAMBERDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Orientador: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 2008. 201. Dissertação (Mestrado) – PPG em Direito, UFPR. Curitiba, 2008

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: JusPodivm, 2015

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.

LARRAURI, Elena. **Criminologia Crítica: Abolicionismo y Garantismo**. Ius et Praxis, vol. 4, núm. 2, 1998, Universidad de Talca. Talca, Chile.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORATO, Francisco. —**A Oralidade**, in **Processo Oral**, Rio de Janeiro: Forense, 1940, pp. 1-24.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 2 ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal**. Coleção Pensamento Crítico. Coordenação: Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. **Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 5074947-77.2020.8.21.0001/RS. Relator: Jaime Weingartner Neto. Porto Alegre, 19 ago. 2021;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70084012996. Relator: Jaime Weingartner Neto. Porto Alegre, 17 dez. 2020;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 5003754-31.2019.8.21.0132/RS. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 23 ago. 2021;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 5060594-32.2020.8.21.0001/RS. Relator: Viviane de Faria Miranda. Porto Alegre, 23 ago. 2021;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70083713958. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 25 ago. 2020;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70083107763. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 21 mai. 2020;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70079520870. Relator: Felipe Keunkecke de Oliveira. Porto Alegre, 20 fev. 2020;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segundo Grupo Criminal. Embargos Infringentes nº 70072193113. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 10 fev. 2017;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70085112357. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 24 fev. 2022;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70078514825. Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 19 fev. 2020;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70077302487. Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 19 dez. 2018;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70079049771. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 28 nov. 2018;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70075366450. Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 21 mar. 2018;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70063851695. Relator: José Ricardo Coutinho da Silva. Porto Alegre, 5 out. 2017;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70067252577. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes. Porto Alegre, 2 mar. 2016;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70067252577. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 29 mai. 2014;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70053352407. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 19 set. 2013;

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70054293717. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 5 set. 2013;

SANCHIS, Luis Prieto. **DERECHOS FUNDAMENTALES, NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL**, Primera edición, noviembre 2002, Primera reimpressão, julio 2007; HECHO EL DEPÓSITO EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007 – 06180; ISBN: 978-9972-733-37-6;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.; 25 cm

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. “**O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**”, in: Revista de Direito do Estado, n° 4, out./dez. 2006, p. 23-51;

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **CONTRA O NEOCONSTITUCIONALISMO**, in: “Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional”. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed., rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

TRINDADE, André Karam. **POSITIVISMO E (NEO)CONSTITUCIONALISMO: AS TEORIAS DE FERRAJOLI, PRIETO SANCHÍS E GARCÍA AMADO**, in: Revista do Mestrado em Direito, Brasília, V. 10, n° 2, p. 406-430, Jul-Dez, 2016;

ANEXOS
DECISÕES JUDICIAIS DE SEGUNDO GRAU

- 1- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70085112357
- 2- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003754-31.2019.8.21.0132/RS
- 3- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5060594-32.2020.8.21.0001/RS
- 4- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5074947-77.2020.8.21.0001/RS
- 5- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70084012996
- 6- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70083713958
- 7- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70083107763
- 8- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70079520870
- 9- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70078514825
- 10- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70077302487
- 11- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70079049771
- 12- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70075366450
- 13- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70063851695
- 14- EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70072193113
- 15- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70067252577
- 16- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70058510298
- 17- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70053352407
- 18- APELAÇÃO CRIMINAL Nº 70054293717

APELAÇÃO
CRIMINAL
70085112357



JACP

Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)

2021/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E RESISTÊNCIA (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06, E ARTIGO 329, DO CP). PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. INCONFORMISMO DEFENSIVO E MINISTERIAL.

Modo preliminar, a defesa suscita a nulidade da prova, por obtida mediante violação de domicílio. Sem razão.

No caso em tela, o ingresso dos agentes públicos na residência ocorreu após a captura de Anderson no beco onde se localizava o imóvel, em virtude de se encontrar foragido do sistema prisional, tendo resistido à prisão na ocasião, o que somado à existência de informações prévias acerca do tráfico exercido, configura justa causa para ingresso no imóvel. Efetuadas buscas na casa, foram apreendidos os entorpecentes no interior de um roupeiro e, quando se trata de flagrante de crime permanente, como no caso da prática do delito de tráfico de drogas, inexistente a obrigatoriedade de expedição de mandado de busca e apreensão, mormente quando o ingresso é amparado em justa causa, como no caso.

No mérito, a defesa busca a absolvição do réu Anderson pelos delitos de tráfico de drogas e resistência. Inviabilidade.

A materialidade e autoria restaram devidamente comprovados, incorrendo o réu na prática dos delitos de tráfico de entorpecentes e de resistência. O acusado, quando da voz de prisão em flagrante, teria entrado em luta corporal com os policiais civis, tentando apoderar-se da arma de um dos agentes e empurrando outra agente em cima de uma cerca, opondo-se ao ato legal. E, quando das buscas no imóvel, foram apreendidos sessenta e cinco pinos de cocaína, pesando aproximadamente 43g.

Os depoimentos policiais são aptos e suficientes para sustentar a condenação, sendo que inexistente qualquer elemento concreto a colocar em dúvida a palavra do agente policial ouvido em juízo.

Penas analisadas – Mantida a reprimenda pelo tráfico de drogas nos termos da sentença, sendo o *quantum* de aumento eleito adequado pela incidência de duas vetoriais desfavoráveis.

Recurso MP – Lado outro, a prova contida nos autos autoriza a manutenção da absolvição operada em primeira instância em relação aos corréus Jéssica, companheira de Anderson, e Alexsandro, eis que, conforme bem concluiu a magistrada sentenciante, não restou comprovada, de forma



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

estreme de dúvidas, a autoria do tráfico de drogas a eles imputado.

APELAÇÕES DESPROVIDAS.

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)

COMARCA DE NOVO HAMBURGO

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE/APELADO

ANDERSON DE LIMA DA SILVA

APELANTE

JESSICA CARDOSO HENICKA

APELADO

ALEXSANDRO HOPPE SIQUEIRA

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento aos apelos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), as eminentes Senhoras **DES.^a ROSAURA MARQUES BORBA** e **DES.^a GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA**.

Porto Alegre, 23 de fevereiro de 2022.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ,

Relator.



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

RELATÓRIO

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR)

Trata-se de apelações interpostas tanto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** quanto pela defesa de **ANDERSON DE LIMA DA SILVA**, inconformados com a sentença proferida pela Dra. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Novo Hamburgo, que julgou parcialmente procedente a denúncia para (fls. 328/334):

- a) Condenar o acusado **Anderson de Lima da Silva** como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, impondo-lhe a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, c/c o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária mínima; e absolvê-lo das sanções do artigo 331, do Código Penal, forte no artigo 386, inciso VII, do CPP; bem como para
- b) Absolver o acusado **Alexsandro Hoppe Siqueira** das sanções previstas no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, forte no artigo 386, inciso VII, do CPP; e
- c) Absolver a acusada **Jéssica Cardoso Henicka**, das sanções previstas no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, também com base no artigo 386, inciso VII, do CPP.

Em suas razões, o **Ministério Público** requer a condenação também dos acusados **Alexsandro e Jéssica** pelo crime de tráfico. Aduz que os elementos disponíveis nos autos se apresentam suficientes para ensejar a prolação de édito condenatório em relação ao tráfico de drogas; assim sendo, requer a reforma do *decisum* com a consequente condenação dos citados réus como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas (fls. 345/350v).

A defesa, por sua vez, sustenta, preliminarmente, a nulidade da prova, por obtida mediante violação de domicílio. No mérito, busca a absolvição do réu **Anderson**,



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

alegando não estar provada a prática do tráfico de drogas, tampouco a de resistência e desacato. Subsidiariamente, busca o redimensionamento da pena-base (fls. 355/363v).

Em contrarrazões, a defesa de **Alexsandro e Jéssica** (fls. 364/369) e o **Ministério Público** (fls. 371/376v) propugnaram pelo desprovimento do recurso adverso.

Os autos subiram a esta Corte, operando-se sua distribuição mediante vinculação (fl. 393).

Colheu-se o parecer escrito da douta Procuradoria de Justiça, no rumo do desprovimento dos recursos (fls. 394/400).

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

V O T O S

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (RELATOR)

Adianto que os apelos não merecem prosperar, devendo ser mantida a sentença ora impugnada.

PRELIMINAR – Violação de domicílio

Quanto à alegada violação de domicílio com a apreensão das drogas sem mandado de busca e apreensão, tenho que inexistente nulidade a ser declarada.

Cabe ressaltar, inicialmente, que não se desconhece o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal, o qual afirma que é necessária a existência de fundadas razões para se sustentar o ingresso em domicílio sem mandado judicial¹. No caso dos autos, contudo, tenho que tanto o ingresso na residência, quanto as buscas no local, restaram devidamente justificadas.

É cediço que o delito de tráfico de drogas é crime permanente, ou seja, sua realização pode protrair-se no tempo, estando em poder do agente a possibilidade de fazer

¹ (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)



JACP

Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)

2021/CRIME

cessar ou não a afetação ao bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública; assim, pela permanência do delito, esse poderá, a qualquer tempo, sofrer o flagrante.

No presente feito, infere-se que os agentes públicos, disfarçados, se deslocaram ao local com o fito de localizar o acusado Anderson, foragido do sistema prisional, logrando êxito em abordá-lo ainda em via pública, isto é, no beco onde residia, tendo o acusado reagido de modo violento. Ato contínuo, os policiais teriam ingressado na residência, efetuado as buscas e localizado os entorpecentes.

Ressalto que o paradeiro do réu foi descoberto a partir de ocorrência registrada pelo ex-companheiro da corré Jéssica, o qual relatou, dentre outros fatos, que no local era exercida a mercancia de entorpecentes (fl. 51).

Neste íterim, caracterizada a justa causa a autorizar o ingresso dos policiais na residência do recorrente e, sendo assim, não há qualquer ilegalidade a ser declarada, pois a própria Constituição Federal permite o ingresso em domicílio, em caso de flagrante delito, conforme artigo 5º inciso XI, da Carta Maior.

RECURSO DEFENSIVO

No mérito, a defesa do réu Anderson busca a absolvição pelos delitos de tráfico, resistência e desacato, sendo que nenhuma razão lhe assiste.

Prejudicado o recurso defensivo no tocante ao desacato, uma vez que o réu restou absolvido por este delito, passo a análise dos demais.

A materialidade dos delitos imputados ao réu encontra-se demonstrada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 05/36), do auto de apreensão (fl. 112), do laudo provisório de constatação de natureza da substância (fl. 42), dos laudos periciais definitivos (fl. 265), bem como por meio da prova oral coligida.

De igual forma, existem provas suficientes da autoria delitiva, como bem constatado pela digna magistrada de origem, Dra. Andrea Hoch Cenne, quando da prolação da sentença, razão pela qual, com a devida vênia, reproduzo-a em parte, adotando-a como razões de decidir, a fim de evitar-se desnecessária tautologia (fls. 328/334):



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

“(…)

O réu Alexsandro Hoppe Siqueira, quando de seu interrogatório perante este Juízo, negou as práticas delituosas que lhe são imputadas. Relatou que estava aguardando um “Uber” no beco e viu o “tendel” de polícia, no que se escondeu atrás de um muro. Afirmou que estava na condição de foragido, tinha sido preso por roubo. Disse que não conhece Anderson e Jéssica e foi preso depois deles. Mencionou que escutou Jéssica gritando “era a polícia”, com uma criança ao lado (CD – fl. 256).

O acusado Anderson de Lima da Silva, quando de seu interrogatório perante este Juízo, negou as práticas delituosas que lhe são imputadas. Relatou que estava na rua, descendo o beco com Jéssica para pegar um “Uber” quando os policiais lhe apontaram uma arma, bateram no interrogado e depois falaram que eram policiais e o prenderam. Afirmou que estava foragido do semiaberto. A casa era de sua prima Joice, tinha ido visitá-la e deixar a filha de Jéssica com ela. Declarou que residia na Rua Um, 297, Canudos, com sua mãe e Jéssica (CD – fl. 256).

A ré Jéssica Cardoso Henicka, quando de seu interrogatório perante este Juízo, optou por permanecer em silêncio (CD – fl. 256).

O policial civil Eliezer de Oliveira Maciel disse que existia uma ocorrência policial anterior dando conta de traficância, e que também envolvia uma criança. Nesta ocorrência continha informações sobre o nome do companheiro da participante e endereço onde ocorreu o presente fato. No dia seguinte foram realizar as diligências no lugar apontado, onde existiam vários becos. Referiu que na diligência se apresentavam como assistentes sociais. Mencionou que Anderson apareceu do lado de



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

dentro do beco, atrás de uma grade. Ao efetuarem a abordagem ele resistiu à prisão, desencadeando uma briga com os policiais. O indivíduo tentou retirar a arma do depoente, acrescentando que também os desacatou. Referiu que encontraram drogas dentro de um roupeiro na casa. Falou que escutaram um cachorro latindo e ao verificar o motivo constatou que era Alexsandro, que estava escondido em uma casa vizinha. Ele declarou aos policiais que era amigo de Anderson e se entregou. Disse que um dos indivíduos estava foragido. Afirmou Jéssica falou que residia ali, mas que não sabe quem é o proprietário. Mencionou que não conhecia os réus antes do fato e não tinha conhecimento sobre envolvimento dos mesmos com tráfico (CD – fl. 256).

O policial civil Camilo Marques Batista de Hoppen relatou que estava na delegacia vendo as ocorrências do dia anterior, de Novo Hamburgo e São Leopoldo, em especial as de roubo e tráfico de drogas, e uma destas ocorrências chamou a atenção. A ocorrência feita pelo pai do filho de Jéssica, registrava o fato de que a criança estava morando com sua mãe e o companheiro, um foragido, em uma casa onde havia tráfico de drogas. Consultado no sistema, confirmou a informação. De maneira discreta, foram até o local, um beco, realizar diligências. A policial Teresinha, passando-se por conselheira tutelar, entrou no referido beco para confirmar se era a casa de Anderson e se ele realmente residia ali; o policial Maciel permaneceu nas imediações e, o depoente, ficou mais afastado. Lograram êxito em localizar Anderson e Jéssica que estavam no pátio do terreno. Um outro homem foragido também foi capturado, ele havia pulado o muro e estava deitado no pátio da casa vizinha, sendo encontrado pelo policial Camilo. Ao ver os policiais, ele contou que era foragido, e não houve resistência a prisão; já Anderson foi resistente, ocorrendo luta corporal com os policiais. Disse que acredita que Anderson estava sob efeito de entorpecentes. Depois, em revista na casa,



JACP

Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)

2021/CRIME

encontraram drogas dentro de um armário. Afirmou que a 2ª DP de São Leopoldo era especializada em furto/roubo de veículos, entorpecentes e captura (CD – fl. 256).

A policial civil Teresinha Girardi contou que estava verificando ocorrência na Comarca de São Leopoldo, do dia anterior, e constatou que um dos participantes era foragido. A ocorrência dava conta de um desentendimento entre pais de uma criança e tinha a informação de que a mãe da criança morava com um foragido. A depoente chegou no local e acessou os becos a pé e sozinha, se apresentando como assistente social. Depois, foi perguntando aos vizinhos pela mãe da criança. Durante a diligência no beco encontrou Anderson e também pediu informações a ele, perguntou onde ele residia. Disse que depois voltou a casa de Anderson, que estava no pátio, e pediu informação sobre outra rua, no que foi atendida. Na casa, além de Anderson, estavam no pátio sua companheira Jéssica e uma criança. Na sequência, saiu e pediu apoio aos seus colegas Camilo e Maciel, por telefone. Camilo chegou e deram voz de prisão ao indivíduo, pois constava como foragido. O homem resistiu a prisão e reagiu desferindo socos e chutes contra os policiais, derrubou a depoente em cima de uma cerca, tentou retirar a arma do Policial Maciel. Após o algemamento do indivíduo, entraram na casa e durante a revista encontraram porções de cocaína dentro de um roupeiro. Contou que enquanto efetuavam a prisão escutaram latidos de cachorro, então o policial Maciel foi verificar de onde vinha o barulho e viu que um indivíduo havia pulado a cerca, escondendo-se atrás de um muro em outra casa. Ao buscarem informações constataram que era Alexsandro e que também estava na condição de foragido. Referiu que Alexsandro informou que estava na casa de Anderson antes de ser abordado. Mencionou que não conhecia os réus antes do fato. Recorda que Anderson alegou que achava que eles não eram policiais, e por



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

isso os agrediu. Disse que não havia investigação em curso ligado ao tráfico, envolvendo os réus. Não presenciou comercialização de drogas no local. Esclareceu que trabalha em uma delegacia especializada que pode atuar em todo o Vale dos Sinos (CD – fl. 256).

Essas foram as provas produzidas nos autos.

Inicialmente, passo a análise dos fatos imputados ao réu Anderson de Lima da Silva.

a) Tráfico de entorpecentes:

Diante das provas produzidas nos autos, verifica-se que a autoria do delito de tráfico imputado a Anderson está evidenciada nos autos, conforme narrado na denúncia.

O réu ao ser interrogado negou a prática delituosa, bem como alegou que a residência na qual foram apreendidos os entorpecentes pertencia a sua prima, de nome Joice. Contudo, tais circunstâncias não encontram respaldo no contexto probatório.

Os policiais civis inquiridos em juízo foram contundentes em seus relatos, ao afirmar que se dirigiram até o local depois que o pai da filha de Jéssica registrou uma ocorrência comunicando que ela e a filha estavam morando com Anderson, foragido do sistema prisional, em um local onde havia tráfico de drogas.

Ao chegar na residência, encontraram os réus Anderson e Jéssica, confirmando que ele era foragido.

Na sequência, informaram os policiais civis que o réu Anderson entrou em luta corporal, tendo resistido a prisão e desacatado os policiais. Por conseguinte, abordaram a ré Jéssica já no interior do imóvel e localizaram a substância entorpecente apreendida dentro do armário.

Considerando que policiais civis ouvidos na seara judicial são pessoas idôneas, sem qualquer animosidade específica contra



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

o réu, não se poderá imaginar que venham mentir em Juízo, acusando pessoa que sabem ser inocente, razão pela qual seus relatos merecem credibilidade¹.

Assim, se verifica que a autoria atribuída ao acusado encontra amparo na palavra coerente dos policiais civis, que lograram êxito em apreender o entorpecente e razoável quantia em dinheiro, circunstância corroborada inclusive pelo auto de apreensão da fl. 112.

Em que pese a negativa de autoria apresentada pela defesa, não há dúvida de que Anderson, tinha drogas em depósito para venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, caracterizando-se, assim, o tipo penal do artigo 33, caput, da Lei de Drogas.

Ressalto que além dos entorpecentes, foi apreendida razoável quantia em dinheiro, circunstância que evidencia o tráfico de entorpecentes.

Amostras da droga apreendida foi analisada por peritos oficiais, constatando-se a presença do elemento proscrito e que efetivamente se trata de cocaína (fl. 265).

Registro, ainda, que não se exige sequer a flagrância do comércio para a configuração do crime de tráfico, sendo suficiente que os sujeitos sejam surpreendidos tendo consigo, guardando ou tendo em depósito a substância ilícita, e que os demais elementos e circunstâncias evidenciem a sua destinação mercantil.

Dessa forma, diante de todos os elementos colhidos ao longo da instrução, em especial pela forma da droga apreendida – 65 pinos de cocaína – tenho que restou demonstrado, com a segurança que se exige para a prolação de um decreto condenatório, que o réu praticou a conduta prevista no tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sendo inviável a absolvição.



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

Por fim, esclareço que o denunciado não faz jus à aplicação da minorante (artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006), uma vez que tal pressupõe o preenchimento de determinados requisitos, quais sejam: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não se dedicar às atividades criminosas; (d) não integrar organização criminosa.

Compulsando a certidão de antecedentes (fls. 123/124), constato que o réu registra uma sentença condenatória transitada em julgado depois da prática do fato objeto deste processo.

Assim, a conduta praticada pelo réu se amolda à prevista no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sendo imperiosa a condenação.

b) Resistência:

O Ministério Público imputa ao réu Anderson a prática do delito de resistência, assim descrito pelo Código Penal:

“Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.”

Cuida-se de crime formal, que visa a tutelar o princípio da autoridade e o prestígio da função pública, porquanto deve a lei assegurar o cumprimento das funções públicas punindo os agentes que entram ilegal e abusivamente a atividade estatal.

Sujeito ativo do crime é qualquer pessoa que se oponha à execução de ato legal, mediante violência ou grave ameaça, contra a pessoa do funcionário público ou a pessoa que o auxilia (tipo objetivo).



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

O dolo se consubstancia na vontade deliberada de se opor à execução do ato, adotando a conduta acima descrita (tipo subjetivo).

Pois bem, no caso em análise, em razão da prova colhida, tenho que restou demonstrada a configuração do delito.

De acordo com o depoimento da policial Terezinha, o réu resistiu à prisão desferindo socos e chutes contra os policiais, inclusive derrubou a policial por cima de uma cerca e tentou retirar a arma do outro policial (Maciel). Saliento que o simples ato de fugir não é apto para configurar o delito em apreço, sendo necessário que o agente use de violência ou grave ameaça contra a autoridade com o dolo específico de se opor à execução de ato legal.

No caso dos autos, a conduta do réu não ficou limitada à tentativa de fuga, na medida em que agrediu os policiais com a intenção de evitar a prisão. Em que pese o réu negue tal fato, o relato da policial civil Terezinha é claro neste sentido.

Após esta breve síntese, vê-se que caracterizado está o delito de resistência, não se podendo falar em mera tentativa de fuga, porquanto a conduta de agir com violência contra os policiais e inclusive tentar se apoderar da arma de um deles, tinha como objetivo evitar a prisão, sendo autônoma em relação aos demais delitos.

Assim, resta demonstrada a tipicidade do delito de resistência, nos termos do artigo 329, caput, do Código Penal.

(...).”

Como se pode observar, quanto aos delitos de **tráfico de drogas e resistência**, o conjunto probatório coligido demonstra claramente a sua prática, não



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

havendo qualquer possibilidade de absolvição por insuficiência probatória, como postula sua defesa.

O acusado Anderson nega a prática delitiva, afirmando que não residia naquele local. Por outro lado, contudo, os depoimentos prestados pelos agentes públicos **Eliezer, Camilo e Teresinha**, se mostram coesos e coerentes, afirmando que se deslocaram ao local em virtude da existência de informações de que Anderson, foragido do sistema prisional, poderia ser encontrado lá.

A policial civil **Teresinha**, fazendo-se passar por assistente social, localizou o réu e, em seguida, solicitou apoio aos colegas para a realização da abordagem. Nesse cenário, os policiais civis Eliezer e Camilo deram voz de prisão ao acusado Anderson, o qual teria resistido à ordem legal, entrando em luta corporal com os policiais, tentando desarmar Eliezer e derrubado Teresinha em cima de uma cerca.

Ato contínuo, os policiais realizaram buscas no interior do imóvel, onde se encontrava Jéssica e uma criança, tendo sido localizados os entorpecentes no interior de um roupeiro. Além disso, o corréu Alexandro foi capturado enquanto se escondia no pátio de uma casa vizinha, certamente por se encontrar também na condição de foragido do sistema prisional.

Deste modo, a versão sustentada pelo réu não se mostra crível frente aos harmônicos depoimentos dos policiais, não havendo a mínima demonstração de que tenham mentido sobre a conjuntura dos fatos ou acerca da autoria do delito, até porque nenhum elemento concreto existe nos autos a indicar que eles tivessem algum interesse em prejudicar o acusado.

Quanto à validade dos depoimentos prestados por policiais, destaco que o posicionamento consolidado deste Órgão Julgador aponta no sentido de que depoimentos trazidos por agentes públicos, quando coesos e contundentes, como no presente caso, se mostram suficientes para sustentar a condenação.



JACP

Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)

2021/CRIME

Sinala-se que o acusado ostenta outra ação penal em andamento pela prática de crime análogo (019/2.18.0001851-1), bem como que os policiais possuíam informações prévias acerca do tráfico exercido pelo corréu.

Ainda, ressalto que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se mostra necessário que o agente seja flagrado na prática de atos de comércio com a substância ilícita, bastando que incida em ao menos um dos verbos nucleares previstos no artigo 33, da Lei de Drogas. No presente feito, o acusado Anderson tinha em depósito e guardava ***sessenta e cinco pinos de cocaína, pesando aproximadamente 43g*** (quarenta e três gramas), quantidade e modo de acondicionamento compatíveis com a destinação comercial.

Desse modo, devidamente comprovado que o acusado incorreu nas sanções previstas no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não se fazendo presentes quaisquer excludentes da culpabilidade ou de ilicitude.

No tocante ao delito de **resistência** frente à abordagem dos policiais, tipificado no artigo 329 do Código Penal, constata-se que o réu Anderson, na tentativa de desvencilhar-se do flagrante, opôs-se indevidamente ao ato legal praticado pelos agentes públicos. Note-se que, consoante os relatos dos policiais, o acusado desferiu socos e chutes contra eles, além de tentar se apoderar da arma de um dos agentes e empurrar uma das agentes em cima de uma cerca. Não há que se falar que Anderson não sabia tratarem-se de policiais, na medida em que foi anunciado por esses quando da voz de prisão em flagrante.

Assim, mantenho a condenação do acusado, nos termos da sentença.

RECURSO MINISTERIAL

Quanto à pretensão ministerial, inobstante as judiciosas razões recursais, após a análise detida das provas disponíveis nos autos chego a entendimento idêntico ao adotado pelo sentenciante que, ao sopesar os elementos disponíveis no presente feito, concluiu pela ausência de certeza quanto à autoria do delito de tráfico por parte dos acusados **Alexsandro e Jéssica**.



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

Veja-se que inobstante haja demonstração da efetiva apreensão de ilícitos na residência de Anderson, companheiro da ré, insuficiente a prova disponível quanto à participação de Jéssica na empreitada delitiva.

A tese acusatória, de que a ré praticava o delito de tráfico de drogas junto ao seu companheiro, embasa-se, basicamente, no teor da ocorrência policial registrada pelo ex-companheiro de Jéssica, na qual afirma que ela postava fotos ostentando armas de fogo (fl. 51), bem como no fato de ela se encontrar na residência no momento do flagrante.

Ocorre que, como bem salientou a Julgadora de origem, ditas informações são as únicas existentes a embasar a tese de que Jéssica estaria envolvida com o narcotráfico, já que não houve campana no local, nem mesmo qualquer outro tipo de investigação.

Ainda que haja verossimilhança na tese acusatória, de que a ré efetivamente realizasse o comércio de entorpecentes em coautoria com o corréu Anderson, seu companheiro, há que se considerar que, no presente feito, não há comprovação, estreme de dúvidas, de sua participação, havendo a possibilidade de que Jéssica apenas residisse no local, não se podendo presumir, decerto, que todos os moradores de residência onde eventualmente se realize a mercancia de entorpecentes sejam coautores ou partícipes do crime.

Aliás, o próprio policial civil **Eliezer** refere em juízo que a ré pareceu sincera ao afirmar que a droga não lhe pertencia. Quanto ao corréu Alessandro, idêntica a conclusão. Tem-se que o acusado sequer estava na residência onde foram apreendidos os entorpecentes, tendo sido encontrado pelos policiais civis, de forma fortuita, escondido no pátio da casa vizinha, por encontrar-se foragido também.

Pelas razões expostas é que se apresenta, dados os limitados elementos disponibilizados nos autos, inviável delimitar a conduta dos réus Jéssica e Alessandro, restando, portanto, duvidosa a autoria delitiva.

Assim, considerando que, para a prolação de édito condenatório é exigido um juízo de certeza, o que não há nestes autos, persistindo dúvidas quanto à autoria do



JACP
Nº 70085112357 (Nº CNJ: 0024788-39.2021.8.21.7000)
2021/CRIME

delito denunciado, há que se prestigiar a sentença quanto à **absolvição dos réus Jéssica e Alexandro pelo crime de tráfico de drogas**, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, razão pela qual vai desprovido o pleito ministerial.

PENA

Em relação à pena imposta ao réu **Anderson** por incorrer nas sanções previstas ao crime de tráfico de drogas, tenho que nenhum reparo merece ser feito.

Isso porque, o aumento da pena basilar pelo tráfico em 06 (seis) meses, pela incidência de duas vetoriais desfavoráveis (maus antecedentes e culpabilidade), não pode ser dado como excessivo, mostrando-se, em verdade inferior ao *quantum* comumente adotado por esta Câmara. O acusado efetivamente ostenta maus antecedentes, uma vez que possui condenação transitada em julgado por fato anterior ao *sub judice*; ainda, as circunstâncias mostram-se desfavoráveis em virtude de que o acusado se encontrava foragido do sistema prisional quando da prática delitiva.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos apelos.

É o voto.

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.ª GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70085112357, Comarca de Novo Hamburgo: "NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. DECISÃO UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ANDREA HOCH CENNE

APELAÇÃO
CRIMINAL 5003754-
31.2019.8.21.0132

PODER JUDICIÁRIO

-----RS-----



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003754-31.2019.8.21.0132/RS**TIPO DE AÇÃO:** Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)**RELATORA:** DESEMBARGADORA ROSAURA MARQUES BORBA**APELANTE:** LUCIA DE SOUZA (ACUSADO)**APELADO:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)**RELATÓRIO**

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de **LÚCIA DE SOUZA**, dando-a como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, pela prática do seguinte fato delituoso:

FATO DELITUOSO: TRÁFICO DE DROGAS

No dia 06 de agosto de 2019, por volta das 11h, na Rua Lagoa Santa, nº 373, em Sapiranga, RS, a denunciada Lucia de Souza tinha em depósito e guardava, para venda, 55 (cinquenta e cinco) porções de "crack", pesando aproximadamente 18,3 gramas, 01 (uma) porção grande de "crack", pesando aproximadamente 69,6 gramas, e 25 (vinte e cinco) porções de cannabis sativa, pesando aproximadamente 80 gramas, substância que contém tetrahydrocannabinol (THC), vulgarmente conhecida como maconha, substância entorpecente constantes da relação de produtos e substâncias entorpecentes e psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, conforme Portaria n.º 344/98 da SYS/MS, que causa dependência física e psíquica, conforme laudos de constatação da natureza das substâncias (fls. 41 e 42 do IP), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva da ré, pleito que, após manifestação favorável do Ministério Público, foi acolhido pelo Juízo em 19 de agosto de 2019.

Notificada, por defesa constituída, a ré apresentou defesa prévia, arrolando duas testemunhas.

A denúncia foi recebida em 13 de dezembro de 2019.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença, publicada em 21 de setembro de 2020, julgando **procedente a denúncia para condenar a ré Lúcia de Souza**, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, às penas de seis (6) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa de quinhentos (500) dias-multa, à razão unitária mínima, negando-lhe a possibilidade de recorrer em liberdade.

Inconformada, a defesa apelou. Em suas razões, a ré postula sua absolvição em face da nulidade da prova, uma vez que oriunda de violação de domicílio e, alternativamente, pugna pela redução do quantum da reincidência, pois não específica, bem como pela fixação de regime mais brando e, por fim, pela revogação de sua prisão preventiva.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (evento 25).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pela defesa em face da sentença proferida pela Vara Judicial da Comarca de Sapiranga, que julgou procedente a ação penal, a fim de condenar a ré na sanção do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo nacional.

Em sede liminar, a defesa sustenta a ilicitude da prova produzida, pois houve violação domiciliar sem a expedição de mandado de busca e apreensão, a caracterizar prova ilícita.

Sem razão.

O crime de tráfico de drogas é permanente, sendo que em casos de flagrante não há que se falar em invasão de domicílio pela ausência de determinação judicial prévia, conforme se infere da redação da garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal, que dispõe: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." Assim, em que pese não desconheça a existência de crítica doutrinária a respeito do tema, permanece íntegro o entendimento perante as Cortes Superiores acerca do caráter permanente do crime de tráfico de drogas, sendo, por tal razão, relativizado o mandamento preconizado pelo art. 5º, inc. XI, da Carta Magna.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes do e. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REGIME PRISIONAL GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1637287/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017).”

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. No que tange à ilicitude da prova em face da invasão de domicílio, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. Precedentes. 2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 365.020/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016).”

Importante destacar que a matéria foi abordada em sede de recurso representativo da controvérsia, oportunidade em que o STF assentou o entendimento sobre a possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, desde que amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, indicativas que a ação policial ocorreu em hipótese de flagrante delito, como é o caso dos autos, senão vejamos:

“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. **Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.** Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).” (-grifei).

Na hipótese retratada nos autos, o ingresso dos policiais posteriormente foi justificado pela apreensão do material tóxico, restando configurada, portanto, a exceção constitucional descrita, face a situação de flagrante delito ocorrida.

Ademais, se tratando de mérito, entendo como plenamente comprovada tanto a **materialidade**, quanto a **autoria** do delito narrado na exordial, por meio do Boletim de Ocorrência Policial nº 7387/2019/100942 (fls. 01/08), auto de apreensão (fls. 13/14), Laudos de Constatação de Natureza das Substâncias (fls. 41/42), Termos de extração de amostra de tóxico (fls. 45/47), Laudo Pericial nº 127090/2019 (fl. 199), Laudo Pericial nº 127063/2019 (fl. 222) e Laudo Pericial nº 127090/2019 (fl. 223), bem como pela prova oral colhida durante a instrução processual.

A fim de evitar tautologia, transcrevo o sumariado da prova oral utilizado pelo Juízo sentenciante:

A testemunha SADI DOS SANTOS AMADO, policial militar, disse que durante patrulhamento no bairro São Luiz, ao passarem na frente da casa da ré, a visualizaram sentada em baixo de uma árvore tomando chimarrão, sabedores da existência de mandado de prisão em seu desfavor, razão pela qual procederam sua abordagem. Entretanto ela correu para dentro de casa, sendo alcançada e, durante as buscas na casa foram localizados entorpecentes, consistente em maconha e crack, alguns fracionados e outros não, bem como localizado dinheiro em vários cômodos da casa. Questionado pelo Ministério Público, respondeu que pessoal mente encontrou uma quantidade de dinheiro que estava debaixo de uma toalha na cozinha, enquanto que seu colega de guarnição achou a droga em um quarto. Confirmou que o dinheiro era fracionado. Relatou que seu colega, comandante de serviço do dia, de nome Jorge Pereira, lhe mostrou a droga localizada, sendo que era crack e maconha. Questionado se a acusada era conhecida pelo tráfico, respondeu que sim e enfatizou que a ré é conhecida pelo apelido "lebrinha". Questionado se a ré alegou alguma coisa no momento da abordagem, respondeu que ela alegou que o dinheiro era fruto da venda de roupas. Questionado pela defesa, respondeu que além do seu colega Jorge Pereira, também participaram da ocorrência o pessoal da investigação, quais sejam o soldado Santana e a Soldado Ferri. Esclareceu que João Vicente foi indicado como testemunha porque a delegacia necessita de um terceiro. Questionado sobre o cômodo que a droga foi localizada, disse que foi em um quarto, não sabendo se era o dela, pois foi seu colega que encontrou e trouxe. Disse não saber precisar a quantia exata de dinheiro apreendido, mas afirmou que era dinheiro fracionado. Sobre as quantidades de drogas, respondeu que tinha uma pedra de crack, e mais uma quantidade fracionada de droga e uma quantidade fracionada de maconha, não recordando as quantidades. Afirmou que além das drogas, foi apreendida uma balança de precisão, cartões de propriedade da ré e um canivete. Questionado sobre o tempo que perdurou a ação, respondeu que entre a abordagem, as buscas dentro e fora da residência, perduraram cerca de uma hora e meia, duas horas. Questionado pela defesa sobre o motivo de os policiais, após saírem da casa de Lúcia, terem permanecido cerca de trinta minutos na rua de trás da residência, disse não saber.

A testemunha JOÃO VICENTE HEIL BARBOSA, policial militar, disse não lembrar da sua participação na ocorrência policial. Afirmou conhecer a ré, presente na audiência. Questionado pelo Ministério Público, respondeu que no dia estava no quartel e recorda da ocorrência, apesar de não lembrar de sua participação. Sabe que era ocorrência de tráfico. Questionada se a ré era conhecida da polícia, respondeu que sim, e que tem um apelido de "lebrinha". Confirmou que a assinatura de fl. 17 é sua. Questionado pela defesa, respondeu que como pega bastante ocorrência de tráfico não recorda de sua participação. Manifestou que possivelmente tenha participado, entretanto não recorda da ocorrência. Não recorda a quantidade de drogas ou quem participou da prisão pois não lembra da ocorrência.

A testemunha ANGÉLICA RAMONE FAZENDA DOS SANTOS afirmou não conhecer a acusada. Disse que estava na rua de baixo da Rua Lagoa Santana. Disse que quando foi levar seu serviço para a moça que trabalha, viu populares parados, e por curiosidade também foi olhar. Nesse momento viu que um senhor desceu e foi conversar com um moço que estava em um carro prata. Logo após desceu uma moça loira e um policial fardado. Questionada pela defesa, respondeu que o policial que chegou na rua de baixo não estava fardado. Sobre os demais, respondeu que só um policial estava fardado, pois a moça não estava fardada. Instada a relatar o que viu acontecer com esses tres policiais, respondeu que quando estava parada, esse moço foi conversar por cerca de dez a quinze minutos com o moço do carro, que também não sabe quem é. Destacou que era um carro comum, e que não sabe dizer qual é. Nesse momento, esse moço entregou um pacote para ele. Afirmou que nisso veio esse policial fardado e essa moça, e daí ele alcançou pro policial, e ele pôs dentro da farda (gesticulou levando a mão ao peito e colocando-a dentro da blusa). Depois disso subiram, sendo que subiu "o moço" primeiro, enquanto o policial fardado e "a moça" ficaram parados, e deram "um ar de riso". Cerca de cinco a dez minutos "subiram atrás". Afirmou que cerca de dez a quinze minutos após, o policial recolheu a viatura que estava de "bico" da rua de cima para a peça de baixo da "faxinha" na qual estava. Questionada pelo Ministério Público, respondeu que o fato de haver bastante populares na rua chamou sua atenção razão pela qual também foi olhar o que havia ocorrido. Manifestou acreditar que eles estivessem ali há tempo, pois tinha bastante gente na rua. Não viu os indivíduos saírem de dentro do carro, só quando estaVõlm na rua, na esquina. Disse que eles estavam há uma certa distância, mas não muito. Soube que levaram a moça da casa, mas os populares não disseram o motivo. Questionada pela magistrada sobre como foi localizada pela defesa, respondeu que como mora na rua Lagoa Santa, e perguntaram aos moradores se alguém teria visto alguma coisa, achou que não faria mal algum contar o que viu quando estava entregando o serviço. Disse que o serviço que trabalha é manual, consistente em enfiadinho, flores, enfeites e trabalha para a moça que mora na rua Walter Bruno Klein. No momento dos fatos estava indo entregar seu serviço e achou estranha a atitude da polícia, pois no caso ele pegou o pacote e pegou outro pra pôr na farda. Questionada sobre o tamanho do pacote, respondeu que "ele pôs assim" (gesticulou levando a mão ao peito e colocando-a dentro da blusa) e afirmou que não era um pacote muito grande. O pacote era consistente em um saco e tinha uma cor clara e cabia na farda, sendo que "pôs pra dentro" fazendo esse movimento (gesticulou levando a mão ao peito e colocando-a dentro da blusa) e saíram com as mãos (gesticulou sacudindo as mãos). Esclareceu que o moço do carro primeiro entregou o pacote, retornou, e esse policial fardado e a moça ficaram uns minutos e logo subiram atrás, na rua de cima. Nega que tenha visto um vídeo e não sabe da existência de um vídeo. Disse que na rua havia mais pessoas na rua. O fato foi feito de forma aberta e exposta, e havia cerca de dez pessoas paradas na esquina olhando.

A testemunha JORGE PEREIRA, afirmou que atualmente é bombeiro militar. Questionado sobre os fatos, respondeu que na ocasião estava em patrulhamento com seu colega no bairro onde residia a ré, sendo que já tinham conhecimento da existência de um mandado de prisão em desfavor da Lúcia. Ao passar em frente a residência dela a visualizaram, sendo que no momento que desembarcaram para tentar contato com ela, ela correu para dentro de casa. Afirmou que ela estava no pátio da residência, tomando chimarrão, salvo engano. Esclareceu que no momento que ela correu para dentro de casa, deram voz de prisão para ela, e ela não obedeceu e continuou a fuga, ao que entraram dentro da casa, e a localizaram dentro do seu quarto. Afirmou que próximo a ela estava uma caixa de sapato contendo entorpecente e dinheiro, que foram apreendidos. Questionado pelo Ministério Público, respondeu que a reação da ré, antes de localizarem a droga, era pedir pela apresentação do mandado, tendo então apresentado o mandado de prisão virtual. Esclareceu que após a localização dos entorpecentes, a ré ficou sem reação, pois não adiantava negar, eis que estava ali. Afirmou que posteriormente “caiu a ficha” dela, e admitiu que a droga era sua. Esclareceu que foram apreendidos dois tipos de drogas — crack e maconha, em porções fracionadas e quantidade relativa de dinheiro trocado, somando quase mil reais, o que, com base na sua experiência policial, caracterizava bem o delito de tráfico de drogas. Questionado pela defesa, respondeu que passou despercebido o fato de não ter relatado na fase policial que a ré referiu que a droga era dela. Confirmou que estava em patrulhamento com o Sargento Sadi. Questionado sobre a afirmação policial de que estava em companhia do policial João Vicente, esclareceu que ele foi somente testemunha de apresentação. Sobre a afirmação de que no momento da deram voz de prisão para Lúcia, respondeu que o motivo era a existência de um mandado de prisão. Questionado sobre o local que identificou referido mandado de prisão, esclarece que verificou através dos dados do CNH. Disse que a consulta é feita através de um sistema que o CNH disponibiliza em que constam todos os mandados de prisão ativos. Afirmou que trabalhou por treze anos na Brigada Militar. Instado a esclarecer sobre a atualização do sistema de dados, em razão de o mandado de prisão já ter sido baixado, declarou que esse sistema não é da Brigada e sim do CNH, possuindo uma atualização, enfatizando que os policiais nunca levam por base somente o mandado, mas também outros movimentos, como verificar se o apenado já não cumpriu aquele mandado, de modo que, no caso da Lúcia, nada constava no sentido de que o mandado era inválido ou que já havia sido baixado. Afirmou que não havia nenhuma suspeita sobre a invalidade. Questionado sobre quem eram os policiais participantes da prisão da ré no dia, disse que logo após ser dada a voz de prisão, aproximaram-se outros dois policiais da inteligência da Brigada Militar. Afirmou que sua guarnição chegou primeiro. O nome dos policiais da inteligência “eram o soldado Santana e a soldado feminina Ferri”. Respondeu que a droga foi localizada em uma caixa de sapato, dentro do quarto onde a acusada foi localizada, estando a caixa bem próxima a ela, não se recordando com exatidão se estava no chão ou sobre a cama. Manifestou não saber se ela estava com a droga e aproveitou o momento para dispensar, apenas lembrando que estava bem próximo a ela, no quarto. Questionado acerca da quantidade de drogas, respondeu que tinha UMI3 pedra de crack bem grande, em torno de cinquenta a cem gramas, a qual rende muitas outras pedras, além de outras cinquenta ou setenta pedras de crack embaladas prontas para venda e umas vinte e poucas porções de maconha além da balança de precisão. Questionado sobre a quantidade de prisões efetuadas por mês, respondeu não saber precisar, mas em seu tempo de soldado chegava a efetuar cerca de vinte prisões. Esclarecido sobre o fato de que toda a abordagem ocorrida no dia foi filmada e que na gravação aparece que a brigada chegou após a inteligência e quem ingressou na casa foi o pessoal da inteligência, além de mostrar os policiais militares saindo da residência em determinado momento e fazendo o entorno da quadra, indo para a rua de trás, questionando o motivo, respondeu que havia a suspeita de que pudesse ter na residência outras pessoas, razão pela qual fizeram uma vasculhada geral. Confirmou que saíram da casa, foram até a viatura, após voltaram para a casa, de modo que não ficaram todo o tempo dentro da casa. Questionado sobre se no momento que deslocaram para a rua de trás se encontraram com algum colega policial, respondeu que não.

A testemunha referida SOLANO SANTANA, policial militar, questionado pelo Ministério Público, respondeu recordar da abordagem ocorrida na data dos fatos. Narrou que a guarnição do policiamento ostensivo pediu apoio para abordagem de ocorrência à senhora, sabendo que tinha um mandado de prisão contra ela, e sabia-se que ela tinha envolvimento com tráfico. Após ser dada voz de prisão, se aproximaram, sendo que na residência foram encontradas drogas, balança de precisão e dinheiro. Certificada a existência de um mandado de prisão, ela foi conduzida à delegacia. Afirmou que após a localização da droga, a ré admitiu que era dela. Questionado pela defesa, respondeu que trabalha na inteligência da brigada e prestou apoio na ocasião. Afirmou que chegaram quase simultaneamente pois estavam bem próximos do local, sendo que chegaram em apoio junto com eles. Disse que foram os policiais do policiamento ostensivo, composta por Jorge Pereira e por Sadi, que efetuarão a prisão de Lúcia. Confirmou que Lúcia foi conduzida à delegacia no interior da viatura da brigada, adesivada. Ao que se recorda, consigo participaram da ocorrência a Ferri, o sargento Pereira e o sargento Sadi. Afirmou que o pessoal da inteligência somente presta apoio e quem apresenta a ocorrência na delegacia é o policiamento ostensivo. Esclarecido sobre o fato de que existiam câmeras de vigilância em torno da residência de Lúcia, na qual aparecem os policiais saindo da casa e se dirigindo até a rua de trás, questionado o motivo, respondeu que foram procurar nos pátios vizinhos e nos terrenos baldios que tinha nos fundos para verificar se não havia sido dispensado algo entorpecente e algo ilícito. Afirmou que na volta da casa onde tinha acesso e onde ela poderia ter dispensado olharam. Questionado especificamente sobre o local que foi encontrada a droga, respondeu acreditar que foi no quarto dentro da residência. Sobre a quantidade de drogas encontradas, respondeu que foram cinquenta e poucas pedras fracionadas, vinte e poucas porções de maconha, uma pedra grande de quantidade que não estava fracionada e uma balança de precisão. Sobre a quantia em dinheiro, respondeu não recordar exatamente, mas acredita que era em torno de oitocentos reais. Questionado sobre o motivo de terem efetuado a abordagem na casa da Lúcia, respondeu que era porque tinha um mandado em aberto no sistema, e como os colegas a visualizaram na casa, efetuarão a abordagem. Afirmou que o mandado constava no Tribunal de Justiça, aguardando cumprimento. Questionado se posteriormente foi efetuada a verificação da validade do mandado, respondeu que ele foi impresso e mandado junto para a delegacia, e que constava aguardando cumprimento. Confirmou que apresentaram o mandado impresso.

A testemunha referida LUISA HELENA FERRI, policial militar, questionada pelo Ministério Público, disse recordar de ter participado da prisão de Lúcia de Souza. Afirmou que a ocorrência foi com outros policiais e que foi em apoio com um colega nessa ocorrência. Relatou que estava nas imediações do bairro São Luis, e quando eles foram efetuar a abordagem chegaram praticamente junto com eles, e na casa havia drogas. Relatou que estavam nas imediações do bairro, momento que os colegas do patrulhamento foi abordar, ao que chegaram junto para auxiliar nessa abordagem. A princípio a senhora Lúcia tinha um mandado em aberto pelo CNH ao que foram em auxílio, pois em princípio ela teria corrido para dentro da residência, e estavam junto auxiliando nessa abordagem a ela. Disse que no local foram encontradas drogas, uma balança, dinheiro fracionado. Acredita que era maconha e crack. Ao que se recorda, os “guris” encontraram a droga no quarto, dentro de uma caixa de sapato. No momento estavam o sargento Sadi, o sargento J. Pereira e seu colega Solano Santana. Questionada sobre a reação da acusada, respondeu que em relação ao mandado, ela pediu que fosse apresentado, e então foi apresentada a versão virtual. Sobre as drogas, afirmou que a

acusada deu a entender que eram dela, pois estavam no quarto dela. Referiu que ela já tem outros históricos. Questionada pela defesa, confirmou que participou em apoio à prisão de Lúcia e que chegaram praticamente juntos, após os colegas lhes informarem no rádio que ela teria fugido, chegaram junto. Esclareceu que após seus colegas visualizarem ela, e perceberem que ela fugiu para dentro da residência, eles passaram um rádio, e como escutaram chegaram em apoio, praticamente juntos. Esclareceu que tinham conhecimento de que Lúcia possuía um mandado em aberto e como estavam nas proximidades, apoiaram nessa abordagem. Sobre tempo, manifestou acreditar que os policiais da guarnição chegaram primeiro, mas, que chegaram praticamente juntos. Ao que se recorda, acredita que foi o sargento Sadi e o "j", que ingressaram primeiro na casa. Não sabe se Lúcia franqueou a entrada à residência ou se ela correu, pois estava mais pra trás. Manifestou não recordar se as portas estavam abertas ou se o portão estava aberto. Questionada sobre a participação de João Vicente na ocorrência, manifestou não recordar da participação dele na prisão, e acredita que ele tenha sido testemunha de alguma coisa. Informada sobre a existência de filmagens do momento da ocorrência, e sobre a imagem mostrando os policiais se dirigindo à rua de trás, respondeu que o pessoal foi verificar se não tinha nada nas imediações. Retificou dizendo que foram verificar se não havia nada nas imediações. Esclareceu que imediações é ao redor da casa e atrás. Questionada sobre o motivo de não terem efetuado buscas nas casas vizinhas da direita e da esquerda, e somente da casa dos fundos, respondeu que ela correu para a direção, e efetuaram buscas gerais atrás e na lateral. Ao que se recorda, se sua parte as buscas foram bem rapidamente. Não recorda exatamente, mas acredita que o mandado foi apresentado na forma virtual pelo seu colega Solano. afirmou que o mandado constava em aberto. Questionado o procedimento de confirmação do mandado, respondeu que é informar para a sala de operações para que confirmem se consta em aberto no sistema, e após é encaminhado para delegacia. Manifestou acreditar que tenha sido verificado que estava em aberto e afirmou que o procedimento geralmente é feito. Disse não saber dizer quem ficou com Lúcia quando de sua saída da casa, mas afirma que saiu por poucos momentos. Ao que sabe o condutor da ocorrência foi o sargento Jorge Pereira e o sargento Sadi e acredita que o deslocamento também foi feito por eles, primeiramente ao posto e após a delegacia. Ao que se recorda, ela foi conduzida na viatura da brigada. Sobre a quantidade de droga apreendida, disse que tinha algumas porções de maconha, algumas de crack, e uma pedra maior. Quantidades de pedras fracionadas não recorda. Recorda que foi apreendido um valor em dinheiro mas não recorda a quantidade.

A ré LÚCIA DE SOUZA, durante seu interrogatório, disse que estava esperando sua amiga, que viria ver as roupas que estava vendendo, momento que saiu da porta visualizou um carro prata parado na frente de sua casa, tendo desembarcado o policial Santana, afirmando que estava como foragida, ao que respondeu que não. afirmou que então eles queriam entrar, ao que fechou a porta e entrou, momento que parou e pensou, abriu o portão e falou que não estava foragida. Nisso disse que não abriria a porta e o policial falou que pegaria um pé de cabra, então para que não estragassem a porta, abriu a porta e deixou eles entrarem. Relatou que a colocaram sentada e procederam a revista na sua casa, não lhe apresentando nenhum mandado. Aduziu que depois apresentaram no telefone, mas não a deixaram ler. Disse que revistaram sua casa, mas não tinha nada, pois se tivesse alguma coisa não os deixaria entrar e teria fugido pelos fundos. Reiterou que revistaram sua casa, e então o Santana saiu, foi chamar a moça que estava junto, e então foram para fora de casa, enquanto permaneceu dentro de casa. Nesse momento Sadi ficou junto, fez piadinhas passou a mão em seu cabelo, passou a mão em eu rosto, passou a mão em sua blusa, passou a mão em sua bunda, momento que questionou se ele estava bêbado, ao que ele disse que não e só sairia pra beber se fosse com ele. Iúe então passou um tempo, os demais voltaram rindo, e então Jorge chegou, botou um pacote em cima da mesa, dizendo que era droga, e que seria sua, ao que respondeu que não era, pois haviam revistado toda a casa e não havia nada. Que então tiraram o tênis de dentro da caixinha, que estava em cima do sofá e largara, a droga ali. Disse que a droga não era sua, pois caso tivesse drogas, não deixaria que entrassem, mas sairia correndo. afirmou que já conhecia os policiais Jorge, Santana e Sadi de outras abordagens, mas a moça nunca tinha visto. Questionada pela defesa, respondeu que a casa que residia era alugada. afirmou que os policiais disseram que caso não abrisse a casa, eles quebrariam a porta. Declarou que abriu a porta pois não estava foragida e não tinha o porque deixar eles quebrar a porta que teria que pagar depois se não estava fazendo nada. Manifestou que se estivesse foragida não sairia mas foi fazer o documento de seu guri e foi arrumar seu título e caso tivesse foragida a teriam pego ali. Declarou que ia trabalhar na lavagem inclusive. Confirmou que acompanhou seu filho para fazer sua documentação e tentou arrumar seu título, mas não conseguiu pois tinha passagem pela polícia. Disse que na época vendia roupas e tinha uma lavagem. Sobre a situação havida com Sadi anteriormente referida, disse que relatou o fato na delegacia. Disse que foi presa no dia seis e no dia oito estava na rua. Tal prisão foi por causa do mandado. Disse que posteriormente a brigada retornou à sua casa para lhe prender por este fato, e eram dois policiais, sendo que Santana chegou com papéis na mão. Disse que nessa segunda situação os policiais foram super educados, sendo que somente Santana falou: "viu que voltei te buscar". Questionada especificamente se quisesse ter fugido, teria uma rota de fuga para os fundos. Confirmou que nos fundos o terreno é mais baixo. Sobre o tempo que ficaram revirando a casa, respondeu que foi por cerca de quarenta minutos "pra mais". afirmou que a droga lhe foi apresentada após voltarem da rua.

Observa-se que o relato do agente policiais, em juízo, foi uníssono e convergente com as declarações prestadas na fase policial, quando afirmaram que avistaram a ré e se dirigiram para cumprir um mandado de prisão pendente no sistema.

A defesa alega que os policiais compareceram por acaso à residência da ré. Contudo, cabe referir que conforme se depreende dos e-mails de fls. 143/143-v e da decisão de fl. 144, o mandado de prisão referido pelos policiais como pendente, havia sido expedido no sistema BNMP por ordem exarada nos autos do processo 132/2160003464-6, o qual foi remetido para a 17ª Vara Criminal do Foro Central, e lá foi revogada a ordem de prisão, entretanto, não houve a baixa do mandado no sistema do CNH, razão pela qual houve a controvérsia.

Ademais, os policiais referem que, inicialmente, a guarnição de policiamento ostensivo, ciente da existência de um mandado de prisão em aberto, avistou Lúcia no pátio que, ao ver a polícia, fugiu para o interior da casa, momento que pediram reforços via rádio, ao que compareceu em apoio, a viatura discreta da inteligência da polícia militar, para que em conjunto cumprissem o mandado de prisão constante no sistema informatizado.

Durante a abordagem, foram apreendidos 55 pedras de crack, 25 unidades de substância esverdeada, embaladas em papel "insufilm", similar a maconha; 55 unidades de substância amarelada, embaladas em papel "insufilm", similar a crack; um saco contendo substância amarela, similar a crack, com peso de 69,6 gramas, um

canivete, uma balança de precisão, além de dinheiro fracionado, conforme o Auto de Apreensão (fls. 13/14).

Submetidos os materiais à perícia, constatou-se a presença de TETRAHIDROCANNABINOL (THC), substância presente na planta Cannabis sativa L, conhecida como maconha, além da constatação da presença de alcaloide COCAÍNA, substância psicoativa presente em drogas conhecidas como “crack”, “merla”, “cocaína” e “oxi”, o que é apto a comprovar a materialidade do crime.

Válida, portanto, a prova constituída pelos agentes públicos.

Sabe-se que o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico de drogas e o temor de represálias, fazem com que os policiais e agentes públicos de segurança, em grande parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Nesse norte, impossível não se aferir, da coerência e unicidade dos testemunhos dos agentes estatais, a veracidade da versão por ele apresentada. Tais declarações, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso, já que não existem circunstâncias que afastem a eficácia probatória dos seus depoimentos, sendo necessário o reconhecimento de sua força probante.

Sobre tal entendimento no sentido de recepcionar a validade dos depoimentos dos policiais como meio de prova, já me manifestei em oportunidade anterior:

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. OPERAÇÃO ARMAGEDON. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. DESCABIDA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO E PENA FIXADA NA ORIGEM. **Necessário enfatizar que os testemunhos policiais, aqui compreendidos como os relatos dos agentes públicos envolvidos diretamente na investigação policial e infiltração, afigura-se em prova de reconhecida idoneidade, não se revelando, de forma automática e tão somente em virtude do desempenho de seu múnus público, em hipótese de suspeição ou impedimento, capaz de colocar em dúvida o compromisso dos agentes com a verdade. [...] À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS.** (Apelação Crime nº 70074486085, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 22/02/2018). [Grifei]*

Sem olvidar que o artigo 33, da Lei nº 11.343/06, possui diversos verbos nucleares, razão pela qual o fato de o apelante ‘guardar’ ou ‘ter em depósito’ o material estupefaciente apreendido, já é suficiente para caracterizar o delito de tráfico, uma vez que as circunstâncias da prisão em flagrante indicam que a destinação da droga era comercial.

Sobre o ponto, colaciono julgados desta e. Câmara:

*CRIMES DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO (ARTIGOS 33 E 35, CAPUT, C/C ARTIGO 40, INCISO VI, TODOS DA LEI Nº 11.343/06, NA FORMA DO ARTIGO 69, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. (...) **Aliás, cabe destacar que, para a configuração do tráfico de drogas, é necessário que o agente incida ao menos em um dos verbos nucleares do tipo, não precisando ser flagrado na prática de atos de comércio com a droga, verbos estes que estão previstos no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06. (...)** (Apelação Crime nº 70075861062, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 08/03/2018) [Grifei]*

*APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUINZE RÉUS. CONDENAÇÃO DE CINCO DELES. INSURGÊNCIAS DEFENSIVAS. (...) **De salientar que o crime de tráfico de drogas, por ser permanente e de ação múltipla, já estava consumado pela prática dos outros verbos nucleares do tipo penal que encerram condutas anteriores ao ato de mercancia. (...)** (Apelação Crime nº 70073371825, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 13/07/2017) [Grifei]*

Salienta-se que, para o fim de determinar se a droga apreendida tem como destino a cessão a terceiros ou o consumo próprio, deve-se atentar para a natureza e a quantidade das substâncias, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais e os antecedentes dos agentes (art. 28, §2º, da Lei n. 11.343/06).

Em resumo, é necessário realizar uma análise interligada da prova material, circunstâncias fáticas e pessoais do processado, a fim de que seja identificada a preponderância de elementos que apontem para um contexto de tráfico ou posse para uso. A conclusão no sentido de uma (art. 33 da Lei n. 11.343/06) ou outra figura criminosa (art. 28 da Lei n. 11.343/06) não deve se fundar em avaliações isoladas sobre esses elementos.

Tais elementos permitem concluir pela manutenção da condenação da ré pelo crime de tráfico de drogas.

Passo à análise dos pleitos subsidiários.

Na primeira fase dosimétrica a pena-base fora aplicada em 05 (cinco) anos, na qual, verificada a reincidência, a juíza a quo decidiu, consoante a lei, valorá-la na segunda fase da dosimetria.

Na segunda etapa, a defesa insurge-se contra a aplicação da agravante de reincidência, alegando que no processo em que existe a condenação, teria sido reconhecido o tráfico privilegiado.

No entanto, entendo que adequadamente reconhecida, não podendo olvidar que o seu reconhecimento constitui matéria obrigatória no cálculo de dosimetria penal (artigo 61, inciso I, do Código Penal). A exasperação da pena foi fundamentada em razão da condenação transitada em julgado (processo nº 132/2.16.0000920-0), a qual não impede a valoração, visto que resta demonstrado envolvimento habitual e profissional da acusada com a traficância. Por essa razão, mantenho a exasperação da pena dado a reincidência. Importante consignar que o quantum mostra-se justo.

Desse modo, mantenho íntegra a pena aplicada na origem, visto que devidamente aplicada e fundamentada pelo juízo singular.

Ademais, diante do quantum de pena estabelecido, bem como da reincidência, inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, em observância ao artigo 33, §2º, "a", do Código Penal.

Por fim, em relação ao pleito de revogação da prisão preventiva, como já fundamentado na sentença, persistem os fundamentos que embasaram a segregação cautelar, especialmente a garantia da ordem pública, considerando o risco de reiteração criminosa pela ré, que apresenta recalcitrância nas práticas delitivas, como referido acima.

Frente ao exposto, **voto por negar provimento ao recurso defensivo.**

Documento assinado eletronicamente por **ROSAURA MARQUES BORBA, Desembargadora Relatora**, em 13/7/2021, às 14:58:54, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000906530v14** e o código CRC **8e683dab**.

Informações adicionais da assinatura:
 Signatário (a): ROSAURA MARQUES BORBA
 Data e Hora: 13/7/2021, às 14:58:54



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003754-31.2019.8.21.0132/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSAURA MARQUES BORBA

APELANTE: LUCIA DE SOUZA (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AFASTADA. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. REGIME FECHADO. MANTIDO. PRISÃO PREVENTIVA.

PRELIMINAR: Em casos de flagrante, não há que se falar em nulidade do feito por ilicitude da prova produzida, sob argumento de ausência de mandado judicial de busca e apreensão no domicílio, uma vez que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, excepciona o ingresso em residência aos policiais que, posteriormente, justifiquem que tal ato decorreu de flagrante delito, o que ocorreu no presente caso. **MÉRITO:** Não há que se falar em reforma da sentença, eis que devidamente comprovadas tanto a materialidade quanto a autoria do delito de tráfico de drogas através do boletim de ocorrência policial, auto de prisão em flagrante, auto de apreensão, laudos periciais, bem como pela prova oral carreada ao feito, mais precisamente, nos testemunhos prestados pelos policiais militares que participaram de toda ocorrência. Observa-se que o relato do agente policiais, em juízo, foi uníssono e convergente com as declarações prestadas na fase policial, quando afirmaram que avistaram a ré e se dirigiram para cumprir um mandado de prisão pendente no sistema. A defesa alega que os policiais

compareceram por acaso à residência da ré. Contudo, cabe referir que conforme se depreende dos e-mails de fls. 143/143-v e da decisão de fl. 144, o mandado de prisão referido pelos policiais como pendente, havia sido expedido no sistema BNMP por ordem exarada nos autos do processo 132/2160003464-6, o qual foi remetido para a 17ª Vara Criminal do Foro Central, e lá foi revogada a ordem de prisão, entretanto, não houve a baixa do mandado no sistema do CNH, razão pela qual houve a controvérsia. Ademais, os policiais referem que, inicialmente, a guarnição de policiamento ostensivo, ciente da existência de um mandado de prisão em aberto, avistou Lúcia no pátio que, ao ver a polícia, fugiu para o interior da casa, momento que pediram reforços via rádio, ao que compareceu em apoio, a viatura discreta da inteligência da polícia militar, para que em conjunto cumprissem o mandado de prisão constante no sistema informatizado. Durante a abordagem, apreenderam 55 pedras de crack, 25 unidades de substância esverdeada, embaladas em papel "insufilm", similar a maconha; 55 unidades de substância amarelada, embaladas em papel "insufilm", similar a crack; um saco contendo substância amarela, similar a crack, com peso de 69,6 gramas, um canivete, uma balança de precisão, além de dinheiro fracionado, conforme o Auto de Apreensão (fls. 13/14).

APENAMENTO: Entendo que adequadamente reconhecida A aplicação da agravante de reincidência, não podendo olvidar que o seu reconhecimento constitui matéria obrigatória no cálculo de dosimetria penal (artigo 61, inciso I, do Código Penal). A exasperação da pena foi fundamentada em razão da condenação transitada em julgado (processo nº 132/2.16.0000920-0), a qual não impede a valoração, mesmo tendo sido reconhecido o tráfico privilegiado, visto que resta demonstrado envolvimento habitual e profissional da acusada com a traficância. Por essa razão, mantenho a exasperação da pena dado a reincidência, cujo quantum mostra-se adequado. Diante do quantum de pena estabelecido, bem como da reincidência, inviável a alteração do regime inicial de cumprimento de pena, em observância ao artigo 33, §2º, "a", do Código Penal. Em relação ao pleito de revogação da prisão preventiva, como já fundamentado na sentença, persistem os fundamentos que embasaram a segregação cautelar, especialmente a garantia da ordem pública, considerando o risco de reiteração criminosa pela ré, que apresenta recalitrância nas práticas delitivas, como referido acima.

RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de agosto de 2021.

Documento assinado eletronicamente por **ROSAURA MARQUES BORBA, Desembargadora Relatora para o Acórdão**, em 27/8/2021, às 16:54:48, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000906531v5** e o código CRC **a9d1782f**.

Informações adicionais da assinatura:
 Signatário (a): ROSAURA MARQUES BORBA
 Data e Hora: 27/8/2021, às 16:54:48



Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 23/08/2021

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5003754-31.2019.8.21.0132/RS

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSAURA MARQUES BORBA

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR JOSE ANTONIO CIDADE PITREZ

PROCURADOR(A): EDUARDO BERNSTEIN IRIART

APELANTE: LUCIA DE SOUZA (ACUSADO)
ADVOGADO: RAFAEL GUERREIRO NORONHA (OAB RS091165)
ADVOGADO: PABLO RICARDO ABOAL CUNA (OAB RS091173)
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual do dia 23/08/2021, na sequência 280, disponibilizada no DE de 12/08/2021.

Certifico que a 2ª Câmara Criminal, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:
A 2ª CÂMARA CRIMINAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

RELATORA DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADORA ROSAURA MARQUES BORBA

VOTANTE: DESEMBARGADORA ROSAURA MARQUES BORBA

VOTANTE: DESEMBARGADORA GISELE ANNE VIEIRA DE AZAMBUJA

VOTANTE: JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA

NICOLAS DA SILVA BARBOSA
Secretário

APELAÇÃO
CRIMINAL 5060594-
32.2020.8.21.0001

PODER JUDICIÁRIO

-----RS-----



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5060594-32.2020.8.21.0001/RS**TIPO DE AÇÃO:** Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)**RELATORA:** JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA**APELANTE:** SEGREDO DE JUSTIÇA**APELADO:** SEGREDO DE JUSTIÇA**RELATÓRIO**

Na Comarca de Porto Alegre/RS, o Ministério Público denunciou **RICARDO SMANIOTTO**, com 38 anos de idade na época dos fatos (nascido em 20/07/1982), pelo suposto cometimento dos crimes previstos nos artigos 16, § 1º, inciso IV, da Lei 10.826/2003 (1.º fato); art 33, caput, da Lei 11.343/2006 (2.º fato), e do art. 307 do Código Penal, todos em concurso material.

É o teor da denúncia (Evento1 - DENUNCIA1):

FATOS DELITUOSOS:

1º FATO DELITUOSO:

No dia 04 de agosto de 2020, por volta das 21h30min, na Rua Brigadeiro Leonardo Teixeira Collares, nº 289, bairro Vila Nova, nesta Capital, o denunciado, RICARDO S., possuía 01 (um) revólver (apreendido) marca Rossi, calibre .38, municiado com 05 (cinco) projéteis e com a numeração raspada, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

2º FATO DELITUOSO: Nas mesmas circunstâncias de tempo e local do primeiro fato, o denunciado, RICARDO S., tinha em depósito e guardava, para venda e entrega a consumo de terceiros, 02 (dois) tijolos de cocaína, pesando aproximadamente 1.990g (mil novecentos e noventa gramas) no total, com embalagem, e 01 (um) tijolo de cocaína processada na forma de crack, pesando aproximadamente 01kg (um quilograma) no total, com embalagem, conforme auto apreensão e laudos de constatação da natureza das substâncias incluídas no APF, todas substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de 01 (uma) balança de precisão.

3º FATO DELITUOSO: Nas mesmas circunstâncias de tempo e local referido nos fatos anteriores, o denunciado, RICARDO S., atribuiu-se falsa identidade, ao identificar-se com uma carteira nacional de habilitação em nome de Carlos Rosa.

CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS AOS FATOS:

Na ocasião, policiais militares receberam denúncias anônimas de populares informando o paradeiro de indivíduo de alcunha "Baiano", que estaria foragido do sistema prisional.

Para averiguar as informações recebidas, os policiais militares deslocaram-se até o endereço informado nas denúncias anônimas e foram recebidos por um indivíduo morador do mesmo terreno em que se encontrava a casa do denunciado, sendo que aquele franqueou a entrada dos policiais no terreno.

Na sequência, os policiais bateram na porta da casa do denunciado, que, ao abrir, se negou a ser abordado, pelo que os policiais fizeram uso da força e, em revista pessoal, localizaram o revólver 1 acima referido na cintura do denunciado, enquanto, em buscas realizadas na residência, localizaram 02 (dois) tijolos de cocaína, pesando aproximadamente, com embalagem, 1.990g (mil novecentos e noventa gramas) no total, 01 (um) tijolo de crack, pesando aproximadamente, com embalagem, 01kg (um quilograma) no total, além de 01 (uma) balança de precisão, que, aliada ao peso total da droga encontrada, indica a finalidade comercial das substâncias ali encontradas.

Após a apreensão dos materiais ilícitos, o acusado RICARDO S. identificou-se aos policiais como Carlos Rosa e, para isso, apresentou Carteira Nacional de Habilitação adulterada, com o intuito de passar-se por outra pessoa.

As drogas apreendidas foram submetidas a exame preliminar, momento em que se constatou a natureza das substâncias apreendidas, conforme laudo de natureza provisória das fls.

Por oportuno, trago à colação o relatório da sentença lavrada pela Magistrada, Dra. **BETINA MEINHARDT RONCHETTI**, que bem sintetizou a marcha processual (Evento 68 - SENT1):

A denúncia foi recebida em 11 de setembro de 2020 (Evento 03).

O réu foi citado (Evento 12).

Ocorreu o provimento do RSE interposto pelo Ministério Público, decretando-se a prisão do denunciado (Evento 15).

Foi cumprido o mandado de prisão.

Apresentada resposta à acusação (Evento 22), através da Defensoria Pública, houve manifestação do Ministério Público (Evento 26) e o recebimento da denúncia foi ratificado (Evento 28).

Durante a instrução, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação e o réu foi interrogado, utilizando o direito ao silêncio (Evento 48).

Juntados laudos, o Ministério Público apresentou memoriais, pedindo a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, do artigo 16, caput, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03, e do artigo 307, caput, do Código Penal, na forma do artigo 69, caput, também do Código Penal.

A defesa, a seu turno, alegou em preliminar a invasão de domicílio pelos policiais, pedindo a declaração de ilicitude da prova produzida, com a consequente absolvição do réu. No mérito, requereu a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP e, em caso de condenação, modo subsidiário, pediu a aplicação do princípio da consunção, com o afastamento do crime previsto na Lei de Armas e o reconhecimento da majorante prevista no art. 40, inciso IV, ambos da Lei n. 11.343/06.

Adveio sentença, prolatada em 08/02/2021 (Evento 68 - SENT1), que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a **DENÚNCIA** para **CONDENAR** o réu **RICARDO S.**, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/06, e do artigo 307 do Código Penal, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, às penas de **12 anos e 09 meses de reclusão e 4 meses de detenção**, em regime **fechado**, e de **500 dias-multa**, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, não sendo concedido o direito de recorrer em liberdade.

As reprimendas foram estabelecidas nos seguintes termos pela Sentenciante

Passo ao apenamento:

A culpabilidade do acusado, entendida como a “reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”, não fugiu do ordinário. Os antecedentes criminais do réu serão analisados na próxima fase de aplicação da pena. Não há nos autos informações para aferir a conduta social ou a personalidade do agente. A motivação é o lucro e o status proporcionados pelo comércio de drogas. Consequências se presumem graves porque, pela quantidade expressiva de droga apreendida, o espectro de consumidores alcançado seria grande. Circunstâncias negativas em face da diversidade de drogas apreendidas em poder do réu, sendo que uma delas é o crack, droga de altíssimo poder lesivo (vide STJ, HC 450737), além da própria cocaína, também muito danosa à saúde física e mental dos usuários. A grande quantidade de entorpecente também justifica maior elevação da pena. As circunstâncias e consequências do crime de falsa identidade são normais para a espécie. Vítima, o Estado. Por tais razões, fixo a pena-base do tráfico em oito (08) anos de reclusão e da falsa identidade em três (03) meses de detenção.

Presente a agravante da reincidência, aumento as penas em seis (06) meses e um (01) mês, ficando as penas provisórias em oito (08) anos e seis (06) meses de reclusão pelo tráfico e em quatro (04) meses de detenção pela falsa identidade. Por fim, conforme referido anteriormente, faço incidir a majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, aplicando a fração de 1/2, já que se tratava de uma arma de calibre permitido porém sem numeração, resultando a pena do tráfico em doze (12) anos e nove (09) meses de reclusão. Inviável a aplicação da privilegiadora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao réu, pois sequer era primário, além disso a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, a balança de precisão, além da apreensão de um revólver, denotam o pertencimento a organização criminosa e indicam habitualidade no crime.

Ante o cúmulo material, somam-se as penas, ficando definitizadas em DOZE ANOS E NOVE MESES DE RECLUSÃO E QUATRO MESES DE DETENÇÃO.

*Para cumprimento da pena corporal, fixo o regime carcerário inicial no **fechado**, base no art. 33 do CP, diante do montante de pena, em local a ser definido pela VEC.*

O réu não tem direito à substituição do art. 44 do CP nem ao sursis, face ao montante alcançado.

*A pena de multa, prevista de forma cumulativa no crime de tráfico, vai fixada em **500 dias-multa**, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo cada dia-multa, indo fixada no mínimo legal porque não se reveste de caráter pedagógico ou repressivo, já que não se converte em prisão.*

As custas ficam pelo condenado, dispensado do pagamento, pois assistido pela DPE.

Irresignada, a Defesa Pública interpôs recurso de apelação (Evento 73 - APELAÇÃO1).

O réu foi pessoalmente intimado da sentença condenatória, manifestando interesse em recorrer (Evento 85 - CERTGM1).

Em suas razões, a Defensoria Pública requereu, preliminarmente, a nulidade da prova coligida ao feito, por ter sido obtida mediante invasão de domicílio por parte dos policiais. No mérito, pleiteou a absolvição do acusado do delito de tráfico de drogas, em face da insuficiência de provas a ensejar o decreto condenatório. No ponto, referiu que ninguém visualizou o réu em atividade de traficância, destacando que a mera apreensão de droga não é suficiente para sustentar a condenação. Quanto aos delitos previstos no artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 e no artigo 307 do Código Penal, pugnou pela absolvição do réu por atipicidade das condutas, aduzindo a ausência de comprovação da lesividade da conduta e do perigo provocado ao bem jurídico tutelado, no primeiro caso, e da presença do elemento subjetivo do tipo, quanto ao último. Em caráter subsidiário, buscou o afastamento da majorante do artigo 40, IV, da Lei de Drogas, uma vez que o órgão acusatório não postulou sua aplicação ou, sucessivamente, que seja mantida a causa de aumento e afastado o concurso material de crimes. Pleiteou, ainda, o afastamento da agravante da reincidência ou que o aumento se dê em menor proporção. Por fim, suscitou o afastamento da pena de multa (Evento 89 - RAZAPELA1).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 93 - CONTRAZAP1), os autos vieram remetidos a esta Corte (Evento 94).

Neste grau, o feito foi convertido em diligências, para cadastramento do patrono constituído pelo acusado, bem ainda a sua intimação para a apresentação de razões recursais ou ratificação daquelas já apresentadas pela Defensoria Pública (Evento 5 - DESPADEC1 dos autos do recurso).

A Defesa constituída, em seu arrazoado, requereu a concessão da gratuidade da justiça e, preliminarmente, arguiu a nulidade da prova diante da ocorrência de violação de domicílio, suscitando questionamento da matéria. No mérito, ratificou os pedidos apresentados pela Defensoria Pública (Evento 100 - RAZAPELA1).

Foram apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (Evento 103 - CONTRAZAP1).

Com nova remessa dos autos a esta Corte, em parecer exarado pela Dra. **Sônia Eleni Corrêa**, Procuradora de Justiça, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso (Evento 19 - PARECER1).

O feito foi a mim distribuído em 18/03/2021, retornando conclusos em 31/05/2021.

É o relatório.

VOTO

Eminentes Desembargadores:

Trata-se de recurso de apelação da Defesa, interposto contra a sentença que condenou **RICARDO SMANIOTTO** como incurso nas sanções do artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/06, e do artigo 307 do Código Penal, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, às penas de **12 anos e 09 meses de reclusão e 4 meses de detenção**, em regime **fechado**, e de **500 dias-multa**, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato

O recurso é tempestivo e, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido.

(i) Preliminar de nulidade da prova - Violação de domicílio - Inocorrência

A defesa constituída suscitou, preliminarmente, a nulidade dos elementos probatórios carreados nos autos, fundamentando, para tanto, que houve violação à regra posta no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, porquanto não estavam os policiais militares autorizados a invadir a residência em que se encontrava o **réu Ricardo**, ocasionando a imprestabilidade dos dados informativos daí resultantes.

A preliminar suscitada não prospera.

Com efeito, não verifico a ocorrência de **violação de domicílio** no caso penal em apreço, a ensejar qualquer nulidade da prova produzida no caso concreto.

Segundo se infere das informações angariadas na fase primitiva e na prova judicializada, como se explicitará em detalhes quando da análise do mérito, os policiais militares, durante patrulhamento de rotina, receberam **denúncia de popular** informando a presença, no local indicado, de um **indivíduo foragido do sistema**

prisional, de alcunha "Baiano". E foi nesse contexto que os agentes da segurança pública deslocaram-se em diligências ao local apontado e, com a autorização do proprietário do imóvel - um terreno com duas casas - dirigiram-se ao cômodo ocupado pelo réu. Depreende-se ainda que os policiais bateram à porta e foram atendidos pelo réu, o qual, no entanto, resistiu à voz de abordagem, sendo necessário o uso moderado da força para conte-lo, com ele sendo encontrada, na revista pessoal, um revólver Rossi calibre .38, bem como, somente após, em buscas no imóvel, foram encontradas as drogas e demais objetos apreendidos. Insta salientar que o réu se apresentou com nome falso, entregando aos policiais a CNH de outra pessoa.

Assim que, do panorama delineado, tem-se como autorizado o ingresso na residência, tendo em vista a informação de que ali se ocultava foragido do sistema prisional, também delineada a situação de flagrância por conta, ainda, da localização da arma na cintura do réu durante a revista pessoal, antes mesmo de adentrarem no imóvel (uma peça única com banheiro).

E a denúncia anônima mostrou-se verdadeira, contando o acusado com mandado de prisão expedido em virtude de prisão preventiva decretada no processo nº 0001764-76.2016.8.16.0151 - emitido pelo Juízo Único Sta. Isabel do Ivaí/PR, e PEC Nº 0030850-48.2012.8.16.0017, da VEP de Maringá/PR.

Destarte, sinalo a título de argumentação que, conforme o entendimento já sedimentado pelos Tribunais Superiores, a conduta atribuída ao acusado na exordial, tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, caracteriza-se como crime permanente sendo prescindível a prévia expedição de mandado judicial na ação policial que, com o intuito de paralisar a ação criminosa, efetiva a apreensão das drogas, tendo em vista a constante situação de flagrância.

Em reforço argumentativo e por apego ao debate, destaco que a Corte Superior, em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral (RE n. 603.616/TO, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 10/5/2016), fixou a tese de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando **amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori**, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados, consoante a princípio se verifica no caso.

Feitas tais considerações, **afasto a preliminar suscitada.**

(ii) Mérito

Inicialmente, consigno que a avaliação de cada fato criminoso imputado se dará em tópicos, de modo a possibilitar um exame minucioso. Antes, todavia, passo a examinar os elementos colhidos no curso das investigações e a prova oral produzida em contraditório judicial, uma vez que relacionada a ambos os eventos delitivos noticiados na exordial acusatória.

O policial militar **Luiz Rodrigo Menezes Sodré**, na fase policial, revelou como se deu a apreensão da matéria proscria e a prisão do acusado, nos seguintes termos (Inquérito Policial, Evento 1 - P_FLAGRANTE1, fl. 11):

Estava em patrulhamento de rotina quando recebeu uma denúncia de um indivíduo de alcunha Baiano que estaria na condição de foragido do sistema prisional. Então, foram ao local. Chegando lá, entraram em contato com o Sr. Angelo, morador do mesmo terreno em que ficava a casa de Baiano, franqueou a entrada da guarnição no local. A guarnição bateu na casa de Baiano. Este abriu a porta. Foi solicitado abordagem a este, que negou-se. Então foi realizado o uso moderado da força. Após isso, em revista pessoal, foi encontrado na cintura de Baiano 01 revólver cal. 38, municiado, com numeração raspada. Dentro da casa foi encontrado 02 tijolos brancos semelhantes a cocaína, 01 tijolo amarelo semelhante ao crack, 01 balança de precisão. Após isso, o indivíduo identificou-se como Carlos Rosa, apresentando uma CNH. Em consulta ao sistema constatou-se que este documento pertencia a outra pessoa. Então, foi questionado a ele a sua verdadeira identificação. Ele informou que chama-se Ricardo Smaniotto, foragido do Paraguai. Dessa forma foi dada voz de prisão e o indivíduo conduzido à 3ª DPPA algemado.

Depoimento que não destoa do exarado por seu colega **Fernando Machado Borchatt** (Inquérito Policial, Evento 1 - P_FLAGRANTE1, fl. 13).

O **réu**, tanto em sede policial quanto em sede judicial, permaneceu silente (Inquérito Policial, Evento 1 - P_FLAGRANTE1, fl. 14).

Em Juízo, o policial **Fernando Machado Borchatt** contou que estavam em patrulhamento de rotina, ocasião em que receberam uma denúncia noticiando que no final daquela rua havia um indivíduo que possivelmente estaria foragido do sistema penal e envolvido com o tráfico de drogas. Disse que, ao chegar ao local apontado, encontraram o proprietário do local, o Sr. Angelo, o qual referiu ter emprestado a residência para um rapaz, do qual não conhecia o histórico. Durante averiguações, visualizaram o acusado dentro de um quartinho, portando, em sua cintura, um revólver calibre .38 com a numeração raspada, bem como as drogas e demais objetos apreendidos. Esclareceu, ainda, que em um primeiro momento não tinham conhecimento acerca da verdadeira identificação do acusado, uma vez que este estaria portando um documento falso, sendo que, ao ser identificado, constataram a existência de 5 mandados de prisão em aberto contra ele. Encontraram as drogas, em uma mochila e

em um balcão, tudo dentro da peça em que ele se encontrava, de onde foram arrecadadas também a balança de precisão e as embalagens próprias para acondicionamento das substâncias. Disse não recordar se o acusado identificou-se falsamente ou apenas apresentou o documento falso. Contou, ademais, ter o réu confidenciado que recebia a droga acondicionada para que fizesse o fechamento e posterior liberação, e que recebera orientação para se deslocar a Porto Alegre, sem, contudo, identificar quem assim teria agido. Por fim, disse que não possuíam Mandado de Busca e Apreensão, mas que a entrada fora franqueada pelo proprietário da residência, e que para lá deslocaram-se em razão de uma denúncia anônima noticiando que havia um foragido no local, feita pessoalmente, por elemento da comunidade durante abordagem.

O policial **Luiz Rodrigo Menezes Sodré**, por sua vez, também em sede judicial, disse que estavam em patrulhamento de rotina na Zona Sul na cidade de Porto Alegre, momento em que receberam uma informação de um popular, de que naquele local estaria o indivíduo de alcunha "Baiano", o qual estaria na condição de foragido do sistema penal. Referiu, ainda, que ao chegarem no local entraram em contato com o proprietário do terreno, Sr. Ângelo, o qual residia na parte dos fundos, enquanto que "Baiano" morava na casa frontal, tendo este franqueado a entrada dos policiais no terreno. Elucidou que o acusado abriu a porta da casa para os agentes, momento em que efetuaram sua abordagem, tendo sido necessário o uso moderado da força, bem ainda de algemas, uma vez que este resistiu a abordagem. Durante revista pessoal, foi localizado um revólver com numeração suprimida, ocasião em que o réu entregou uma CNH, cujo nome, após consulta, verificaram ser de outra pessoa. Nessa situação, o elemento apresentou-se corretamente, oportunidade em que constataram a existência de 5 mandados de prisão contra ele. Em buscas ao imóvel, que contava uma única peça, encontraram as drogas (crack e cocaína) e a balança de precisão apreendidas. Referiu, ainda, que o acusado dissera estar foragido de um presídio do Paraguai, onde ocorrera uma "fuga em massa", e que ali teria ficado escondido. Contou que o réu negou-se a falar sobre a procedência da droga, tendo apenas assumido a posse. Esclareceu que a entrada no terreno foi autorizada pelo Sr. Ângelo, proprietário, e que ao baterem à porta da casa do réu, localizada no mesmo terreno, e solicitarem a abordagem, esta foi negada. Diante disso, fazendo uso moderado da força, procederam à revista pessoal do elemento, com ele encontrando a arma. Depois disso, ingressaram na casa para averiguações, onde encontraram as drogas.

A audiência do processo está disponível no Sistema Eproc.

Esses os elementos indiciários e a prova oral colhida em juízo.

Materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei 11.343/06)

Cabe registrar, inicialmente, que, para a configuração do ilícito penal previsto no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, é necessário que o agente pratique, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, qualquer um dos 18 verbos descritos no tipo penal em apreço (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 de forma gratuita.

Nesse sentido, o agente que **tem em depósito** ou **guarda**, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, entorpecentes para os fins de traficância, como no caso, incorre nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Ademais, é de se ter presente que, para a configuração do ilícito penal previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, prescinde que o agente esteja no momento exato em que fornece materialmente a substância proscrita para terceiro, bastando, para que se caracterize o tráfico, a presença de circunstâncias seguras – tais como a **quantidade de droga, variedade, modo de acondicionamento**, informações prévias acerca da ocorrência de tráfico no local e envolvimento anterior com o comércio ilícito -, a demonstrar que tais substâncias destinar-se-iam ao comércio ilegal¹.

Pois bem.

A materialidade do crime descrito na denúncia restou devidamente demonstrada nos autos do Inquérito Policial relacionado nº 50478353620208210001, a partir do boletim de ocorrência nº 2495/2020/100829 (pp. 17/20), pelos autos de prisão em flagrante (pp. 09/10) e de apreensão **de uma CNH em nome de Carlos Rosa; 01 revólver, marca Rossi, calibre .38; 05 munições de calibre .38; 01 balança; 02 tijolos brancos semelhantes a cocaína, pesando aproximadamente 1.990 gramas e 01 tijolo amarelo semelhante ao crack, pesando aproximadamente 1.000 gramas** (pp. 21/22) e pelos laudos preliminares de constatação de natureza das substâncias apreendidas (fls. 24/25 e 28), bem como pelos Laudos Toxicológicos nº 156863/2020 e nº 156872/2020 (Evento 50 da ação penal - LAUDO1 e LAUDO2) e pela prova oral colhida em juízo.

Registra-se que os Laudos apontaram que, nos materiais periciados, foi constatada a presença de **COCAÍNA**, substância psicoativa presente em drogas conhecidas como crack, merla, cocaína e oxi (laudos nº 156863/2020 e nº 156872/2020, Evento 50 - LAUDO1 e LAUDO2), **substância de uso proscrito no Brasil, segundo a Portaria nº 344 da SVS/MS, de 12/05/1998**.

A autoria, por sua vez, revelou-se incontroversa.

Vejamos.

Dos elementos prospectados nos autos, tenho que a manutenção da condenação do réu **Ricardo**, no caso concreto, é medida imperativa. Em que pese em Juízo o réu tenha feito uso do seu direito de permanecer em silêncio – o que não pode vir em seu desfavor – é certo que a prova oral produzida pela acusação evidencia, com clareza, ter sido ele o protagonista do crime de tráfico de drogas descrito na denúncia.

Com efeito, é preciso ressaltar que os policiais militares ouvidos em contraditório judicial mantiveram seus testemunhos alinhados às narrativas prestadas na fase investigativa, mostrando-se convincentes e harmônicos entre si acerca das particularidades do caso. E ambos, frise-se, deixaram assente que, durante patrulhamento de rotina receberam uma informação de um popular noticiando a localização de um possível foragido do sistema penal, de alcunha "Baiano". Durante diligências no local apontado, foram atendidos pelo proprietário do terreno, o qual franqueou a entrada dos agentes. Ato seguinte, bateram à porta do réu e foram atendidos, tendo este negado a abordagem, sendo necessário o uso moderado da força. Em revista pessoal, encontraram a arma em sua cintura e, nesse contexto, ingressaram no recinto, onde foram localizadas as substâncias estupefacientes e a balança de precisão. Além disso, o acusado apresentou aos policiais uma CNH de outra pessoa, somente se identificando depois de constatada a falsa identificação, oportunidade em que verificaram a existência de 5 mandados de prisão contra ele, que finalmente assumiu a posse dos entorpecentes.

Ademais, deve se ter presente que o fato de as testemunhas de acusação serem agentes públicos, por si só, não se consubstancia em motivo para que suas declarações sejam recebidas com cautela ou ressalva, salvo nas hipóteses em que reste evidenciado o interesse particular do servidor público na investigação, o que sequer se cogita no caso em tela.

Sobre o tema, colhem-se as lições do Procurador de Justiça Criminal, **César Dario Mariano da Silva**:

O tráfico de drogas é crime comumente cometido na clandestinidade. Por isso, dificilmente são encontradas testemunhas e, quando presentes, boa parte não se mostra disposta a denunciá-lo por medo de represálias. Por conta deste fato, têm como testemunhas, em regra, policiais, cuja palavra merece crédito como a de qualquer outra pessoa. Assim, caberá à defesa o ônus de demonstrar a falta de credibilidade do depoimento de policiais que, até prova em contrário, possui presunção de veracidade e potencial para ensejar um édito condenatório².

Ao revés, ressalte-se que os policiais ouvidos são agentes públicos e estão adstritos aos princípios da legalidade e da impessoalidade, razão pela qual seus depoimentos merecem credibilidade.

Nesse contexto, registra-se que o depoimento dos policiais militares que participaram da abordagem e prisão em flagrante do acusado é amplamente aceito nos Tribunais pátrios como meio de prova a amparar o juízo de convencimento condenatório, nada havendo em nosso ordenamento jurídico que possa obstar-lhe a utilização. Aliás, seria até um contrassenso o Estado selecionar, com base no regime jurídico-administrativo, agentes para o exercício de atividades de segurança pública e, posteriormente, vir a negar-lhes crédito quando convocados a relatar o resultado do desempenho de suas funções.

Nesse sentido, colaciono precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de lavra do eminente Ministro **Ribeiro Dantas**, em que assentada a validade dos policiais militares para a formação do convencimento condenatório:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão combatido concluiu que "diante das circunstâncias da prisão, a quantidade do material, a forma de seu acondicionamento, o local onde foi apreendido, a conduta do acusado e os depoimentos contundentes dos policiais, levam à conclusão inequívoca da prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06" (e-STJ, fl. 401). Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e decidir pela absolvição ou desclassificação da conduta do agravante, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado na via especial, conforme o teor da Súmula 7/STJ. 2. **Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016).** 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) (grifos meus).

E esta Colenda **Segunda Câmara Criminal**, inclusive, já se posicionou no mesmo sentido, conforme se verifica do seguinte julgado, de lavra do nobre Desembargador **Luiz Mello Guimarães**:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI DE DROGAS. DUAS VEZES. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR DE DEFESA. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DA ACUSADA NA SOLENIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTAMENTO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA

COMPROVADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. REFORMA DA DECISÃO QUE ABSOLVEU A RÉ. DEMONSTRADA A MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, IMPÕE-SE A REFORMA DA SENTENÇA QUE ABSOLVEU A ACUSADA. PARA AFASTAR-SE A PRESUMIDA IDONEIDADE DOS POLICIAIS (OU AO MENOS SUSCITAR DÚVIDA), É PRECISO QUE SE CONSTATEM IMPORTANTES DIVERGÊNCIAS EM SEUS RELATOS, OU QUE ESTEJA DEMONSTRADA ALGUMA DESAVENÇA COM A RÉ, SÉRIA O BASTANTE PARA TORNÁ-LOS SUSPEITOS, POIS SERIA INCOERENTE PRESUMIR QUE REFERIDOS AGENTES, CUJA FUNÇÃO É JUSTAMENTE MANTER A ORDEM E O BEM ESTAR SOCIAL, TERIAM ALGUM INTERESSE EM PREJUDICAR INOCENTES. PROVA ROBUSTA PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE. NÃO PODE SER DESCLASSIFICADO O DELITO DE TRÁFICO PARA AQUELE PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06, PORQUE A PROVA DOS AUTOS DEMONSTRA QUE A ACUSADA PORTAVA A DROGA DESTINADA AO TRÁFICO ILÍCITO, NÃO SENDO MERA USUÁRIA, IMPONDO-SE A REFORMA DA SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 50155194320158210001, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 27-05-2021)

E consigna-se a palavra dos agentes de segurança pública ouvidos em juízo encontra-se amparada pelos documentos formalizados na fase policial, como se vê da comunicação de ocorrência (Inquérito Policial, Evento 1, P_FLAGRANTE1, fls. 17/20), bem como do auto de apreensão (Inquérito Policial, Evento 1, P_FLAGRANTE1, fls. 21/22), e dos laudos periciais colacionados aos autos, como alhures assentado, não cabendo cogitar de elemento isolado nos autos.

Aliás, sinalo que o artigo 155 do Código de Processo Penal³ faculta ao julgador utilizar-se, supletivamente, dos substratos informativos colhidos durante a fase policial para alicerçar a condenação.

Sobre o tema, os cultos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, **Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho**⁴ ressaltam a possibilidade de utilização, como elementos de convicção, dos elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, in verbis:

Diante do preceito constitucional do contraditório, que a prova extrajudicial, para ser utilmente oposta ao acusado, deve reproduzir-se em juízo, cercada dos demais princípios constitucionais que informam o processo penal. Não se deve, entretanto, desconsiderar os elementos amealhados no inquérito policial, que apesar, de insuficientes, por si só, para sustentar uma condenação, mostram-se hábeis na formação do convencimento do Magistrado. O vocábulo, exclusivamente, utilizado pelo legislador, possui esse alcance: a prova extrajudicial, isoladamente considerada, não se revela apta a fundamentar uma decisão. Não deve, contudo, ser totalmente, ignorada, podendo se agregar à prova produzida em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção do julgador, sobretudo porque colhida, via de regra, de forma imediata, logo após a prática delituosa.

Em verdade, vige no sistema de valoração das provas o princípio do livre convencimento motivado, conforme preconiza o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Assim, embora a prova colhida no curso da investigação policial não possa, exclusivamente, fundamentar um decreto condenatório, conforme redação do citado artigo 155 do Estatuto Penal Adjetivo, nada impede que, quando o referido meio probatório esteja subsidiado por dados de convencimento colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, seja levado a efeito na formação da culpa, pelo que plenamente possível, no caso, utilizar-se dos substratos colhidos no curso da fase preliminar, uma vez que corroborados pelo restante do arcabouço probatório produzido.

E as **circunstâncias concretas** do caso evidenciam a destinação da substância apreendida à venda. Propositadamente repetindo, a ação policial foi deflagrada a partir de patrulhamento de rotina, ocasião em que os policiais receberam a informação de um popular noticiando o local em que se encontrava o indivíduo de alcunha "Baiano", supostamente foragido do sistema penal, situação que se confirmou tão logo identificado o suspeito. E no local onde ele foi abordado, foram apreendidos **02 tijolos de cocaína, pesando aproximadamente 1.990 gramas; 01 tijolo de crack, pesando aproximadamente 01Kg; 01 revólver, marca Rossi, calibre .38; 05 munições de calibre .38 e 01 balança de precisão**. Em reforço, cumpre reprimir que o réu assumiu, ainda que informalmente, perante os agentes da segurança pública, a posse das substâncias, admitindo que as recebia de terceiro para que as embalasse.

Outrossim, recorro que o tráfico de entorpecentes é crime formal, de ação permanente, perigo abstrato⁵ e de conteúdo variado, trazendo o caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 dezoito verbos nucleares distintos⁶, de modo que basta a prática de quaisquer das condutas ali previstas para gerar a situação de perigo ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública, e consumir-se o crime. Nessa ordem de ideias, já assentou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, de modo que prescindível, para sua perfectibilização, a finalidade de comercialização, bastando, inclusive, a entrega gratuita a terceiro, sem autorização e em desacordo com as determinações legais⁷.

Daí que, no presente caso, **o ilícito penal já se figurava consumado desde a realização dos verbos nucleares ter em depósito e guardar, sendo prescindível o flagrante da comercialização do entorpecente para configuração do delito**. Insisto, o delito em comento não se exaure no ato de comercializar substâncias

entorpecentes, sendo possível a configuração do ilícito penal previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 sem nenhum indício de venda.

A propósito, trago à baila precedente firmado por esta Corte de Justiça, em julgado de relatoria do brilhante Desembargador **Luiz Mello Guimarães**:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. COMPROVADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA. PARA AFASTAR-SE A PRESUMIDA IDONEIDADE DOS POLICIAIS (OU AO MENOS SUSCITAR DÚVIDA), É PRECISO QUE SE CONSTATEM IMPORTANTES DIVERGÊNCIAS EM SEUS RELATOS, OU QUE ESTEJA DEMONSTRADA ALGUMA DESAVENÇA COM O RÉU, SÉRIA O BASTANTE PARA TORNÁ-LOS SUSPEITOS, POIS SERIA INCOERENTE PRESUMIR QUE REFERIDOS AGENTES, CUJA FUNÇÃO É JUSTAMENTE MANTER A ORDEM E O BEM-ESTAR SOCIAL, TERIAM ALGUM INTERESSE EM PREJUDICAR INOCENTES. O TRÁFICO DE DROGAS É TIPO MÚLTIPLO DE CONTEÚDO VARIADO, HAVENDO DIVERSOS VERBOS NUCLEARES QUE O CARACTERIZAM; PORTANTO, O FLAGRANTE DO ATO DA VENDA É DISPENSÁVEL PARA SUA CONFIGURAÇÃO, QUANDO RESTAR EVIDENTE QUE A DESTINAÇÃO DOS ENTORPECENTES É A COMERCIALIZAÇÃO – COMO NO CASO RESTOU COMPROVADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE. NÃO PODE SER ACOLHIDO O PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA AQUELE PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06, FORMULADO PELA DEFESA, PORQUE A PROVA DOS AUTOS DEMONSTRA QUE O RÉU PRATICAVA O TRÁFICO DE DROGAS E NÃO ERA MERO USUÁRIO. PENA-BASE. MANUTENÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA DESFAVORÁVEIS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO. INDEFERIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. A REINCIDÊNCIA É MECANISMO CONSTITUCIONAL DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, QUE ATENDE AO PRINCÍPIO BASILAR DA ISONOMIA, NO QUE SE REFERE A CONFERIR TRATAMENTO DESIGUAL ÀQUELES QUE APRESENTAM CONDIÇÕES DESIGUAIS, NÃO REPRESENTANDO BIS IN IDEM. CASO DOS AUTOS EM EU O RÉU É REINCIDENTE, DEVENDO SER MANTIDA A APLICAÇÃO DA REFERIDA AGRAVANTE. MINORANTE DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A INCIDÊNCIA DA REDUTORA. MULTA. ISENÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PENA CUMULATIVAMENTE COMINADA AO TIPO. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Criminal, Nº 50166649520208210022, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 27-05-2021)

Destarte, não há qualquer **presunção de traficância**, visto que o decreto condenatório se encontra lastreado em elementos de prova sólidos, aptos a elidir qualquer tese de dúvida relacionada à autoria e à destinação de distribuição das drogas a terceiros.

Por tudo, a alegação de **insuficiência probatória** não merece prosperar, uma vez que o decreto condenatório se encontra lastreado em elementos de prova sólidos, aptos a elidir qualquer tese de dúvida relacionada à autoria da infração, devendo ser mantida a condenação do réu pela prática do crime descrito no artigo 33 da Lei de Drogas, nos exatos termos da decisão gurgueada.

Crime de falsa identidade (artigo 307, do Código Penal)

Na hipótese, os policiais militares **Luiz Rodrigo Menezes Sodré e Fernando Machado Borchatt** afirmaram, na fase policial, que o réu apresentou CNH de outrem quando abordado, buscando ocultar a sua condição de foragido do sistema prisional, somente sendo identificado após consulta ao nome do proprietário da carteira de habilitação, cujas características não condiziam com as do flagrado (Inquérito Policial, Evento 1 - P_FLAGRANTE1, fls. 11 e 13). E, em Juízo, conquanto o miliciano Fernando tenha declarado não recordar tal particularidade, **Luiz Rodrigo Menezes Sodré** ratificou a narrativa apresentada, **afirmando que Ricardo Smaniotto apresentou-se inicialmente com documento falso**. A CNH foi apreendida, inclusive (Inquérito Policial, Evento 1 - P_FLAGRANTE1, fl. 21).

Urge pontuar, por oportuno, que embora sequer cogitada a prática da falsificação também do documento, aportou Laudo Pericial noticiando que a CNH apreendida, em nome de CARLOS EDUARDO DA CUNHA ROSA, originalmente autêntico, foi alterado pela supressão dos dados originalmente apostos e adição destes ora ostentados, concluindo-se tratar de documento falso (Evento 48 do Inquérito Policial, fls. 4/5).

De todo o modo, em atenção aos argumentos recursais da Defesa, recorro que o Colendo Superior Tribunal de Justiça há muito já se posicionou no sentido de que a conduta de se atribuir falta identidade é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa, conforme **Enunciado Sumular nº 522⁸**.

No mesmo sentido, é a posição adotada por este Órgão Colegiado, conforme voto de relatoria do ilustre Desembargador José Antônio Cidade Pitrez

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E FALSA IDENTIDADE (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 E ARTIGO 307 DO CP). CONDENAÇÃO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. O conjunto probatório demonstra de forma clara e suficiente a atividade ilícita exercida pelo réu, consistente em tráfico de drogas e falsa identidade, sendo inviável se falar em absolvição ou mesmo em desclassificação. Com efeito, a alegação

do acusado de que seria mero usuário e que estaria no local tão somente para adquirir entorpecentes não encontra amparo nos demais elementos disponíveis existentes no feito. Isso porque os policiais militares, que efetuaram a abordagem, foram uníssimos e coerentes no sentido de que não havia outras pessoas no local, sendo o réu abordado e apreendido com ele drogas e dinheiro, e que ele teria informado o nome de outra pessoa. Ainda, a abordagem não teria ocorrido por acaso, mas em virtude de prévia informação via sala de operações. Deste modo, tenho que os elementos de convicção disponíveis no feito evidenciam a prática do tráfico de drogas, sendo que o réu trazia consigo 27 (vinte e sete) pedras de crack, 03 (três) pinos de cocaína e 04 (quatro) porções de maconha, além de R\$ 304,00 (trezentos e quatro reais). Ainda, a simples alegação de usuário, por si só, não elide a traficância, sendo comum que usuários passem a traficar, ainda que em pequenas dimensões, apenas para sustentar o próprio vício. Em relação ao delito previsto no artigo 307 do CP, incontestemente que o réu, ao ser abordado pelos agentes policiais, informou falsa identidade, o que inclusive é admitido pelo próprio inculcado. Assim, ao informar o nome de seu irmão como sendo o seu, o acusado incorreu nas sanções do supracitado artigo, sendo que a alegada autodefesa não desnatura o delito, nos termos do que dispõe a Súmula nº 522 do E. STJ. Em relação às penas, salienta-se que o aumento operado na segunda fase, pela agravante da reincidência, em 06 (seis) meses pelo delito de tráfico e em 15 (quinze) dias pelo delito de falsa identidade não se mostra exacerbado. Lado outro, o pleito subsidiário de isenção da pena de multa também não procede, eis que sua imposição decorre de expressa previsão legal, sendo a eventual impossibilidade de sua satisfação matéria a ser solvida junto ao juízo da execução. A suspensão da exigibilidade do pagamento das custas já restou deferida na sentença. Por fim, não prospera o pleito de aplicação da detração referente ao tempo que o acusado restou provisoriamente segregado, pois tal matéria é afeta ao juízo da execução, consoante dicção do artigo 66, inciso III, alínea “c”, da LEP, sendo que o contido no artigo 387, § 2º, do CPP, destina-se à fixação do regime inicial para o cumprimento da reprimenda carcerária, a ser observado pelo juízo de primeiro grau. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 70084405570, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 29-10-2020)

Segue mantida, assim, a condenação do réu pelo delito de falsa identidade.

Crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida

Postulou a Defensoria Pública, em recurso, a absolvição do réu em relação ao delito de posse de arma, por atipicidade da conduta.

Contudo, carece de interesse recursal quanto ao ponto. Como visto, o recorrente foi absolvido em relação ao delito da Lei de Armas, sendo tal circunstância observada unicamente para majorar a pena do crime de tráfico de drogas.

E em sendo assim, não merece conhecimento o recurso, nessa parte.

(iii) Afastamento da majorante do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06

No ponto, entendeu o Sentenciante a quo que a conduta perpetrada pelo acusado atraiu a aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso IV, da Lei 11.343/06, refutando, como visto, a configuração do delito do artigo 16 da Lei 10.826/2003⁹ como delito autônomo.

Pois bem.

Primitivamente, cabe pontuar que não há falar em carência probatória, tendo em vista os **uníssimos relatos policiais** afirmando terem flagrado o réu com uma arma na cintura. Some-se a isso a **apreensão de um revólver marca Rossi, calibre .38, e 05 munições de idêntico calibre** (Evento 1 do Inquérito Policial relacionado), bem ainda o resultado do Laudo Pericial nº 169724/2020, atestando que **o número de série do armamento foi suprimido por processo mecânico** (Evento 48, Laudo 2, o Inquérito Policial relacionado).

Destaco que é suficiente, para a configuração da conduta delitiva, o simples **porte de arma de fogo com numeração suprimida**, tendo em vista que o artigo 16 da Lei nº 10.826/2003, objetiva punir a conduta que acarrete situações de perigo à coletividade em geral, pois visa à tutela da segurança pública por intermédio do controle das armas existentes no país. Não por outra razão, o tipo penal em tela não menciona, como elemento necessário à configuração típica, a existência de efetiva exposição a risco, bastando a realização da conduta incriminada, para que se puna o perigo antes que se transforme em dano.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal, pois a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc”¹⁰.

Em julgamento, assentou que se exige, para a configuração delitiva, somente comprovação da conduta de possuir/portar arma de fogo ou munições, sendo prescindível prova de lesividade concreta, eis que os tipos penais supracitados são formais e, com muito mais razão, de mera conduta e de perigo abstrato, motivo pelo qual as características do seu objeto material **“são irrelevantes, porquanto independe do quantum para**

ofender a segurança e incolumidade públicas, bem como a paz social, bens jurídicos tutelados, sendo ainda despreciando perquirir-se acerca da potencialidade lesiva das armas e munições eventualmente apreendidas”(sic)¹¹

Assim que, afastado o caráter autônomo das condutas imputadas ao acusado, deve ser mantido o reconhecimento da majorante relativa ao emprego de arma no exercício da traficância, tendo em vista que há demonstração de que o réu mantinha consigo a arma de fogo de numeração raspada em segurança à significativa quantidade de drogas que mantinha em depósito, contexto fático que autoriza a incidência da causa de aumento.

(iv) Afastamento da agravante da reincidência

Verifico que o reconhecimento da agravante da **reincidência** não comporta reparos, porquanto, conforme se verifica do Mandado de Prisão 2, acostado ao Evento 2, do Recurso em Sentido Estrito relacionado, verifica-se que ostenta o apelante uma sentença condenatória transitada em julgado, por crime de roubo:

Qualificação da pessoa a ser presa

Nome: RICARDO SMANIOTTO

Alcunhas:

Doc. Identidade: 9343514 - PR

C.P.F.: 045.233.529-92

Sexo: Masculino

Nascimento: 20/07/1982

Estado Civil:

Naturalidade: CASCATEL - PR-PR

Filiação: Terezinha Correa De Oliveira / Antonio Smaniotto Sobrinho

Marcas/Sinais:

Endereço: Foragido da Penitenciária de Maringá. Maringá - PR.

Dados do Processo

Nº Único: 0000112-50.2006.8.16.0094 **Natureza:** Ação Penal - Procedimento Ordinário

Origem: Inquérito policial - Número: 00001125020068160094

Artigo(s): ART. 157 - ROUBO

Complemento:

Motivo

Acórdão e/ou sentença condenatória, transitada em julgado, a ser cumprida no regime Fechado , pelo prazo de 9 ano(s), 3 mês(es) e 21 dia(s).

Registro que não há falar em inconstitucionalidade pela valoração da condenação caracterizadora da recidiva, na medida em que o aumento da reprimenda devido à reincidência é corolário lógico do princípio da individualização das penas, tratando-se de instituto cuja aplicabilidade já foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido segue precedente dos eminentes **Ministros Marco Aurélio e Antonio Saldanha**

Palheiro:

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência. (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA-BASE EXASPERADA EXCLUSIVAMENTE EM RAZÃO DO HISTÓRICO PENAL DO PACIENTE. NÃO CONSIDERAÇÃO DO TIPO DE ARMA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. FASES DISTINTAS. FATOS DISTINTOS. 1. Contrariamente ao alegado pela defesa, a exasperação da basal deu-se única e exclusivamente em razão da análise do histórico penal do paciente, e não considerando o tipo de arma apreendida. 2. Não há nenhuma ilegalidade ou teratologia no acórdão objurgado, tendo em vista que o agravante ostenta duas condenações definitivas, uma utilizada na primeira fase da operação dosimétrica para valorar negativamente a vetorial dos maus antecedentes e a outra como circunstância agravante. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 500.384/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 23/08/2019)

Inviável, portanto, o afastamento da agravante em questão, nos termos pleiteados pela defesa de Ricardo.

E nesse contexto, inviável se mostra o reconhecimento da causa privilegiadora do tráfico de drogas.

Conforme se observa, o artigo 33 da Lei de Tóxicos, em seu parágrafo 4º, prevê uma redução de um sexto a dois terços da pena aos crimes previstos no seu caput e no parágrafo 1º, nas situações em que o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa¹².

Sobre a necessidade de que sejam observados os requisitos previstos no diploma legal de forma cumulativa, utilize os ensinamentos do Procurador de Justiça Criminal, **César Dario Mariano da Silva**:

(...) Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir não merece atenuação da pena. Presentes os requisitos previstos na norma a diminuição da pena é obrigatória, não ficando ao alvedrio do Juiz operar a redução ou não. Embora a norma empregue a expressão “as penas poderão ser reduzidas”, não se trata de atividade discricionária do Juízo, mas de direito subjetivo do acusado¹³.

Com base no dispositivo em comento, pretendeu o legislador distinguir o traficante ocasional, que eventualmente se desvia, daquele que pratica o ilícito penal de forma reiterada, fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida, buscando, assim, punir mais levemente o primeiro¹⁴. Nota-se, assim, que deve **o agente ser primário** e possuir bons antecedentes, condições aptas a comprovar a prática da conduta de forma eventual.

Na espécie, **então**, não faz jus o acusado à causa redutora do tráfico de drogas, nos moldes do artigo **33, §4º, da Lei de Tóxicos**, porquanto reincidente, circunstância que, por si só, impede o reconhecimento da causa redutora da pena em questão.

Passo ao exame do **apenamento imposto**.

(v) **Dosimetria da Pena**

Primeiramente, destaco que a Lei confere ao Juiz um poder discricionário, limitando a aplicação da pena dentro dos parâmetros legais, sendo a motivação o que separa o arbítrio da discricionariedade.

Conforme preconizado pelo jurista italiano, Professor da Universidade de Roma Tre, **Luigi Ferrajoli**¹⁵, a pena não tem por objetivo a retribuição de um mal mediante outro mal, mas busca proteger o indivíduo da vingança pública e privada, defendendo-o da reação desmedida da vítima e da coletividade. Neste aspecto, o direito penal se transforma num conjunto normativo de tutela dos direitos fundamentais, atuando “como instrumento de contenção do poder público, limitando o jus puniendi e o desejo de vingança do ofendido e dos demais membros da comunidade¹⁶”.

a) **Tráfico de drogas**

No caso, a Sentenciante firmou a basilar em **8 anos de reclusão**, por conta do tise conferido às moduladoras das **consequências** (“Consequências se presumem graves porque, pela quantidade expressiva de droga apreendida, o espectro de consumidores alcançado seria grande”), **circunstâncias** (“Circunstâncias negativas em face da diversidade de drogas apreendidas em poder do réu, sendo que uma delas é o crack, droga de altíssimo poder lesivo (vide STJ, HC 450737), além da própria cocaína, também muito danosa à saúde física e mental dos usuários”) e da **quantidade de droga apreendida**.

A defesa pede a redução, em parte, com razão.

Na hipótese, é preciso observar que **a expressiva quantidade de substâncias estupefacientes apreendida - 02 tijolos de cocaína, pesando aproximadamente 1.990 gramas; 01 tijolo de crack, pesando aproximadamente 01Kg** - é fator que, no caso concreto, justifica para a exasperação da basilar.

E além da quantidade - quase 3 kg -, é de ser destacado **o notório poder viciante e o elevadíssimo grau de letalidade** das substâncias estupefacientes apreendidas - crack e cocaína.

Nesse sentido, em atenção aos termos do artigo 42 da Lei Drogas, o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a **quantidade** da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Como prelecionam **Cléber Masson**, Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC/SP, Promotor de Justiça em São Paulo, e **Vinícius Marçal**, Promotor de Justiça em Goiás, [...]. Ao fixar a pena do réu, portanto, deve o magistrado se orientar pelo **sistema da quantificação judicial**, de modo a aferir os critérios quanto à **natureza** e à **quantidade** da substância apreendida, à personalidade e à conduta social do agente. [...] encontra fundamento legítimo o agravamento da pena-base com esteio na natureza da droga. Ora, não se pode negar que as drogas podem afetar a saúde humana com maior ou menor gravidade¹⁷.

Outrossim, registro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a exasperação da pena-base deve se ater à quantidade e natureza de drogas apreendidas, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas¹⁸, podendo exceder a fração de 1/6, usualmente utilizada para cada tise atribuído nos vetoriais do artigo 59 do Código Penal, se o caso exigir a excepcionalidade, desde que existente a devida fundamentação.

Por oportuno, vale trazer à baila precedente firmado pela Corte Superior de Justiça, na qual defendeu o cabimento da elevação da pena-base, de forma proporcional, sob o fundamento da natureza lesiva do entorpecente apreendido (14,454g de cocaína):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA - 14,54G) UTILIZADOS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIRETRIZES DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA REAJUSTADA. PENA REDUZIDA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 630 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). II - Embora a defesa não impugne os maus antecedentes, importar pontuar que o acréscimo de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses na pena-base não se deve unicamente em razão da natureza da droga apreendida. De fato, como apontou a Corte originária (fl. 302), o paciente ostenta mau antecedente, registro penal referente à prática de tráfico ilícito de entorpecentes, conforme se verifica à fl. 106. III - Com efeito, a jurisprudência do STJ há muito tempo considera lícito o recrudescimento da pena-base, tendo em vista a natureza da substância entorpecente. Precedentes. IV - Todavia, entendo que o acréscimo 2 (dois) anos e 6 (seis) meses e 100 (cem) dias-multa à pena-base operado pelas instâncias ordinárias mostra-se desproporcional, e mensurando as circunstâncias dos autos, à luz do princípio da proporcionalidade e atento às diretrizes da sanção penal - prevenção e reparação do crime -, a diminuição de pena-base é medida imperativa. (...). Agravo regimental parcialmente provido, a fim de conceder a ordem de ofício, tão somente, para diminuir a pena-base e, por conseguinte, fixar a reprimenda do paciente em 6 (seis) anos e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, mais o pagamento 383 (trezentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no HC 566.527/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020) (grifos meus).

Lado outro, as **consequências** “devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal¹⁹.

Nesse contexto, não há como manter a valoração negativa conferida a esta vetorial, tendo em vista que o destaque genérico aos resultados danosos da traficância perante a sociedade e à prática de delitos outros relacionados ao consumo de entorpecentes não extrapola o ordinário. Consigno, nesse aspecto, para que seja atribuída valoração negativa à supracitada vetorial, faz-se necessário extrair as motivações com base no caso concreto, porquanto a reprovabilidade em abstrato da conduta inserta no tipo penal já foi aferida pelo legislador ao definir os limites da sanção correspondente à norma infringida. Ademais, a quantidade de drogas já foi aferida em prejuízo do agente, de modo que deve ser afastado o tísne reconhecido a esta vetorial, sob pena de incorrer em bis in idem.

E afastada a nota pejorativa atribuída a tal vetorial, **é de ser reduzida a pena de partida para 7 anos de reclusão**, conservando-se o o aumento de 01 ano (pouco mais de 1/6), para cada uma das vetoriais remanescentes negativadas.

Na segunda fase do apenamento, deve ser conservado o recrudescimento da corporal em **6 meses**, pela incidência da **agravante da reincidência**, devidamente demonstrada nos autos, conforme alhures assentado.

Assim, tendo em vista o redimensionamento da basilar, a pena provisória vai fixada em **07 anos e 06 meses de reclusão**.

Por fim, na terceira fase do processo dosador, a Magistrada singular, em razão do reconhecimento da majorante do artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06, procedeu o aumento à fração de 1/2.

Mantenho o recrudescimento em 1/2, pois embora seja apreendida uma única arma, estava a mesma com numeração suprimida, restando a pena definitiva em **11 anos e 03 meses de reclusão**.

A pena de multa vai confirmada em 500 dias-multa, à razão mínima, por inexistir oposição ministerial.

O **regime inicial** permanece o **fechado**, tendo em vista a recidiva, nos termos do artigo 33, 2º, alínea “a”, do Código Penal.

(b) Falsa identidade

Para o delito de **falsa identidade**, a pena de partida foi firmada no piso normativo, de 03 meses de detenção, nada havendo a ponderar em benefício do réu.

Na segunda fase, a Magistrada, entendendo presente a agravante da reincidência, procedeu o aumento em 01 mês, aspecto que não merecem reparos.

Assim, a pena definitiva vai mantida em **04 meses de detenção**.

O **regime inicial** deve ser o **semiaberto**, tendo em vista a recidiva e a impossibilidade de iniciar o cumprimento da pena de detenção em regime fechado, nos termos do artigo 33, caput²⁰ e 2º, alínea “b”, do Código Penal.

Concurso Material:

Realizado o somatório das penas, **a pena total deve ser redimensionada para 11 anos e 03 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado; e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, bem ainda à pena de multa cumulativa de 500 dias-multa, à razão mínima.**

Lado outro, em relação ao pedido de **isenção da pena de multa**, este não é possível, uma vez que se trata de sanção pecuniária inerente ao próprio tipo penal. Não cabe, portanto, à Magistrada sentenciante, decidir quando fará incidir uma norma de caráter obrigatório, devendo eventual pedido relativo à impossibilidade de pagamento ser postulado perante o Juízo competente.

Prequestionamento

No concernente ao prequestionamento suscitado, destaco que o julgador não está obrigado à análise de cada um dos dispositivos de lei federal e da Constituição Federal destacados pelas partes, bastando que fundamente a sua decisão acerca dos questionamentos postos a julgamento com base na legislação que entende pertinente.

Por todo o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso e, na parte em que conhecido, provê-lo em parte, ao efeito de redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu para 11 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, mantidas as demais disposições sentenciais.

Documento assinado eletronicamente por **VIVIANE DE FARIA MIRANDA, Juíza Relatora**, em 27/8/2021, às 16:21:32, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000937795v142** e o código CRC **47a3f872**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VIVIANE DE FARIA MIRANDA

Data e Hora: 27/8/2021, às 16:21:32

-
1. SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. - 2. ed. - São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 84
 2. SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. - 2. ed. - São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 85
 3. Art. 155 do Código de Processo Penal: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.
 4. CUNHA, Rogério Sanches; PINHO, Ronaldo Batista. Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos. 2 ed. rev., ampl. e atual, p. 407.
 5. HABIB, Gabriel. GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.) Leis Penais Especiais. Vol. Único. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 683.
 6. Prevê o caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06: “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.
 7. “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (AgRg no AREsp 1624427/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJE 23/03/2020).
 8. Súmula 522 STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.
 9. Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: [...] IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;
 10. HC 104410. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.
 11. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 158.087/MS, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 28/09/2018.
 12. Prevê a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 33, §4º: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.
 13. SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. - 2. ed. - São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 102
 14. HABIB, Gabriel. GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.) Leis Penais Especiais. Vol. Único. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 703.
 15. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997, p. 334 e 335.
 16. BOCCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus critérios de aplicação. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91
 17. Lei de Drogas: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 145-146.
 18. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Mostra-se idôneo o aumento da pena-base, 1/6 acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e o grau deletério da droga apreendida (67,46g de crack), conforme dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06. 2. O Tribunal a quo negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividades criminosas. Esse

entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda perecuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. Precedentes. 3. A quantidade da droga apreendida demonstra a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 526.747/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019)

19. STJ - HC 374.495/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017.

20. Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
2ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5060594-32.2020.8.21.0001/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)

RELATORA: JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA

APELANTE: SEGREDO DE JUSTIÇA

APELADO: SEGREDO DE JUSTIÇA

EMENTA

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E FALSA IDENTIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.

1. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. Caso penal em apreço em que os policiais militares, durante patrulhamento de rotina, receberam **denúncia de popular** informando a presença, no local indicado, de um **indivíduo foragido do sistema prisional**, de alcunha "Baiano". E foi nesse contexto que os agentes da segurança pública deslocaram-se em diligências ao local apontado e, com a autorização do proprietário do imóvel - um terreno com duas casas -, dirigiram-se ao cômodo ocupado pelo réu. Depreende-se ainda que os policiais bateram à porta e foram atendidos pelo réu, o qual, no entanto, resistiu à voz de abordagem, sendo necessário o uso moderado da força para contê-lo, com ele sendo encontrada, na revista pessoal, um revólver Rossi calibre .38, bem como, somente após, em buscas realizadas no imóvel, foram encontradas as drogas e demais objetos apreendidos. Insta salientar que o réu apresentou-se com nome falso, entregando aos policiais a CNH de outra pessoa. Assim que, do panorama delineado, tem-se como autorizado o ingresso na residência, tendo em vista a informação de que ali se ocultava foragido do sistema prisional, também delineada a situação de flagrância por conta, ainda, da localização da arma na cintura do réu durante a revista pessoal, antes mesmo de adentrarem no imóvel (uma peça única com banheiro).

2. TRÁFICO DE DROGAS. SOLUÇÃO CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. Para a configuração do ilícito penal previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, prescinde que o agente seja preso no momento exato em que fornece materialmente a substância proscrita para terceiro, bastando para que seja caracterizado o tráfico a presença de circunstâncias concretas a indicar o comércio ilícito de entorpecentes. Dos elementos prospectados nos autos evidencia-se que a manutenção da condenação do réu, no caso concreto, é medida imperativa. Em que pese em Juízo o réu tenha feito uso do seu direito de permanecer em silêncio – o que não pode vir em seu desfavor – é certo que a prova oral produzida pela acusação evidencia, com clareza, ter sido ele o protagonista do crime de tráfico de drogas descrito na denúncia. Com efeito, é preciso ressaltar que os policiais militares ouvidos em contraditório judicial mantiveram seus testemunhos alinhados às narrativas prestadas na fase investigativa, mostrando-se convincentes e harmônicos entre si acerca das particularidades do caso. E ambos, frise-se, deixaram assente que, durante patrulhamento de rotina receberam uma informação de um popular noticiando a localização de um possível foragido do sistema penal, de alcunha "Baiano". Durante diligências no local apontado, foram atendidos pelo proprietário do terreno, o qual franqueou a entrada dos agentes. Ato seguinte, bateram à porta do réu e foram atendidos, tendo este negado a abordagem, sendo necessário o uso moderado da força. Em revista pessoal, encontraram a arma em sua cintura e, nesse contexto, ingressaram no recinto, onde foram localizadas as substâncias estupefacientes e a balança de precisão. Além disso, o acusado apresentou aos policiais uma CNH de outra pessoa, somente se identificando depois de constatada a falsa identificação, oportunidade em que verificaram a existência de 5 mandados de prisão contra ele, que

finalmente assumiu a posse dos entorpecentes. Apreensão de 02 tijolos de cocaína, pesando aproximadamente 1.990 gramas; 01 tijolo de crack, pesando aproximadamente 01Kg; 01 revólver, marca Rossi, calibre .38; 05 munições de calibre .38 e 01 balança de precisão. Situação fática a evidenciar a situação de traficância.

3. PALAVRA DOS POLÍCIAS MILITARES. VALIDADE. Deve se ter presente que o fato de as testemunhas de acusação serem agentes públicos, por si só, não se consubstancia em motivo para que suas declarações sejam recebidas com cautela ou ressalva, salvo hipóteses em que reste evidenciado o interesse particular do servidor público na investigação, o que sequer se cogita no caso em tela.

4. FALSA IDENTIDADE. SOLUÇÃO CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. A prova oral e material é convergente, deixando assente que o réu apresentou documento falso - CNH apreendida. A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em alegada autodefesa, é típica, consoante Súmula 522 do STJ.

5. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. NÃO CONHECIMENTO. Recorrente absolvido em relação ao delito da Lei de Armas. Circunstância observada unicamente para majorar a pena do crime de tráfico de drogas, em sentença. Não conhecimento do apelo, no ponto.

6. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento acerca da constitucionalidade do artigo 61, inciso I, do Código Penal, com a valoração da reincidência na dosimetria da pena. Precedentes das Cortes Superiores.

7. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS: Basilar redimensionada para 07 anos de reclusão, com o afastamento do tise conferido à vetorial consequências do crime, sob pena de incorrer em bis in idem. Recrudescimento de 2 anos mantido com base na expressiva quantidade - quase 3 kg - e natureza das substâncias estupefacientes apreendidas - crack e cocaína. Na segunda fase, confirmado o incremento de 6 meses pela recidiva, que resultou na pena provisória de 7 anos e 6 meses de reclusão. Por fim, na derradeira fase, matenho a fração aplicada pela incidência da majorante do artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/06, em 1/2. Pena definitiva redimensionada para 11 anos e 03 meses de reclusão. Mantido o regime prisional fechado para o início do cumprimento da reclusiva, por conta da reincidência. Pena de multa de 500 dias-multa, à razão mínima, como posto na sentença. **FALSA IDENTIDADE:** Pena de partida arbitrada no piso normativo, de 03 meses de detenção. Na segunda fase, agravada a reprimenda em 01 mês, pela reincidência. E inexistindo outras causas modificativas, a pena de 04 meses de detenção restou inalterada. Fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento. **CONCURSO MATERIAL.** Pena total redimensionada para 11 anos e 03 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado; e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e pena de multa cumulativa de 500 dias-multa, à razão mínima.

8. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não prospera o pleito de isenção da pena de multa, em se tratando de sanção pecuniária inerente ao próprio tipo penal. E eventual alegação de impossibilidade de pagamento deve ser postulado perante o Juízo competente.

9. PREQUESTIONAMENTO. O julgador não está obrigado à análise de cada um dos dispositivos de lei federal e da Constituição Federal destacados pelas partes, bastando que fundamente a sua decisão acerca dos questionamentos postos a julgamento na legislação que entende pertinente ao caso.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE QUE CONHECIDO, PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na parte em que conhecido, provê-lo em parte, ao efeito de redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao réu para 11 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 04 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, mantidas as demais disposições sentenciadas, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de agosto de 2021.

Documento assinado eletronicamente por **VIVIANE DE FARIA MIRANDA, Juíza Relatora**, em 27/8/2021, às 16:21:32, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000937796v41** e o código CRC **ed52a0dd**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VIVIANE DE FARIA MIRANDA

Data e Hora: 27/8/2021, às 16:21:32



Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 23/08/2021

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5060594-32.2020.8.21.0001/RS

RELATORA: JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR JOSE ANTONIO CIDADE PITREZ

PROCURADOR(A): EDUARDO BERNSTEIN IRIART

APELANTE: SEGREDO DE JUSTIÇA

APELADO: SEGREDO DE JUSTIÇA

ADVOGADO: CRISTIANO VIEIRA HEERDT (DPE)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual do dia 23/08/2021, na sequência 467, disponibilizada no DE de 12/08/2021.

Certifico que a 2ª Câmara Criminal, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:
A 2ª CÂMARA CRIMINAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E, NA PARTE EM QUE CONHECIDO, PROVÊ-LO EM PARTE, AO EFEITO DE REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO RÉU PARA 11 ANOS E 03 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 04 MESES DE DETENÇÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES SENTENCIAIS.

RELATORA DO ACÓRDÃO: JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA

VOTANTE: JUIZA DE DIREITO VIVIANE DE FARIA MIRANDA

VOTANTE: DESEMBARGADOR JOSE ANTONIO CIDADE PITREZ

VOTANTE: DESEMBARGADOR LUIZ MELLO GUIMARAES

NICOLAS DA SILVA BARBOSA
Secretário

APELAÇÃO
CRIMINAL 5074947-
77.2020.8.21.0001

PODER JUDICIÁRIO
-----RS-----



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5074947-77.2020.8.21.0001/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)

RELATOR: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

APELANTE: DIEGO LOPES DA ROSA (ACUSADO)

APELANTE: MAGDA KETELLIN DA SILVA MACHADO (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra DIEGO LOPES DA ROSA e MAGDA KETELLIN DA SILVA MACHADO, dando-os como incurso nas sanções do artigos 33, caput e 35, caput, ambos da Lei de Drogas, bem como no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal, com incidência, quanto ao acusado Diego, do artigo 60, inciso I do mesmo diploma legal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

1º FATO:

No dia 10 de julho de 2020, por volta das 08h00min, no interior da residência localizada na rua 698, nº XX/AC 3, no Bairro Humaitá, nesta Capital, os denunciados **mantinham em depósito, para fins de mercancia, 110 (cento e dez) eppendorfs contendo cocaína, pesando aproximadamente 60g (sessenta gramas) com embalagens; 187 (cento e oitenta e sete) porções de cocaína, pesando aproximadamente 50g (cinquenta gramas) com embalagem; 51 (cinquenta e uma) porções de maconha, pesando aproximadamente 50g (cinquenta gramas) com embalagem; 12 (doze) porções de crack, pesando aproximadamente 1,5g (um virgula cinco gramas) com embalagem e 1 (uma) porção grande de maconha, pesando aproximadamente 41g (quarenta e um gramas), substâncias estas que causam dependência física e/ou psíquica, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares presentes na Portaria n.º 344/98 SVS/MS.**

2º FATO::

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados **associaram-se** para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

3º FATO:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, descritos no 1º fato, os denunciados **mantinham sob guarda e/ou ocultavam 01 (um) revólver marca Taurus, calibre .38, numeração JE301356, infra/tambor: 5589; 10 (dez) munições de calibre .12; 23 (vinte e três) munições de calibre .38 e 01 (um) carregador de pistola marca Taurus, calibre .9mm, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.**

A denúncia foi recebida em 15 de julho de 2020.

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença de procedência da ação penal, para condenar o acusado Diego Lopes da Rosa como incurso nas sanções dos artigos 33, caput e 35, caput, ambos da Lei de Drogas e do artigo 12 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal, todos combinado com os artigos 61, I, e 65, III, “d”, ambos do Código Penal, às penas de 12 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 01 ano, 01 mês e 22 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e 1610 dias-multa; e condenar a acusada Magda Ketellin da Silva Machado, como incurso nas sanções dos artigos 33, caput e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/06; do artigo 12 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal, todos combinado com o artigo 65, I, do Código Penal, às penas de 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado e 01 ano de detenção, em regime aberto, e 1575 dias-multa.

Inconformados, os réus interpuuseram recursos de apelação.

Em suas razões, a defesa de Diego requer, preliminarmente, a nulidade da prova pela violação do domicílio. No mérito, pede a absolvição de todos os delitos imputados, ante a insuficiência probatória quanto às drogas e a associação e pela atipicidade da conduta quanto aos artefatos bélicos. Em caso de manutenção da condenação, postula a aplicação da consunção, com incidência da majorante prevista no artigo 40, inciso IV da Lei de Drogas. Quanto ao apenamento, postula a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, bem como, a redução da base e a isenção da pena de multa. Por fim, pede manifestação expressa acerca dos dispositivos legais e constitucionais mencionados para fins de questionamento.

A defesa de Magda, em suas razões de apelação, pede a absolvição por insuficiência probatória em relação a todos os delitos imputados

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Registra-se que esta Câmara adotou o procedimento informatizado, tendo sido atendido o disposto no artigo 613, inciso I, do Código de Processo Penal.

VOTO

PRELIMINAR - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - Recurso do acusado Diego.

A defesa do acusado Diego alega nulidade da prova, em razão da violação de domicílio, o que, adiante, não deve prosperar

Segundo os depoimentos dos agentes estatais ouvidos em juízo, eles foram informados acerca da possível presença do acusado, suspeito de integrar organização criminosa envolvida com o tráfico de entorpecentes, em Porto Alegre. Ainda, havia mandado de prisão contra o réu, que estava foragido (fls. 25; 69), bem como as informações davam conta que ele possuía papel relevante no grupo criminoso. A condição de foragido já era do conhecimento dos policiais, bem como eles já tinham diligenciado na casa dele anteriormente, ocasião em que a companheira dele foi presa e ele conseguiu fugir. Neste contexto, os policiais dirigiram-se ao local indicado e, ao realizarem cerco ao redor da residência, o acusado empreendeu fuga pela janela, deparando-se com a equipe que estava nos fundos e dispensando uma arma. Na sequência, ingressaram na residência, após terem o acesso franqueado pela corré Magda, onde localizaram as drogas, a arma e as munições apreendidas.

A diligência foi legítima para fins de averiguação de eventual prática criminosa naquele local, bem como de busca do acusado que se encontrava foragido, o qual foi avistado em ato de fuga pela janela, ocasião em que dispensou uma arma. Configurada, assim, a justa causa para o ingresso no domicílio, diante de elementos objetivos e racionais a caracterizar, “ex ante”, situação de flagrância, na linha da decisão do STF e STJ.

Neste contexto, constatado, a partir de informações, que indivíduo foragido estava em determinado local, o ingresso dos policiais na casa, que resultou na apreensão das drogas, não constitui violação de domicílio nem contamina as provas colhidas. Ademais, a acusada, a qual possuía relacionamento com o réu na data do fato, teria franqueado a entrada no imóvel, circunstância que, de todo modo, não altera o cenário de flagrante já evidenciado.

Assim rejeito a preliminar.

MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA

A materialidade do delito restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 02/28), pelo auto de apreensão (fls. 18/19), pelos laudos de constatação da natureza das substâncias (fls. 20/21), pelos laudos toxicológicos definitivos da droga apreendida (fls. 140/143) e da arma de fogo (fl. 197).

Quanto à autoria, a juíza singular condenou os acusados pela prática dos delitos de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e posse irregular de arma de fogo e munição. Destaco trechos da sentença acerca da descrição da prova oral:

O réu, **Diego Lopes da Rosa**, ao ser interrogado, admitiu que as drogas não eram suas, pois foram encontradas em outro local, contudo, para não prejudicar sua mulher, achou por bem “confessar”. Referiu que estava usando tornozeleira eletrônica quando foi preso. Admite a presença de arma de fogo na residência, que era para sua proteção. Em relação às drogas, alegou enxerto, mas reafirmou que vai “confessar”. Ressaltou que sua esposa não tinha nenhum envolvimento com os crimes. Não conhecia os policiais anteriormente, contudo, mencionou que era perseguido pelos agentes. Confessou ter dispensado a arma de fogo quando a polícia chegou em sua residência, bem como que sua esposa foi presa no mesmo local anteriormente por tráfico de drogas (CD fl. 268).

A corré, **Magda Ketelyn da Silva Machado**, ao ser interrogada, negou os fatos, afirmando que teve a residência invadida por agentes da polícia civil, os quais abordaram seu marido. Asseverou que foi colocada na área da casa e apenas na Delegacia de Polícia é que tomou conhecimento do que foi apreendido. Desconhecia a presença de arma e drogas no local, embora tenha sido presa por tráfico de drogas na mesma casa há cerca de um mês. Esclareceu que na primeira oportunidade as drogas encontradas eram de Diego. Não tem nada contra os policiais que efetuaram sua prisão. Admite que o réu estava de tornozeleira quando foi preso (CD fl. 268).

Em que pese a negativa apresentada pelos réus, esta não se sustenta diante do relato firme e coerente dos policiais responsáveis pela prisão. Senão vejamos:

Com efeito, a policial civil **Leirane de Oliveira Fernandez**, em juízo, disse que em outra oportunidade os réus já haviam sido abordados por seus colegas, época em que Diego estava foragido e conseguiu fugir por um matagal. Algum tempo depois, receberam a informação de que Diego estava na localidade, pelo que foram até lá e efetuaram a abordagem, localizando armas e drogas. Explicou que no momento da abordagem o réu tentou fugir pelo mato, porém, foi detido por policiais que lá o aguardavam. Na fuga, o réu dispensou uma arma de fogo. No interior da residência onde estava a acusada foi localizado, dentro de uma bolsa infantil, as munições e os entorpecentes. A ré, ao ser questionada a respeito da atividade de seu marido, informou que tinha conhecimento, inclusive sobre a arma. A acusada já havia sido presa antes no mesmo local, quando Diego conseguiu fugir. Recordou que foram localizados potinhos com desenhos do Bob Marley na residência, assim como maconha, cocaína e crack. Esclareceu que estiveram no local porque receberam denúncia de que havia um indivíduo foragido cometendo tráfico de drogas. No momento da prisão o réu informou que era da facção Anti-bala. Asseverou que o réu fugiu pela janela da residência em direção aos fundos, sendo fraqueada a entrada pela ré, que informou estar sozinha. Diego estava portando a arma de fogo no momento da abordagem, porém, quando viu a polícia, dispensou no solo. No interior da residência havia somente munições (CD fl. 268).

O policial, **Guilherme André Antero Arcoverde**, ao prestar depoimento em juízo, asseverou que receberam denúncia de traficância de indivíduo foragido, pelo que foram averiguar. Esclareceu que já estiveram no mesmo local anteriormente, ocasião em que apenas a ré foi presa por tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo e munições, pois o réu conseguiu fugir. Nesta abordagem, bateram à porta da residência, sendo recebidos por Magda, que franqueou a entrada. Nesse momento, já conseguiram visualizar Diego pulando a janela pelos fundos, restando abordado por agentes estrategicamente posicionados. Foram apreendidas uma arma de fogo e substâncias entorpecentes, consistente em crack, maconha e cocaína, além de munições de calibre 12, 9 mm e 38. Tem conhecimento que o réu é parte integrante da facção Anti-bala, inclusive possuindo posição de gerência (CD fl. 268).

A testemunha e informante, **Márcia de Jesus da Rosa e Vereoni Regina Pruss Fagundes**, nada souberam dizer sobre os fatos, visto não tê-los presenciado, limitando-se a abonar a conduta da ré (CD fl. 268).

TRÁFICO DE DROGAS

Com relação ao acusado Diego, **há elementos suficientes para a condenação.**

Segundo os policiais civis que realizaram a abordagem, após receberem informações da localização do acusado Diego, deslocaram-se ao endereço indicado, para averiguar a prática de traficância, bem como realizar a prisão do réu que se encontrava foragido. Então, Diego pulou a janela dos fundos da casa, tentando empreender fuga pelo mato. Como em abordagem anterior o réu teve êxito na fuga, os policiais já estavam estrategicamente posicionados, pelo que detiveram o acusado. Na fuga, o réu dispensou a arma de fogo apreendida. No interior da residência, foram localizados dentro de bolsa infantil munições e entorpecentes. A ré havia sido presa em abordagem anterior, no mesmo local, ocasião em que o corréu Diego conseguiu fugir. Por fim, no momento da prisão, o acusado informou que era da facção Anti-bala e o policial Guilherme asseverou que tem conhecimento de que ele exerce posição de gerência na rede do tráfico (mídia de fl. 268).

O réu Diego, em sede judicial, alegou enxerto das drogas, mas afirmou que iria confessar a propriedade, como fez no momento da abordagem, para não prejudicar sua companheira. Admitiu a posse da arma de fogo, informando que a utilizava para sua proteção e que a dispensou durante a fuga. Referiu que estava usando tornozeleira eletrônica quando foi preso e que a acusada foi presa no mesmo local em abordagem anterior por tráfico de drogas (mídia de fl. 268).

A acusada Magda, por sua vez, negou os fatos, alegando que sua casa foi invadida pelos policiais. Só soube o que foi apreendido na delegacia, não tendo conhecimento da presença de arma e drogas no local. Confirmou que foi presa por tráfico de drogas na mesma casa há cerca de um mês, mas disse que as drogas eram de Diego (mídia de fl. 268).

A testemunha e informante ouvidas em juízo não presenciaram os fatos, apenas abonaram a conduta da ré (mídia de fl. 268).

A versão do réu encontra-se isolada nos autos e na contramão do conjunto probatório, restringindo-se à corriqueira tese do enxerto. Em contraponto, as narrativas dos policiais são unânimes e coerentes na delegacia e em juízo, a conferir fidedignidade ao panorama encontrado, não existindo qualquer elemento com força de fragilizar a versão por eles apresentada.

Os agentes afirmaram terem recebido informações de que o acusado estava traficando no endereço indicado, e, por estar foragido há mais de dois meses, realizaram a diligência na residência, momento em que abordaram o réu e apreenderam as drogas, a arma e as munições.

Os depoimentos prestados por policiais militares revestem-se de eficácia probatória, a qual restará comprometida apenas quando não encontre apoio nos demais elementos ou em face de má-fé devidamente constatada, o que não é o caso dos autos. Ademais, não é crível que agentes estatais, no exercício da função, atribuíssem, aleatória e injustamente, responsabilidade por crime a terceiro inocente.

Acerca do panorama, a prova judicial não deixa dúvida da traficância perpetrada pelo acusado. Na residência em que estavam os réus foram apreendidas 110 eppendorfs contendo cocaína (aproximadamente 60g); 187 porções de cocaína (aproximadamente 50g); 51 porções de maconha (aproximadamente 50g); 12 porções de crack (aproximadamente 1,5g) e 1 porção grande de maconha, pesando aproximadamente 41g -, além de arma de fogo e munições de calibre 12. e 38, e um carregador de pistola calibre 9mm.

Além disso, o relatório de análise criminal (fls. 219/223) indica diversos arquivos de áudios e de imagens extraídas do telefone celular apreendido com o réu, que revelam seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Estão presentes fotografias de drogas, armas, munições e anotações de contas compatível com a atividade de grência na organização da rede de tráfico.

Ainda, o fato não se revela isolado na vida do acusado, que ostenta condenações definitivas por tráfico de drogas e posse de arma de fogo e munição (processos nº 008/2.18.0000296-4 e 008/2.16.0003530-5), fato que agregado aos demais elementos presentes nos autos, incrementa a tese acusatória.

O crime de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, é daqueles denominados 'tipo misto alternativo', ou seja, apresenta multiplicidade de verbos nucleares que se realizados, individual ou conjuntamente, configuram a prática do delito. No caso, mesmo que não presenciado qualquer ato de comércio, as circunstâncias do flagrante demonstram a realização da conduta de "ter em depósito", presente no referido tipo penal incriminador da Lei de Drogas. Além disso, a apreensão de quantidade significativa de entorpecente, alguns de natureza bastante lesiva, e o relatório criminal com os dados obtidos do celular do acusado, revelam a destinação comercial da droga apreendida. Resta configurado, portanto, o delito de tráfico de entorpecentes.

Dessa forma, não há dúvida acerca da responsabilidade do acusado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, devendo ser mantida a condenação.

Com relação à ré Magda, com a vênia da magistrada sentenciante, não verifico elementos suficientes para a condenação.

Embora o panorama traga fortes indicativos de que a acusada tinha ciência da conduta ilícita do companheiro, sobre eventual adesão a tal conduta, os elementos gravitam na esfera da presunção. Os acusados são companheiros e moram juntos no local em que realizada a abordagem; embora não reste dúvidas de que Diego é integrante da rede do tráfico, o mesmo não se pode afirmar de Magda.

Os elementos apresentados nos autos não são suficientes para conclusão certa e segura sobre a participação da ré na traficância. A diligência realizada na casa dos acusados tinha como alvo apenas o réu, sem nenhuma referência à Magda; além disso, ambos os casos em que foi presa pelo delito de tráfico decorreram de abordagens que visavam seu companheiro Diego, sendo as duas realizadas na residência em que moram os acusados. Ainda, nos elementos que vieram aos autos, acerca do celular do réu, nada consta sobre conversas envolvendo a acusada na traficância.

Neste contexto, pesa em desfavor de Magda a presença no local, o que se justifica pelo relacionamento mantido com o réu, todavia, não há como afirmar, com a certeza necessária para condenação, que possuía vínculo com as drogas apreendidas, as quais estavam guardadas em bolsa infantil. Além disso, o réu assumiu a propriedade tanto dos entorpecentes, quanto da arma apreendida em sua posse.

Embora o panorama traga indicativos de ciência, não há prova da adesão de Magda à conduta ilícita. Para formação de um juízo de convicção, valem as provas submetidas ao contraditório. A condenação exige certeza. Presente qualquer possibilidade de dúvida séria, a prova não foi suficiente.

Assim, impõe-se a absolvição da ré, forte no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

No que tange à associação, absolvida a acusada do delito de tráfico de entorpecentes, não há qualquer prova acerca de estabilidade em vínculo associativo voltado para traficância de ambos os acusados.

Neste contexto, absolvo ambos os réus da imputação referente ao delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO

Tenho que, no caso, **deve ser mantida a condenação apenas em relação ao acusado Diego.**

Conforme depoimentos unânimes dos policiais, a arma foi apreendida logo após o acusado dispensá-la na tentativa de fuga, enquanto as munições estavam guardadas em uma bolsa infantil, juntamente com os entorpecentes apreendidos no interior da residência dos réus. Além disso, o acusado confessou em juízo a posse da arma de fogo.

A eficácia da arma foi comprovada em laudo pericial (fl. 197).

Inobstante, a conduta de possuir arma de fogo ou munição de uso permitido configura crime de perigo abstrato, não se exigindo a efetiva lesão, tampouco o perigo em concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, de modo que o delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo. Desnecessária, portanto, a comprovação do potencial ofensivo para que se configure o tipo penal. Isso porque a lei que veda a posse sem a devida autorização objetiva proteger não apenas a incolumidade física de outrem, mas, principalmente, a segurança pública e a paz social.

Por essa razão, **também, não há falar em atipicidade por ausência de ofensividade ao bem jurídico**, como pretende a defesa do acusado Diego.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento:

Esta Corte já sedimentou o entendimento de que os crimes de posse de porte de arma de fogo ou munição são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco pelo porte/posse de arma de fogo ou munição, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial (EDcl no AREsp 1616809 / GO, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 03/11/2020).

Em relação à ré, seguindo a fundamentação quanto ao delito de tráfico de drogas, também não há nos autos elementos de certeza que a vinculem com a arma ou as munições apreendidas, razão pela qual entendo ser o caso de absolvição.

Assim, absolvo a acusada Magda do delito de posse irregular de arma de fogo e munição, em atenção ao artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal e mantenho a condenação do acusado, proprietário da arma.

MAJORANTE PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO IV DA LEI DE DROGAS - Recurso do acusado Diego.

Diferente do que alega a defesa de Diego, não cabe a aplicação da majorante prevista no artigo 40, inciso IV da Lei nº 11.343/06 em substituição à condenação pelo delito autônomo.

O emprego de arma de fogo na prática do crime de tráfico de drogas é circunstância expressamente elencada como causa de aumento de pena. Nos termos do artigo 40, IV da Lei nº 11.343/06, a majorante incide quando “o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”.

O Superior Tribunal de Justiça, embora o tema não tenha sido objeto de discussão mais específica, e permaneça [a própria consunção] com alguns contornos duvidosos, tem associado a majorante ao fator intimidação:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, IV, AMBOS DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. ARMA USADA COMO PARTE DO PROCESSO DE INTIMIDATION DIFUSA OU COLETIVA. VIABILIZAÇÃO DA PRÁTICA DO NARCOTRÁFICO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 2. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se no momento da apreensão a arma estiver sendo usada como parte do processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico, como na hipótese, correta a aplicação da majorante do art. 40, IV, da Lei de drogas.
(AgRg no HC 577.166/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2020, DJe 17/08/2020)

“HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE NÃO COMPROVADO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL

DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA. APLICAÇÃO. ABRANDAMENTO DO REGIME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.3. A moldura fática descrita no acórdão permite verificar que o ora paciente efetuou disparos de arma de fogo contra a autoridade policial, circunstância que configura a majorante do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/2006, porquanto evidencia que o artefato foi empregado, pelo réu, para a prática do tráfico de drogas, como forma de intimidação.” (HC 440248, j. 23/8/2018, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti);

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. DELITO DO ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003 E INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) II - Da análise perfunctória dos elementos, não há como excluir a condenação pelo crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, visto que a arma apreendida, no contexto descrito pelo acórdão impugnado, não foi utilizado como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico [...]”. (HC 242256, j. 03/12/2019, 5ª Turma, Rel. Min. Des. Leopoldo de Arruda Raposos)

Assim, na busca de interpretação mais sistemática e levando em conta os diferentes desenhos textuais dos tipos envolvidos nos casos mais frequentes, o critério que vislumbro para concluir pela aplicação da majorante é o seguinte: o traficante que, demonstrando ser mais perigoso que a imensa maioria dos agentes destes delitos (caracterizado pela ausência de violência e com fluxo no qual a vítima procura o fornecedor/vendedor), além de realizar o tipo fundamental de tráfico, emprega arma de fogo de modo a intimidar a comunidade – no escopo de incrementar seu negócio, fortalecer sua facção, garantir sua impunidade, impor a lei do silêncio, para além do primeiro sentido social (um tráfico desabusado, que periclitava mais gravemente a saúde pública), acresce à reprovação social outro sentido autônomo e muito relevante, pois escolheu conscientemente armar-se com equipamentos, por vezes proibidos ou com numeração suprimida, de forma a burlar o sistema nacional de armas e movimentar um mercado clandestino de circulação de armamento pesado, irrigando as organizações criminosas. Aparato bélico que, no quadro apresentado, não se esgota no flagrante pontual da atividade do tráfico em si, mas permanece como arsenal à disposição para empreitadas sucessivas de criminalidade violenta, seja patrimonial ou contra a vida, o que torna duvidosa, ao menos em termos de razoabilidade, a pura e simples consunção.

De toda a sorte, no caso, a partir da dinâmica do flagrante - mera posse de armas, munição e drogas na residência -, o “emprego” da arma não se revela, modo concreto, para viabilizar a prática do tráfico de drogas, como forma de intimidação, a significar que, no contexto flagrado, não acresce sentido mais relevante ao comércio de drogas ali perpetrado, não justificada a aplicação da majorante.

Não configurada a majorante do emprego de arma, não há falar em consunção, configurado o delito autônomo de posse irregular de arma de fogo e munição.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - Recurso do acusado Diego

Pena-base

A magistrada a quo fixou as basilares em 07 anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas e 01 ano, 04 meses e 15 dias de detenção, tocante ao delito de posse irregular de arma de fogo e munição. Destaco trechos da sentença acerca das fundamentações utilizadas para exasperação das basilares:

Tráfico de drogas

A culpabilidade, tida como grau de reprovabilidade da conduta é acentuada, porque praticado o delito quando o réu estava foragido do sistema prisional, como faz prova o documento juntado à fl. 25. O réu é reincidente, o que será valorado na segunda fase da aplicação da pena. Contudo, registra outras duas condenações anteriores ao fato, uma definitiva e uma provisória, sendo aqui considerado maus antecedentes. Conduta social e personalidade sem elementos para aferição, presumindo-se normais. Motivos comuns à espécie. Circunstâncias relevantes, considerando que o réu armazenava três tipos de drogas em elevada quantidade, uma delas o crack, substância altamente nociva e de rápida deterioração dos usuários. As consequências resultantes do delito não constam dos autos, mas reprováveis em virtude dos nefastos efeitos que o tráfico de substância entorpecente possui no meio social. Desconsidero o comportamento da vítima, pois é o Estado o sujeito passivo deste delito.

Para a fixação da pena-base, considero preponderante a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta social (art. 42 da Lei nº 11.343/06).

[...]

Posse irregular de arma de fogo e munição de uso permitido:

A culpabilidade, tida como grau de reprovabilidade da conduta é acentuada, porque praticado o delito quando o réu estava foragido do sistema prisional, como faz prova o documento juntado à fl. 25. O réu é reincidente, o que será valorado na segunda fase da aplicação da pena. Contudo, registra outras duas condenações anteriores ao fato, uma definitiva e uma provisória, sendo aqui considerado maus antecedentes. Conduta social e personalidade sem elementos para aferição, presumindo-se normais. Motivos comuns à espécie. Circunstâncias relevantes, tendo em vista que além da arma de fogo foram apreendidas munições de dois calibres distintos, em quantidade considerável, além de um carregador de pistola de calibre 9mm, o que extrapola o tipo penal. Não há consequências maiores do crime praticado. Desconsidero o comportamento da vítima, pois é o Estado o sujeito passivo deste delito.

No que tange às consequências do delito de tráfico de drogas, a justificativa apontada pela magistrada é o resultado danoso decorrente de todo delito de tráfico de drogas (STJ, HC 279605/AM, 5ª T., Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 09/06/2015 e HC 217134 / SC, 6ª T., Min. Sebastião Reis Jr., j. em 06/03/12), não servindo de elemento idôneo para a valoração negativa da vetorial.

No caso, inexistentes elementos suficientes para a aferição segura, as consequências resultantes do delito não podem ser valoradas negativamente.

Por outro lado, a significativa quantidade de drogas, a par da diversidade e da natureza bastante lesiva de duas espécies, bem como a negatização das vetoriais culpabilidade e antecedentes, nos temos da fundamentação que constou na sentença, autorizam o aumento, com base no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ainda, o fato de possuir, além da arma, diversas munições de dois outros calibres é circunstância que autoriza maior reprovação.

Desde que mantido o apenamento e respeitados os limites da imputação e a prova produzida, possível realizar nova ponderação sobre a dosimetria aplicada pelo juízo a quo, encontrando melhor fundamento e motivação própria, sem que se esteja a violar o non reformatio in pejus, sequer de forma indireta. O fenômeno decorre do amplo efeito devolutivo da apelação e do princípio constitucional da individualização da pena. Agregado/explicitado fundamento para manter uma pena já quantificada, coloca-se sobre a reprimenda o selo da razoabilidade, que seria rasgado, para quem da justa medida, se descontada qualquer fração matemática¹.

O juízo de valor de cada circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal deve ser feito caso a caso, sem balizas fixas, existindo, por óbvio, hipóteses a revelar maior gravidade, de modo a justificar exasperação diferenciada para uma mesma vetorial. O percurso jurisprudencial vem buscando critérios mais objetivos de razoabilidade e proporcionalidade. Assim que há precedentes no Superior Tribunal de Justiça no sentido de exasperação da pena-base no parâmetro de até 1/6 sobre a pena mínima para cada vetorial desfavorável, autorizado o aumento em patamar superior com base em fundamentação concreta².

Desse modo, consideradas as 03 circunstâncias negativas remanescentes, entendo adequado e razoável o incremento aplicado, mantida, portanto, as basilares fixadas na sentença ao acusado Diego.

Pena provisória - Agravante da Reincidência e Atenuante da Confissão

Requer a defesa do acusado Diego, tocante ao delito de posse ilegal de arma de fogo e munição, a preponderância da atenuante da confissão espontânea, com a fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal ou, alternativamente, sua compensação integral com a agravante da reincidência. Ainda, postula a redução do aumento aplicado pela reincidência, quanto ao crime de tráfico de drogas.

A magistrada sentenciante entendeu pela preponderância da agravante da reincidência em face da atenuante da confissão espontânea, tendo em vista que "o réu ostenta duas condenações transitadas em julgado anterior ao fato".

Sobre o tema, a Terceira Seção da Corte Superior, ao apreciar o HC 365.963/SP, confirmou que "a melhor hermenêutica a ser implementada na ocasião, até mesmo para se evitar descompasso e afronta à proporcionalidade, deverá ser aquela voltada à possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas as espécies (genérica e específica), ressalvados os casos de multirreincidência".

No caso, o acusado é multirreincidente. Presente, portanto, circunstância específica a justificar eventual preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, adequada a compensação parcial.

Ainda, tocante ao delito de tráfico de drogas, **o aumento aplicado pela incidência da agravante da reincidência está em consonância com a orientação jurisprudencial no sentido de que a valoração deve orientar-se pelo parâmetro de até 1/6**, limite que, ultrapassado, deve ser devida e concretamente justificado³. Não ultrapassado o limite, não há que se falar em redução do quantum aplicado.

Mantenho, portanto, a pena aplicada na origem.

PENA DE MULTA - Recurso do acusado Diego

A defesa postula o afastamento ou, alternativamente, a redução da pena de multa, tendo em vista a hipossuficiência econômica do réu.

A pena de multa é preceito secundário do tipo, sendo obrigatória sua imposição, uma vez que está expressamente cominada ao delito, de forma cumulativa, não sendo possível falar em seu afastamento. O pedido de isenção com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal.

Ainda, a pena de multa aplicada está em consonância com a pena privativa de liberdade, razão pela qual não merece prosperar o pedido de redução. Mantenho, assim, a pena de multa fixada na sentença.

Prequestionamento

Por fim, o prequestionamento dos dispositivos legais e constitucionais mencionados resta atendido nos fundamentos do julgado, dispensando manifestação expressa acerca de cada artigo apontado.

Diante do exposto, voto por rejeitar a preliminar e, no mérito, por prover o apelo da acusada Magda para absolvê-la dos delitos imputados, bem como por prover parcialmente o apelo do réu Diego, para absolvê-lo da imputação referente ao delito de associação para o tráfico, com base no artigo 386, VII, do CPP. Expeça-se alvará de soltura em favor de MAGDA KETELLIN DA SILVA MACHADO, se por outro motivo não estiver presa.

Documento assinado eletronicamente por **JAYME WEINGARTNER NETO, Relator**, em 23/8/2021, às 18:39:22, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20000883607v2** e o código CRC **a7c1a9b8**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAYME WEINGARTNER NETO

Data e Hora: 23/8/2021, às 18:39:22

1. Neste sentido, voto de minha relatoria descrevendo o percurso jurisprudencial, a posição majoritária, bem como explicitando os fundamentos do posicionamento adotado (Apelação Crime Nº 70073084808, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 28/06/2017)

2. Neste sentido: “[...] A exasperação da pena-base pela existência de circunstâncias judiciais negativas deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar [...]” (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1747410 / SC, Quinta Turma, Min. Rel. Jorge Mussi, j. em 04/04/2019). “[...] Na carência de razão especial para estabelecimento de outro parâmetro, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada moduladora negativada, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedente [...]” (AgRg no HC 471847 / MS, Sexta Turma, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, j. em 28/03/2019)

3. Neste sentido: AgRg no REsp 1822454/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. em 10/09/2019, HC 516068/PR, Min. Rel. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. em 01/10/2019 e AgRg no HC 548769/RJ, 6ª T. Min. Nefi Cordeiro, j. em 10/02/2020.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
1ª Câmara Criminal

Avenida Borges de Medeiros, 1565 - Porto Alegre/RS - CEP 90110-906

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5074947-77.2020.8.21.0001/RS

TIPO DE AÇÃO: Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas (Lei 11.343/06)

RELATOR: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

APELANTE: DIEGO LOPES DA ROSA (ACUSADO)

APELANTE: MAGDA KETELLIN DA SILVA MACHADO (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. MANTIDA A CONDENAÇÃO PARA UM DOS RÉUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO.

PRELIMINAR REJEITADA (RECURSO DIEGO). A DILIGÊNCIA FOI LEGÍTIMA PARA FINS DE AVERIGUAÇÃO DE EVENTUAL PRÁTICA CRIMINOSA NAQUELE LOCAL, BEM COMO DE BUSCA DO ACUSADO QUE SE ENCONTRAVA FORAGIDO E COM

MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO AVISTADO EM ATO DE FUGA PELA JANELA, O QUE CARACTERIZA A JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO NO DOMICÍLIO, DIANTE DE ELEMENTOS OBJETIVOS E RACIONAIS A CARACTERIZAR, “EX ANTE”, SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA, NA LINHA DA DECISÃO DO STF E STJ. NÃO HÁ FALAR EM VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.

TRÁFICO DE DROGAS. 1. RECURSO DO ACUSADO. OS POLICIAIS APÓS RECEBEREM INFORMAÇÕES DA LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO DESLOCARAM-SE AO ENDEREÇO INDICADO, PARA AVERIGUAR A PRÁTICA DE TRAFICÂNCIA, BEM COMO REALIZAR A PRISÃO DO RÉU QUE SE ENCONTRAVA FORAGIDO. NO MOMENTO DA ABORDAGEM, O ACUSADO EMPREENDEU FUGA SENDO DETIDO LOGO EM SEGUIDA. EM REVISTA PESSOAL E NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA, LOCALIZARAM AS DROGAS, AS MUNIÇÕES E A ARMA APREENDIDAS. DESTINAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. **2. RECURSO DA RÉ.** EMBORA O PANORAMA TRAGA FORTES INDICATIVOS DE QUE ELA TINHA CIÊNCIA DA CONDUTA ILÍCITA DO COMPANHEIRO, SOBRE EVENTUAL ADEÇÃO A TAL CONDUTA, OS ELEMENTOS GRAVITAM NA ESFERA DA PRESUNÇÃO. A DILIGÊNCIA REALIZADA NA CASA DOS ACUSADOS TINHA COMO ALVO APENAS O RÉU, SEM NENHUMA REFERÊNCIA À ACUSADA. A CONDENAÇÃO EXIGE CERTEZA. PRESENTE QUALQUER POSSIBILIDADE DE DÚVIDA SÉRIA, A PROVA NÃO FOI SUFICIENTE. RÉ ABSOLVIDA.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIDA A ACUSADA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO HÁ QUALQUER PROVA ACERCA DE ESTABILIDADE EM VÍNCULO ASSOCIATIVO VOLTADO PARA TRAFICÂNCIA DE AMBOS OS ACUSADOS. DECISÃO REFORMADA. RÉUS ABSOLVIDOS.

POSSE IRREGULAR DE ARMA FOGO E MUNIÇÃO. 1. RECURSO DO ACUSADO. CONFORME DEPOIMENTOS UNÂNIMES DOS POLICIAIS E CONFISSÃO DO ACUSADO, A ARMA FOI APREENDIDA LOGO APÓS O RÉU DISPENSÁ-LA NA TENTATIVA DE FUGA, ENQUANTO AS MUNIÇÕES ESTAVAM GUARDADAS EM UMA BOLSA, JUNTAMENTE COM OS ENTORPECENTES APREENDIDOS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. **2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO QUE NÃO EXIGE A EFETIVA LESÃO,** TAMPOUCO O PERIGO EM CONCRETO DE LESÃO AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA NORMA, DE MODO QUE O DELITO ESTARÁ CONSUMADO COM A MERA CONDUTA DESCRITA NO TIPO. CONDENAÇÃO DO ACUSADO MANTIDA. **3. RECURSO DA RÉ.** NÃO HÁ NOS AUTOS ELEMENTOS DE CERTEZA QUE A VINCULEM COM A ARMA OU AS MUNIÇÕES APREENDIDAS. RÉ ABSOLVIDA.

ABSORÇÃO DO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA E MUNIÇÕES PELA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, IV DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE (RECURSO DIEGO). MERA POSSE DE ARMA, MUNIÇÕES E DROGAS NA RESIDÊNCIA. O “EMPREGO” DA ARMA NÃO SE REVELA, MODO CONCRETO, PARA VIABILIZAR A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS, COMO FORMA DE INTIMIDAÇÃO. DELITO AUTÔNOMO.

PENA-BASE (RECURSO DIEGO). AFASTADA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS, REMANESCEM TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE DENTRO DO PARÂMETRO ADMITIDO PELO STJ. NO CASO, A SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGAS, QUE FOGE DO ORDINÁRIO, A PAR DA DIVERSIDADE E DA NATUREZA BASTANTE LESIVA DE DUAS ESPÉCIES, JUSTIFICA O INCREMENTO EM MAIOR MEDIDA.

AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (RECURSO DIEGO). **1.** O ACUSADO É MULTIRREINCIDENTE O QUE JUSTIFICA EVENTUAL PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO, ADEQUADA A COMPENSAÇÃO PARCIAL. **2.** QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, NÃO ULTRAPASSADO O LIMITE DE ATÉ 1/6 ORIENTADO PELO STJ. QUANTUM APLICADO ADEQUADO.

PENA DE MULTA (RECURSO DIEGO). O PEDIDO DE ISENÇÃO COM BASE NA ALEGADA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DEVE SER FORMULADO PERANTE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DA RÉ PROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por maioria, vencido o Desembargador Sylvio Baptista Neto, rejeitar a preliminar e, no mérito, por prover o apelo da acusada Magda para absolvê-la dos delitos imputados, bem como por prover parcialmente o apelo do réu Diego, para absolvê-lo da imputação referente ao delito de associação para o tráfico, com base no artigo 386, VII, do CPP.

Porto Alegre, 19 de agosto de 2021.

Documento assinado eletronicamente por **JAYME WEINGARTNER NETO**, em 24/8/2021, às 14:51:25, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc2g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **20001081765v5** e o código CRC **ceedf9eb**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JAYME WEINGARTNER NETO

Data e Hora: 24/8/2021, às 14:51:25



Poder Judiciário

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 19/08/2021

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5074947-77.2020.8.21.0001/RS

RELATOR: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR SYLVIO BAPTISTA NETO

PROCURADOR(A): IVORY COELHO NETO

APELANTE: DIEGO LOPES DA ROSA (ACUSADO)

ADVOGADO: CRISTIANO VIEIRA HEERDT (DPE)

APELANTE: MAGDA KETELLIN DA SILVA MACHADO (ACUSADO)

ADVOGADO: EDSON SILVA DA COSTA (OAB RS108571)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AUTOR)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual do dia 19/08/2021, na sequência 59, disponibilizada no DE de 10/08/2021.

Certifico que a 1ª Câmara Criminal, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão: APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO NO SENTIDO DE REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR PROVER O APELO DA ACUSADA MAGDA PARA ABSOLVÊ-LA DOS DELITOS IMPUTADOS, BEM COMO POR PROVER PARCIALMENTE O APELO DO RÉU DIEGO, PARA ABSOLVÊ-LO DA IMPUTAÇÃO REFERENTE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CPP, DA DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELO DESEMBARGADOR SYLVIO BAPTISTA NETO, E O VOTO DA JUIZA DE DIREITO ANDREIA NEBENZAHL DE OLIVEIRA ACOMPANHANDO O RELATOR, A 1ª CÂMARA CRIMINAL DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O DESEMBARGADOR SYLVIO BAPTISTA NETO, REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR PROVER O APELO DA ACUSADA MAGDA PARA ABSOLVÊ-LA DOS DELITOS IMPUTADOS, BEM COMO POR PROVER PARCIALMENTE O APELO DO RÉU DIEGO, PARA ABSOLVÊ-LO DA IMPUTAÇÃO REFERENTE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM BASE NO ARTIGO 386, VII, DO CPP.

RELATOR DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

VOTANTE: DESEMBARGADOR JAYME WEINGARTNER NETO

VOTANTE: JUIZA DE DIREITO ANDREIA NEBENZAHL DE OLIVEIRA

VOTANTE: DESEMBARGADOR SYLVIO BAPTISTA NETO

ARTUR VASQUES DUARTE
Secretário

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES

Divergência - Gab. Des. Sylvio Baptista Neto - Desembargador SYLVIO BAPTISTA NETO.

Divergindo do ilustre Relator, vou negar provimento aos apelos, mantendo a íntegra a sentença como prolatada.

APELAÇÃO
CRIMINAL
70084012996



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA UM DOS RÉUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO..

PRELIMINARES.

Inépcia da denúncia. A inicial acusatória está em conformidade com o artigo 41 do CPP. Preliminar rejeitada

Violação de domicílio. Segundo os depoimentos dos agentes estatais ouvidos em juízo, eles foram informados por policiais de Garopaba/SC acerca da possível presença do acusado, suspeito de integrar organização criminosa envolvida com o tráfico de entorpecentes. Havia mandado de prisão expedido contra ele. Realizaram investigação, tendo descoberto que o réu residia no imóvel indicado. Na data do fato, o veículo dele estava estacionado no local. A acusada franqueou a entrada. No interior do apartamento, encontraram o material ilícito apreendido. A diligência foi legítima para fins de averiguação de eventual prática criminosa naquele local, diante de elementos objetivos e racionais a caracterizar, “ex ante”, situação de flagrância, na perspectiva de quem está fora da residência, na linha da decisão do STF (RE 603616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, 4 e 5/11/2015). Preliminar rejeitada.

MÉRITO.

Tráfico de drogas. O acusado estava sendo investigado pela Polícia Civil de Santa Catarina, tendo sido constatado que participava de grupo criminoso envolvido com o tráfico de entorpecentes. Ele estava foragido, escondido em Porto Alegre. Confirmado o endereço, no interior do apartamento, localizaram a quantidade expressiva de droga apreendida e significativa quantia em dinheiro, sem demonstração de origem lícita. Condenação do acusado mantida. Com relação à ré, embora o panorama traga fortes indicativos de que ela tinha ciência da conduta ilícita do companheiro, sobre eventual adesão a tal conduta, os elementos gravitam na esfera da presunção. Toda a investigação, bem como a diligência decorrente, se deu contra o acusado, nada tendo sido referido acerca da ré. A condenação exige certeza. Presente qualquer possibilidade de dúvida séria, a prova não foi suficiente. Ré absolvida.

Associação para o tráfico. Absolvida a acusada do delito de tráfico de entorpecentes, não há qualquer prova acerca de estabilidade em vínculo associativo voltado para traficância de ambos os acusados. Réus absolvidos.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Ainda que algumas vetoriais tenham sido negativas com base em elementos não aptos, remanescem duas circunstâncias desfavoráveis, (quantidade/natureza/variedade de drogas e maus antecedentes) que justificam a exasperação. Pena-base redimensionada.

PRELIMINARES REJEITADAS.

RECURSO DA RÉ PROVIDO.



JWN
Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)	COMARCA DE PORTO ALEGRE
MARCELO HOFFMANN	APELANTE
TAMIRIS DA SILVA CARDONA PAIM	APELANTE
MINISTERIO PUBLICO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitar as preliminares, e, no mérito, prover o apelo da acusada Tamiris, para absolvê-la de ambos os delitos imputados, bem como prover parcialmente o apelo do acusado Marcelo, para absolvê-lo da imputação referente ao delito de associação para o tráfico, e para reduzir a pena referente ao delito de tráfico de drogas para 09 anos de reclusão.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. HONÓRIO GONÇALVES DA SILVA NETO E DRA. ANDRÉIA NEBENZAHL DE OLIVEIRA.**

Porto Alegre, 17 de dezembro de 2020.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO,
Relator.



JWN
Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

RELATÓRIO

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra MARCELO HOFFMANN e TAMIRIS DA SILVA CARDONA PAIM, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei de Drogas, combinados com o artigo 29, *caput*, do Código Penal, pela suposta prática dos seguintes fatos delituosos:

1º fato (tráfico)

No dia 18 de março de 2019, por volta das 09h00min, no interior do apartamento sito à Rua Tenente Coronel Fabrício Pilar, 925/201, Bairro Mon't Serrat, Porto Alegre, os denunciados, em comunhão de esforços e acordo de vontades, guardavam e tinham em depósito, para fins de venda e fornecimento a consumidores, 17 (dezesete) tijolos de cocaína pesando aproximadamente 17,800 kg (dezesete quilos e oitocentos gramas), 6 (seis) tijolos de crack, substância que contém cocaína, pesando aproximadamente 6,200 kg (seis quilos e duzentos gramas), e 1 (uma) porção de Cannabis sativa, vulgarmente conhecida como "maconha", substância entorpecente que contém tetrahydrocannabinol, esta pesando aproximadamente 375 g (trezentos e setenta e cinco gramas), todos entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (conforme autos de apreensão e laudos provisórios de constatação da natureza das substâncias apreendidas inclusos).

Na oportunidade, policiais civis em cumprimento de mandado de prisão expedido pela Vara Única de Garobapa/SC, em desfavor do denunciado Marcelo, deslocaram-se até o endereço supramencionado. Chegando ao local, foram recebidos pela denunciada Tamiris, que lhes franqueou a entrada na residência. Dentro do apartamento, o denunciado Marcelo foi localizado e recebeu voz de prisão. Ato contínuo, os policiais encontraram, no interior do cômodo em que estava Marcelo, diversas sacolas que continham, além das drogas apreendidas, objetos relacionados à atividade ilícita, dentre os quais quatro unidades de papel filme, quatro telefones marca "Apple/iPhone", uma faca, uma cedulaeira, bem como o montante de R\$ 726.300,00 (setecentos e vinte e seis mil e trezentos reais), em cédulas diversas, valor este proveniente do tráfico de drogas.



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Os denunciados foram presos em flagrante.
O denunciado Marcelo estava foragido do sistema prisional.

2º fato
(associação para o tráfico)

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas (1º fato), os denunciados associaram-se para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Os denunciados, previamente ajustados e mediante distribuição de tarefas, associaram-se para guardar e ter em depósito substâncias entorpecentes, especialmente maconha, cocaína e crack, para fins de venda e fornecimento a consumidores.

Na oportunidade acima referida, policiais civis em cumprimento de mandado de prisão expedido pela Vara Única de Garobapa/SC, em desfavor de Marcelo, deslocaram-se até o endereço supramencionado, onde localizaram ambos os denunciados, bem como a grande quantidade de drogas e de dinheiro apreendidos, tal como narrado no 1º fato descrito nesta denúncia.

A denúncia foi recebida no dia 20 de maio de 2019 (fls. 336/344).

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença de procedência da ação penal, para condenar o réu MARCELO HOFFMANN como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei de Drogas, combinados com o artigo 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 16 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 150 dias-multa, bem como para condenar a ré TAMIRIS DA SILVA CARDONA PAIM como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei de Drogas, combinados com o artigo 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 11 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 80 dias-multa (fls. 730/756).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 787/824).

Em suas razões, preliminarmente, requer o reconhecimento da inépcia da denúncia. Ainda, pede o reconhecimento da nulidade da prova por violação de domicílio. No mérito, sustenta a inexigibilidade de conduta diversa, referindo que estaria sendo ameaçado por traficantes a quem devia quantias em dinheiro para que exercesse o comércio ilícito de entorpecentes. Quanto à imputação de associação para o tráfico, pede a



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

absolvição, ante a insuficiência probatória. Em caso de manutenção da condenação, requer a fixação da pena-base de ambos os delitos no mínimo legal.

A ré também apelou (fls. 826/868).

Em suas razões, pede, preliminarmente, a inépcia da denúncia quanto ao delito de associação para o tráfico de drogas. Ainda, requer o reconhecimento da nulidade da prova violação de domicílio. No mérito, requer a absolvição por ambos os delitos imputados, ante a insuficiência probatória. No caso de manutenção da condenação, pede o reconhecimento da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como da participação de menor importância na prática dos delitos (artigo 29, § 1º, do Código Penal), a fixação da pena-base por ambos os delitos no mínimo legal. Por fim, requer a atualização do endereço da ré.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 877/884).

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos defensivos (fls. 886/898).

Registra-se que esta Câmara adotou o procedimento informatizado, tendo sido atendido o disposto no artigo 613, inciso I, do Código de Processo Penal.

É o relatório.

VOTOS

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

Preliminares

a) Inépcia da denúncia

A preliminar de inépcia da denúncia não merece ser acolhida. A inicial acusatória está em conformidade com o artigo 41 do Código de Processo Penal. Refere a data e o local dos crimes, bem como descreve os fatos e a ação dos réus, com os dados essenciais e usuais exigidos para a incoativa, possibilitando a exata compreensão da acusação e o exercício da ampla defesa.



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Atendido o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, a prefacial deve ser rejeitada.

b) Violação de domicílio

A preliminar deve ser rejeitada.

Segundo os depoimentos dos agentes estatais ouvidos em juízo, eles foram informados por policiais de Garopaba/SC acerca da possível presença do acusado, suspeito de integrar organização criminosa envolvida com o tráfico de entorpecentes, em Porto Alegre. Ainda, havia mandado de prisão contra o réu, que estava foragido, bem como as informações davam conta que ele possuía papel relevante no grupo criminoso, sendo o responsável por realizar a intermediação com traficante do Paraguai, tudo decorrente de investigação prévia. Feitas diligências, em campanhas, localizaram o réu, que residia no imóvel indicado na denúncia. Na data do fato, avistaram o veículo que o réu dirigia em outra oportunidade estacionado no local. Então, bateram na porta, momento em que a acusada I atendeu e franqueou a entrada no imóvel. No interior do local, encontraram o material ilícito apreendido e o réu foi detido.

A diligência foi legítima para fins de averiguação de eventual prática criminosa naquele local, diante de *elementos objetivos e racionais a caracterizar, “ex ante”, situação de flagrância, na perspectiva de quem está fora da residência*, na linha da decisão do STF (RE 603616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, 4 e 5/11/2015).

Neste contexto, constatado, a partir de monitoramento prévio, que indivíduo foragido (mandado de prisão da fl. 167) estava em determinado local, o ingresso dos policiais na casa, que resultou na apreensão das drogas, não constitui violação de domicílio nem contamina as provas colhidas. Ademais, a denunciada, a qual possuía relacionamento com o réu na data do fato, franqueou a entrada no imóvel.

Assim rejeito a preliminar.

Materialidade e autoria



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

A materialidade dos delitos restou demonstrada pelo auto de apreensão (fl. 33), pelos laudos preliminares de constatação da natureza da substância (fls. 52/54), pelos laudos toxicológicos definitivos (fls. 214/219) e pelo Relatório Final de Inquérito Policial (fls. 363/476).

Quanto à autoria, o juízo singular condenou os acusados por ambos os delitos imputados. Destaco trechos da sentença acerca da descrição da prova oral:

CASSIANO DESIMON CABRAL, delegado de polícia, relatou que foi contatado pela polícia civil de Garopaba/SC para a localização de um indivíduo suspeito de integrar organização criminosa envolvida com o tráfico de entorpecentes naquele Estado (réu Marcelo). De acordo com a investigação, o denunciado Marcelo era um traficante de grande “*relevância*”, responsável por fazer intermediação com outros traficantes do Paraguai. Ele possuía mandado de prisão expedido contra si pelo Juízo de Garopaba/SC, pelo qual se encontrava foragido. Apurou-se que Marcelo poderia estar residindo no Rio Grande do Sul, em razão da proximidade com familiares. Cassiano organizou, então, uma equipe para averiguar seus possíveis endereços. Após 02 semanas, descobriu-se que Marcelo morava na Rua Tenente Coronel Fabrício Pilar, no Bairro Mont'Serrat, locado em nome dele desde o início de 2019. Realizada campanha nesse endereço, a equipe visualizou o acusado conduzindo um veículo Ford/Fiesta, reiteradas vezes. Na data dos fatos, em monitoramento do local, constatou que esse mesmo automóvel estava estacionado embaixo do prédio. Bateu à porta e a ré Tamiris atendeu. Mostrou-se assustada, mas permitiu a entrada dos policiais. A equipe ingressou no apartamento e encontrou o réu no quarto, deitado em um colchão, segurando 02 celulares próximos ao peito. Nessa mesma peça, havia cerca de R\$ 700.000,00 e uma grande quantidade de drogas. Essa importância constituía-se de cédulas novas e usadas, armazenadas em pacotes separados, guardados em 03 sacolas, com anotação externa do montante individual. Os entorpecentes apreendidos correspondiam a maconha, cocaína e *crack*, em alguns dos quais havia brasão da Bolívia. Pela sua experiência, estimava que essas drogas custariam aproximadamente R\$ 1.000.000,00, em face da pureza que aparentavam possuir. Tamiris permaneceu em silêncio durante a ação policial. O acusado Marcelo, por sua vez, referiu que “*vacilou*” e que deveria ter “*se livrado*” dos entorpecentes e do dinheiro no dia anterior. Ele também comentou que ambos haviam passado “a noite inteira contando o dinheiro”. Os denunciados possuíam relacionamento amoroso, pois em pesquisa feita em rede social



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

de Tamiris, encontrou fotos deles viajando juntos para Foz do Iguaçu e Paraguai; também porque se chamava de “amor” durante o flagrante. Havia pertences da ré Tamiris no imóvel, como roupas, produtos de beleza e escova de dentes. Os celulares apreendidos com Marcelo foram encaminhados para análise pelo sistema *Celebrate*, mas nada foi encontrado, pois ele os havia formatado por meio do *iCloud*. Que os *prints* de celular juntados ao inquérito policial não eram oriundos de pesquisa acessada com o fornecimento, pela ré, de sua senha aos policiais, sendo de acesso diverso, previamente realizado pela equipe investigativa, antes mesmo do cumprimento da prisão do réu.

FABIANA SOUZA DE OLIVEIRA, policial civil, contou que recebeu contato da delegacia de Garopaba/SC, a qual investigava grupo suspeito de praticar crimes de tráfico de entorpecentes e de lavagem de dinheiro naquele Estado. Após o cumprimento de diversas diligências, como mandados de busca e apreensão e prisão, somente 01 dentre os suspeitos não foi localizado (réu Marcelo). Suspeitava-se que esse indivíduo residiria no Rio Grande do Sul, pois possuía familiares aqui. Todos, então, passaram a ser monitorados. Descobriu-se um possível endereço residencial do acusado, na Av. Tenente Coronel Fabrício Pilar. Participou de diligências de monitoramento desse local, com a realização de campana em dias e horários diversos. No dia dos fatos, deslocou-se com uma equipe até o endereço de Marcelo. Bateram à porta e, após se identificarem, os réus diziam que logo atenderiam, mas nunca o faziam. Somente depois de 30 minutos, a ré Tamiris abriu a porta e franqueou acesso ao interior do apartamento. No último quarto à esquerda, localizou diversas sacolas com drogas, além de mais de R\$ 700.000,00, também empacotados, em notas variadas e, na sua maioria, com aparência de usadas. Tamiris negou saber da existência dos entorpecentes. No entanto, acredita ser muito difícil que ela realmente não soubesse, tendo em vista a quantidade de sacolas, as quais estavam espalhadas em um quarto sem móveis, onde havia apenas um colchão. Disse que notou a existência de pertences da ré no apartamento, como bolsas, roupas, cremes e perfumes. Em Juízo, **reconheceu** os réus presentes em audiência (Marcelo e Tamiris) como sendo as pessoas presas nas circunstâncias narradas. Questionada pela defesa de Marcelo, respondeu que solicitou-lhe a senha de seu celular, mas ele se negou a fornecê-la.

O réu **MARCELO HOFFMANN**, interrogado, admitiu que guardava os entorpecentes e os valores apreendidos em seu apartamento. Negou, no entanto, que os estivesse traficando. Disse que não poderia falar o nome de quem lhe pediu para guardar as drogas e dinheiro; do contrário, sua vida estaria em risco. Os



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

entorpecentes estavam no segundo quarto do apartamento, onde havia somente um colchão encostado na parede. Que seria usuário de drogas e adquiriu muitas dívidas em decorrência do vício, razão pela qual lhe exigiram esse “favor”, a fim de amortizar o débito. Quando da prisão, quem abriu a porta para os policiais foi Tamiris. A ré era sua “ficante” desde 05 meses antes daquela data e havia dormido na sua casa na noite anterior. Os acusados viajaram juntos para Foz do Iguaçu uma semana antes do carnaval. A viagem durou de 2 a 3 dias, nos quais passearam e fizeram compras no Paraguai. Possuía um estacionamento comercial e um depósito de bebidas em Porto Alegre, do que tirava seu sustento.

A ré **TAMIRIS DA SILVA CARDONA**, interrogada, negou a autoria dos delitos que lhe foram imputados.

Aduziu que possuía um relacionamento recente com Marcelo quando foram presos. Apresentadas as fotografias da fl. 200 dos autos, afirmou que foram postadas por ela em seu perfil no *Instagram*, e que retratavam viagens feita pelos réus, juntos, para Imbé e Foz do Iguaçu. Marcelo havia dito para ela que era empresário e possuía um estacionamento e um depósito de bebidas. Tamiris morava em Alvorada, mas dormia 03 vezes por semana na casa do réu. Na semana anterior ao flagrante, Marcelo estava em Imbé e ela em Porto Alegre, cuidando de sua genitora em situação pós-cirúrgica. No domingo, participaram de um churrasco na casa de amigos e depois foram para o apartamento do acusado. Tamiris levou consigo uma sacola, com 02 mudas de roupa e 01 estojo de maquiagem. Não havia mais nenhum pertence seu no apartamento dele. Na manhã da segunda-feira, policiais civis bateram à porta e ela mesma abriu, após 10 minutos. Os agentes revistaram o apartamento e encontraram sacolas com entorpecentes e dinheiro no segundo quarto, cuja porta estava fechada. Não sabia da existência dessas substâncias e valores no imóvel, tanto por isso que abriu espontaneamente a porta de entrada e depois ainda lhes forneceu pleno acesso ao seu celular. O delegado presente na ocasião disse a Marcelo que, se ele informasse a senha do celular, Tamiris seria levada como testemunha, e não como flagrada. Em Juízo, policiais referiram que ela foi vista no prédio do réu durante campana nos dias anteriores à prisão, mas não é verdade, porque estava com sua genitora em outro endereço. Iguamente é inverídico que Marcelo ou ela tenham comentado com os policiais que “passaram a noite contando dinheiro”.

Tráfico de drogas



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Com relação ao acusado Marcelo, há elementos suficientes para um juízo condenatório.

A diligência não foi casual. Conforme depoimentos dos agentes estatais, o acusado estava sendo investigado pela Polícia Civil de Santa Catarina, tendo sido constatado que participava de grupo criminoso envolvido com o tráfico de entorpecentes. Para corroborar tais narrativas, foram juntados documentos referente à mencionada investigação. Constam conversas interceptadas (fls. 410/415) entre o réu e indivíduo identificado como Dieisson Moares Duarte (o qual possui “diversas passagens pelas condutas tipificadas nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06”, conforme fl. 409), as quais indicam a negociação de entorpecentes. Ainda, há fotos de drogas apreendidas (fls. 406/407) em uma pousada então apontada como pertencente ao denunciado, na qual restou encontrado o cachorro do réu.

Posteriormente, receberam informação de que o réu provavelmente estaria escondido em Porto Alegre, pois estava foragido. A partir do informe, realizaram investigação, na qual descobriram que o réu residia no imóvel indicado na denúncia. No interior do apartamento, localizaram uma quantidade muito expressiva de drogas (17,8kg de cocaína, 6,2kg de crack e 375g de maconha) e significativa de quantia em dinheiro (R\$ 726.300,00).

A alegação de coação moral irresistível não encontra justificativa nos autos. Ameaças feitas por traficantes podem ser denunciadas, não se configurando, assim, em causa de exclusão da culpabilidade. Ademais, no caso, a afirmação do réu está isolada nos autos, não havendo qualquer indício de veracidade. Além da prévia investigação da qual ele era o alvo, o panorama em que foi encontrado evidencia que não se tratava de mera guarda de entorpecentes. Segundo os policiais, ele estava deitado em um colchão, no chão de um dos quartos, onde estavam as sacolas com as drogas e o dinheiro.

O crime de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, é daqueles denominados ‘*tipo misto alternativo*’, que apresenta multiplicidade de verbos nucleares. No caso, mesmo que não presenciado qualquer ato de comércio, as circunstâncias do flagrante demonstram a conduta prevista no artigo 33, *caput*, da Lei de



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Drogas, que consigna como verbo nuclear “ter em depósito”, demonstrada, ainda, a destinação comercial do entorpecente apreendido.

A expressiva quantidade de drogas, de três espécies, a apreensão de quantia significativa de dinheiro, sem comprovação de origem lícita, aliadas à prova judicial e às circunstâncias do fato comprovam a destinação comercial.

Assim, mantida a condenação do acusado pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Com relação à ré Tamiris, com a vênia do magistrado sentenciante, não verifico elementos suficientes para a condenação.

Embora o panorama traga fortes indicativos de que Tamiris tinha ciência da conduta ilícita do companheiro, sobre eventual adesão a tal conduta, os elementos gravitam na esfera da presunção. Toda a investigação, bem como a diligência decorrente, tinha como alvo apenas o acusado, sem nenhuma referência a Tamiris, excetuadas as fotos publicadas em sua rede social, nas quais ela está com o réu. Contudo, ambos afirmaram que tinham um relacionamento, o que foi confirmado pelo Delegado que referiu que ambos se tratavam por “amor” durante o flagrante. Ainda, nos elementos que vieram aos autos, acerca do celular do réu, relativamente à operação em Santa Catarina, nada consta sobre conversas envolvendo a acusada na traficância.

Neste contexto, pesa em desfavor de Tamiris a presença no local, o que se justifica também pelo relacionamento mantido com o réu. Ainda, Tamiris afirmou que não morava com o acusado, dizendo que ia só passar algumas noites com ele, e que no apartamento havia poucos pertences seus (“uma sacola, com 02 mudas de roupa e 01 estojo de maquiagem”). Tal circunstância não resultou, de todo, afastada. Nas palavras dos policiais, sobre quais pertences de Tamiris foram encontrados, eles referiram: “como roupas, produtos de beleza e escova de dentes”, “bolsas, roupas, cremes e perfumes”.

Além disso, a ré forneceu a senha do seu celular, nada vindo aos autos acerca da questão, bem como não foi confirmado que ela residia no referido imóvel, o qual estava locado em nome do acusado.



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Embora o panorama traga indicativos de ciência, não há prova da adesão de Tamiris à conduta ilícita. Para formação de um juízo de convicção, valem as provas submetidas ao contraditório. A condenação exige certeza. Presente qualquer possibilidade de dúvida séria, a prova não foi suficiente.

Assim, impõe-se a absolvição da ré, forte no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Associação para o tráfico

No que tange à associação, absolvida a acusada do delito de tráfico de entorpecentes, não há qualquer prova acerca de estabilidade em vínculo associativo voltado para traficância de ambos os acusados.

Neste contexto, absolvo ambos os réus da imputação referente ao delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

Pena privativa de liberdade

O pedido referente à pena da ré Tamiris resta prejudicado em face da solução dada ao mérito. De igual modo, a pretensão de redução da pena na associação para o tráfico do réu Marcelo.

Ainda, com relação ao réu Marcelo, a pena-base no tráfico foi fixada em 10 anos de reclusão.

A basilar foi exasperada em 05 anos devido às vetoriais “maus antecedentes”, “circunstâncias”, “consequências”, “conduta social”, “personalidade”, “motivos” e “culpabilidade”.

Mantida a exasperação pela vetorial “maus antecedentes”, pois o acusado possui sentença condenatória transitada em julgado por tráfico de drogas (Processo nº 001/2.05.0035253-5), que não configura reincidência, visto que cumprida há mais de 05 anos. Em recente decisão, o STF firmou tese de que: “Não se aplica para o reconhecimento



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal (Tema 150 Repercussão Geral)¹.

No que tange às circunstâncias, adequado o aumento, pois baseado em elementos idôneos (quantidade muito expressiva de drogas, de três espécies, e natureza bastante lesiva de parte dos entorpecentes), bem como pelo fato de ter sido apreendida quantia exorbitante de dinheiro (R\$ 726.300,00), a qual indica tráfico de grande dimensão, na linha da fundamentação da magistrada singular: “[...] Não são eles pequenos traficantes, meros “soldados” na cadeia do tráfico da organização criminosa em que inseridos [...]”.

Afasto o aumento pela vetorial “consequências” a fim de que não se configure *bis in idem*, visto que utilizado fundamento já aplicado na vetorial circunstâncias (“quantia em dinheiro e os entorpecentes apreendidos são suficientes para a movimentação de milhões de reais entre facções criminosas; além de instrumentalizar inúmeros traficantes varejistas”).

Com relação aos fundamentos, no que tange à personalidade e à conduta social, tais são inaptos para o aumento (“reiteração delitiva” e processado pela “prática de outros delitos”).

Segundo NUCCI, a personalidade é *“um conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida”*. Na sua configuração, *congregam-se elementos hereditários e sócio-ambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para sua evolução*” e, por isso, *“é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos, etc., demonstrativos de como age o acusado*

¹ “DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal” (RE 593818/SC, Tribunal Pleno, Min. Roberto Barroso, j. em 18/08/2020, pub. em 23/11/2020).



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

*na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para ficar a pena justa”.*²

A conduta social, nas palavras do autor, “é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc”. Destaca o autor que “conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais”, sendo que sua apuração “pode ser feita por várias fontes, mas é preciso boa vontade e dedicação das partes envolvidas no processo, bem como do juiz condutor da instrução.”³

No caso, não há qualquer elemento nos autos a permitir a valoração negativa da conduta social e da personalidade.

A aferição da vida pregressa, com base em inquéritos policiais e ações penais em andamento, não serve para agravar a pena-base (Súmula nº 444/STJ). Ainda, o STJ firmou posicionamento no sentido de que “é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade e a conduta social do agente” (AgRg no REsp 1664773/RO, Ministro Relator Ribeiro Dantas, j. em 04/09/2018).

Por fim, afasto a valoração das vetoriais “motivos” e “culpabilidade”, pois são genéricas e inidôneas (réus jovens e aptos para o trabalho e dolo intenso na empreitada criminosa), não podendo ser pesadas em desfavor do réu.

O juízo de valor de cada circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal deve ser feito caso a caso, sem balizas fixas, existindo, por óbvio, hipóteses a revelar maior gravidade, de modo a justificar exasperação diferenciada para uma mesma vetorial. O percurso jurisprudencial vem buscando critérios mais objetivos de razoabilidade e proporcionalidade. Assim que há precedentes no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a exasperação da pena-base deve seguir o parâmetro de até 1/6 sobre a pena

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 427/428.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 426/427.



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

mínima para cada vetorial desfavorável, autorizado o aumento em patamar superior com base em fundamentação concreta⁴.

Ainda, destaco que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, em recurso exclusivo da defesa, desde que não agravada a situação do condenado, “o efeito devolutivo da apelação permite a análise das circunstâncias concretas do fato pelo Colegiado, com nova ponderação sobre os termos da dosimetria aplicada”, sem que isso importe em violação do princípio do *non reformatio in pejus* (STJ, HC 290426/BA, 5ª T., Ministro Rel. Moura Ribeiro, j. em 10/06/14 e HC 232861 / SP, 6ª T., Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 11/03/14).

No caso, adequada a exasperação em maior patamar pela quantidade muito expressiva de entorpecente apreendido (17,8kg de cocaína, 6,2kg de crack e 375g de maconha), a qual foge totalmente da normalidade, bem como pela variedade de drogas (crack, maconha e cocaína) e pela natureza bastante lesiva de duas espécies (crack e cocaína), dando preponderância ao artigo 42 da Lei de Drogas.

Assim, ainda mantida a exasperação pelos “maus antecedentes”, fixo a pena-base em 09 anos de reclusão.

Não cabe a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, visto que o réu ostenta maus antecedentes, impeditivo expreso para a sua aplicação. Ademais, a quantidade de droga apreendida, aliada à quantia muito expressiva de dinheiro apreendido, e à investigação prévia, evidencia que o réu se dedica a atividades criminosas.

Assim, fixo a pena definitiva em 09 anos de reclusão.

⁴ Neste sentido: “[...] A exasperação da pena-base pela existência de circunstâncias judiciais negativas deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar [...]” (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1747410 / SC, Quinta Turma, Min. Rel. Jorge Mussi, j. em 04/04/2019). “[...] Na carência de razão especial para estabelecimento de outro parâmetro, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada moduladora negativada, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedente [...]” (AgRg no HC 471847 / MS, Sexta Turma, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, j. em 28/03/2019)⁴.



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

Regime de cumprimento

Mantido o regime fechado para o cumprimento da pena, forte no artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, levando em consideração o artigo 42 da Lei de Drogas e as circunstâncias do caso concreto.

Pedido de atualização de endereço

Prejudicado o pedido da ré para atualização de endereço para cumprimento de prisão domiciliar, visto que absolvida por ambos os delitos, sendo expedido alvará de soltura.

Diante do exposto, voto por rejeitar as preliminares, e, no mérito, por prover o apelo da acusada Tamiris, para absolvê-la de ambos os delitos imputados, bem como por prover parcialmente o apelo do acusado Marcelo, para absolvê-lo da imputação referente ao delito de associação para o tráfico, e para reduzir a pena referente ao delito de tráfico de drogas para 09 anos de reclusão.

DES. HONÓRIO GONÇALVES DA SILVA NETO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DRA. ANDRÉIA NEBENZAHL DE OLIVEIRA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO - Presidente - Apelação Crime nº 70084012996, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES, E, NO MÉRITO, PROVERAM O APELO DA ACUSADA TAMIRIS, PARA ABSOLVÊ-LA DE AMBOS OS DELITOS IMPUTADOS, BEM COMO PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DO ACUSADO MARCELO, PARA ABSOLVÊ-LO DA IMPUTAÇÃO REFERENTE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, E PARA REDUZIR A PENA REFERENTE AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA 09



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JWN

Nº 70084012996 (Nº CNJ: 0039658-26.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

ANOS DE RECLUSÃO. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA PARA A TAMIRIS SE NÃO ESTIVER PRESA POR OUTRO MOTIVO"

Julgador(a) de 1º Grau: EDA SALETE ZANATTA DE MIRANDA

APELAÇÃO
CRIMINAL
70083713958



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINARES. VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF. Uso de algemas durante a audiência. Nulidade não verificada. Inexiste qualquer vício em razão do uso de algemas pelo apelante durante a audiência de instrução e julgamento, uma vez que a providência restou justificada, de forma escrita, pelo magistrado, em observância à súmula vinculante nº 11, “para garantir a integridade física e a segurança dos presentes”. Nesta perspectiva, observa-se que o magistrado a quo, atento ao conteúdo do verbete sumular e aos requisitos nele contidos, motivadamente, fundamentou a decisão de manter o apelante algemado durante a audiência, sendo a medida devidamente justificada e necessária para resguardar a segurança não só daqueles que se faziam presentes na solenidade, como também das demais pessoas que transitavam nas dependências do fórum, além de evitar eventual fuga do recorrente. **INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. AFASTAMENTO.** Não assiste razão o réu ao aduzir a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, já que a jurisprudência do tribunal guardião da constituição reconhece a constitucionalidade desse tipo de criminalização, que não exige a comprovação de lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado. **NULIDADE DE PROVA POR AUSÊNCIA DE MANDADO. AFASTADAS.** Em casos de flagrante, não há que se falar em nulidade do feito por ilicitude da prova produzida, sob argumento de ausência de mandado judicial de busca e apreensão no domicílio, vez que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, excepciona o ingresso em residência aos policiais que, posteriormente, justifiquem que tal ato decorreu de flagrante delito, o que ocorreu no presente caso.

MÉRITO: SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Comprovadas tanto a materialidade quanto a autoria dos delitos de tráfico de drogas e porte de arma de fogo de uso restrito, através do acervo probatório carreado ao feito, em especial através da prova oral colhida sob o crivo do contraditório. Os policiais militares que participaram da ocorrência foram uníssonos ao relatarem que, na ocasião dos fatos, em cumprimento ao mandado de prisão lograram êxito em localizar o ora denunciado, que estava foragido, em uma peça da casa de sua genitora. Na referida peça, em cima da cama, foi localizada a arma de



RMB

Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

fogo, municiada com 11 cartuchos e pronta para uso. Além disso, no interior da mesa de cabeceira, fora localizado um carregador de pistola, municiado com 10 cartuchos. No mesmo móvel, foram localizadas 78 porções de *cannabis* sativa, droga conhecida como maconha, prontas para comercialização, bem como um saco contendo o mesmo entorpecente pronto para ser fracionado e embalado e uma balança de precisão. Por fim, ao lado do móvel do televisor, foi encontrada uma touca do tipo “ninja”. A quantidade e variedade das drogas apreendidas em poder do acusado, atreladas às declarações dos policiais, agentes públicos de reconhecida idoneidade, não abrem espaço para incerteza sobre a prática de comércio ilegal de estupefaciente, sendo inviável, portanto, sua absolvição. Cumpre referir que, face aos diversos verbos nucleares do art. 33, *caput*, da lei 11.343/06, é desnecessário o flagrante da mercancia para incursão no tipo penal descrito. Por essas razões, vai mantida a condenação do apelante pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. **À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.**

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)

COMARCA DE NOVO HAMBURGO

FELIPE MENDES BARBOSA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso defensivo.**



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores
DES. JONI VICTORIA SIMÕES E DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2020.

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA (RELATORA)

O Ministério Público ofereceu denúncia em face da **ADRIANO DA SILVA DORNELES (28 anos na época dos fatos)**, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06 e do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, pela prática do seguinte fato delituoso:

“Primeiro fato:

No dia 01 de julho de 2019, por volta das 10h30min, na Rua Athanasio Becker, n. 432, bairro Canudos, nesta cidade de Novo Hamburgo-RS, o denunciado, mantinha em depósito e guardava para fins de mercância, 78 porções de cannabis sativa, substância conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 108 gramas, e 1 saco contendo cannabis sativa, substância conhecida como “maconha”, pesando aproximadamente 190 gramas, substância causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, uma vez que de uso proscrito no Brasil.

Segundo fato:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima referidos, ou seja, no dia 01 de julho de 2019, por volta das 10h30min, na Rua Athanasio Becker, n. 432, bairro Canudos, nesta cidade de Novo Hamburgo-RS, o denunciado, possuía uma pistola, marca Sarsimaz, calibre 9mm, com numeração suprimida, e 21 cartuchos calibre 9mm,



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Circunstâncias dos fatos:

Na ocasião, policiais civis, em cumprimento ao mandado de prisão lograram êxito em localizar o ora denunciado, que estava foragido, em uma peça da casa de sua genitora.

Nessa peça, em cima da cama, foi localizada a arma de fogo, municiada com 11 cartuchos e pronta para uso. Além disso, no interior do criado mudo, foi localizado um carregador de pistola, municiado com 10 cartuchos. No mesmo móvel, foram localizadas 78 porções de cannabis sativa, droga conhecida como maconha, prontas para comercialização, bem como um saco contendo o mesmo entorpecente pronto para ser fracionado e embalado e uma balança de precisão. Por fim, ao lado do móvel do televisor, foi colocada uma touca do tipo “ninja”.

Diante dos fatos, foi dada voz de prisão em flagrante ao denunciado, que foi conduzido à delegacia de polícia para a lavratura do respectivo auto. As drogas e a arma de fogo, por sua vez, foram apreendidas, submetidas a exames preliminares e encaminhadas ao Instituto Geral de Perícias – IGP para exame definitivo e confecção do respectivo laudo.

O acusado é reincidente.”

Homologado o auto de prisão em flagrante, sendo convertida em prisão preventiva (fl. 41 e verso).

Notificado (fl. 128), o acusado apresentou defesa prévia (fls. 130/132v).

A denúncia foi recebida em 24 de julho de 2019 (fl. 111 e verso)

Durante a instrução, foram inquiridas testemunhas e interrogado o réu (mídia. 143).

As partes apresentaram alegações finais por escrito, às fls. 149/151 e 158/171.

Sobreveio sentença, em 20 de novembro de 2019, julgando procedente a denúncia, a fim de condenar o réu nas sanções do o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e do artigo 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, à pena de 09 (nove) anos de



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

reclusão, em regime inicial fechado, mais 510 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo nacional (fls. 172/181).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fl. 187). Em suas razões recursais (fls. 198/210), postulou, preliminarmente, o uso injustificado de algemas e a ilegalidade da apreensão de objetos no domicílio. No mérito, pede a absolvição do réu por insuficiência e fragilidade de todo o conjunto probatório, ainda, aduz que o crime de posse de arma de fogo se trata de perigo abstrato.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Parquet (fls. 211/216).

Nesta instância, emitindo parecer, o Dr. Norberto Avena, Procurador de Justiça, manifesta-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso defensivo (fls. 219/225).

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA (RELATORA)

Cuida-se de apelação interposta pela defesa, em face da sentença proferida pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Novo Hamburgo, que julgou procedente a denúncia, a fim de condenar o réu nas sanções do o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e do art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 510 dias-multa.

Sendo arguidas preliminares, passo ao exame destas.

Preliminarmente, inexistente qualquer vício em razão do uso de algemas no apelante Felipe Mendes Barbosa, durante a audiência de instrução e julgamento, uma vez que a providência restou justificada, de forma clara, pelo Magistrado, em observância à Súmula Vinculante nº 11, *“A pequena amplitude da sala de audiência, perfeitamente perceptível pelas imagens registradas da solenidade, aliada à consabida ausência de*



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

garantia de segurança por parte da SUSEPE, que constou da fundamentação da decisão, restam por comprovar que a manutenção das algemas era efetivamente recomendável.”.

Nesta perspectiva, observa-se que a magistrada *a quo*, atenta ao conteúdo do verbete sumular e aos requisitos nele contidos, motivadamente, fundamentou a decisão de manter o apelante algemado durante a audiência, sendo a medida devidamente justificada e necessária para resguardar a segurança não só daqueles que se faziam presentes na solenidade, como também das demais pessoas que transitavam nas dependências. De qualquer sorte, a nulidade decorrente do uso indevido de algemas é relativa, e não pode ser declarada, se nenhum prejuízo à defesa for constatado, exatamente como é o caso dos autos.

Do mesmo modo, desarrazoada a alegação, feita como mérito, pela defesa do réu, quando diz da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Isto porque o próprio e. Superior Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, afirma inexistir inconstitucionalidade com a medida. Sobre o tema, colaciono paradigmático precedente daquela Corte:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. (...) 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. (...). **A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.** 3. (...) 4.



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

ORDEM DENEGADA. (HC 104410/RS – Min. Gilmar Mendes – Segunda Turma – Julgamento 06/03/2012) – grifei.

No mesmo sentido, colaciono decisão deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Preliminar de nulidade por alegada inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. O delito de tráfico de drogas é crime de perigo abstrato e como tal independe de resultado naturalístico, pois descreve condutas sem apontar um resultado específico, ou seja, não exige lesão a um bem jurídico concreto. O risco à saúde pública deriva da prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal em abstrato. Preliminar afastada. [...] PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DA DEFESA IMPROVIDA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70073826521, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 13/07/2017) – grifei.

Neste norte, evidente que não assiste razão o réu ao aduzir a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, já que a jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição reconhece a constitucionalidade desse tipo de criminalização, que não exige a comprovação de lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado. Por tais razões, rejeito a alegação de inconstitucionalidade, tratando-se, efetivamente, de fato típico.

Afastadas, portanto, as preliminares elencadas pela defesa.

A defesa suscita a nulidade da prova obtida, relatando que houve violação do domicílio do acusado. No entanto, a vedação disposta na Constituição Federal comporta exceções, dentre elas, a hipótese de flagrante delito, prevista no artigo 5º, inciso XI, da CF, que dispensa o mandado judicial para ingresso em residência. E, no caso em liça, foi justamente o que ocorreu, vez que o intento dos milicianos, que tiveram franqueada pela genitora do acusado, na entrada ao abordarem o indigitado, por conta do cumprimento de mandado de prisão, foi constatado que o indivíduo estaria armado, dentre da sua residência. Ato contínuo, ao se dirigirem até o local e constatarem que acusado estava armado, encontraram os estupefacientes dentro de uma mesa de cabeceira e lhe deram voz de abordagem.



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

À vista disso, não havia a necessidade de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência, vez que o acusado fora flagrado em poder de arma de fogo e estupefacientes dentro da sua residência, isso aliado ao fato de que o crime de tráfico de entorpecentes possui natureza permanente, no qual o estado de flagrância prolonga-se no tempo. Assim, havendo fundadas razões para o ingresso no domicílio, autorizado está o agente público a fazer a apreensão das drogas ilícitas desvendadas.

Saliento que a matéria foi abordada em sede de recurso representativo da controvérsia, oportunidade em que o STF assentou o entendimento sobre a possibilidade de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, desde que amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a *posteriori*, indicativas que a ação policial ocorreu em hipótese de flagrante delito, como é o caso dos autos, senão vejamos:

*“Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. **A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito.** No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que*



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016).” [Grifei]

Sendo assim, vai rechaçada a preliminar suscitada pela defesa, passando agora ao exame do mérito.

A **materialidade** dos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito restou comprovada por meio do registro de ocorrência (fl. 09/13), do auto de apreensão (fl. 14/15), pelo auto de prisão em flagrante (fl. 23), dos laudos de constatação de natureza da substância (fl. 119), bem como do laudo pericial da divisão de balística (fl. 152/154).

Em relação à **autoria** dos delitos, essa fora ratificada na prova oral coligida nos autos, que, com o fito de evitar a indesejada tautologia, colaciono o sumariado do testemunho dos policiais envolvidos na operação, utilizado pela Juiz sentenciante, Dr. Ricardo Carneiro Duarte:

O acusado, em juízo, optou por permanecer em **silêncio** (CD fl. 143).

O policial civil Juliano de Britto contou que no dia do fato foram cumprir um mandado de prisão e ao chegar na residência se apresentaram para a mãe dele que os levou até o cômodo em que ele morava no fundo da casa. Quando a mãe dele o chamou, escutaram uma arma sendo alimentada e invadiram o local, sendo que ele estava com uma pistola 9mm ao lado da cama. Durante a revista encontraram drogas e outro carregador de 9mm. Questionado se ele teria alegado alguma coisa, disse que achava que ele falou que era para a proteção dele, pois *ele teria subido para Gramado para cometer uns homicídios e estava com medo dos contras*. Os entorpecentes foram localizados dentro de um criado-mudo ao lado da cama (CD fl. 143).



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

Ivan Carlos da Silva, policial civil, disse que foram até a casa do réu que estava presente em audiência cumprir um mandado de prisão. Contou que foram recebidos pela mãe de Felipe, sendo que quando ele perguntou o que ela queria e ela informou sobre os policiais, escutaram um barulho de arma. Diante disso, invadiram o quarto dele e o prenderam na posse de uma pistola 9mm e maconha. Ele alegou que a pistola seria para a sua proteção pessoal. Sobre a maconha, ele teria dito que era para o seu sustento. Afirmou que a arma estava municiada. Foi o depoente quem encontrou os entorpecentes. Mencionou que receberam *informes* de que ele estaria envolvido em outros crimes, mas as investigações eram de outra delegacia (CD fl. 143).

Carlos Henrique da Silva, policial civil, corroborou as declarações prestadas por seus colegas. Acrescentou que também foi localizada uma touca ninja (CD fl. 143).

Realço que meu entendimento é no sentido de reconhecer como prova idônea os relatos dos agentes públicos envolvidos diretamente no flagrante delito ou atuantes na investigação policial, sendo estes, como no presente caso, convergentes e harmônicos ao relatar, tanto na fase administrativa como na fase judicial, que, na ocasião dos fatos, em cumprimento ao mandado de prisão lograram êxito em localizar o ora denunciado, que estava foragido, em uma peça da casa de sua genitora. Na referida peça, em cima da cama, foi localizada a arma de fogo, municiada com 11 cartuchos e pronta para uso. Além disso, no interior da mesa de cabeceira, foi localizado um carregador de pistola, municiado com 10 cartuchos. No mesmo móvel, foram localizadas 78 porções de *cannabis* sativa, droga conhecida como maconha, prontas para comercialização, bem como um saco contendo o mesmo entorpecente pronto para ser fracionado e embalado e uma balança de precisão. Por fim, ao lado do móvel do televisor, foi encontrada uma touca do tipo “ninja”. Sob este prisma, vislumbro que os relatos dos agentes de segurança, além de firmes e coerentes na sua essência, apresentam-se de modo muito mais robusto a explicar e delinear a dinâmica do fato, mesmo porque não há sinais de tendenciosidade ou outra marca a colocar em dúvida as suas assertivas.

Nesse contexto fático, para afastar a presumida idoneidade dos policiais, seria necessária a constatação de importantes contradições em seus relatos, ou mesmo a demonstração de interesse em prejudicar o réu, fato que não ocorreu no caso em tela.



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

A fim de sedimentar meu posicionamento, sobre a importância do depoimento dos milicianos, colaciono decisões desta Câmara:

*APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS COERENTES COM A INVESTIGAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIME ÚNICO. REFORMA DO APENAMENTO. MÉRITO: [...] **Em casos desta complexidade, onde o acusado não é preso na posse da droga, os testemunhos dos milicianos e dos policiais civis que realizaram as investigações no local se revestem de extrema importância para compreensão do desenrolar fático, apresentando questões como a maneira que o acusado realizava o comércio e os locais.** [...] DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70072440852, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 11/04/2017). [Grifei]*

Sobre a temática trazida à baila, o e. STJ consolidou o entendimento no sentido de que “os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos” (HC 262.582/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).

Outrossim, refiro que o artigo 33 da Lei 11.343/06, possui diversos verbos nucleares, razão pela qual o fato de o apelante “guardar”, “trazer consigo” ou “ter em depósito” a droga, já caracterizaria o delito de tráfico, sendo desnecessário o flagrante do ato de mercancia para configuração do ilícito.

Sobre o ponto, colaciono decisões deste egrégio Tribunal:

*APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO NÃO DEMONSTRADA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. REGIME FECHADO MANTIDO. **A prova contida no feito autoriza a manutenção da condenação da ré por tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas.** [...] **Ainda que o usuário tenha asseverado ter adquirido drogas no local, entendendo desnecessário o flagrante da acusada no ato do comércio de drogas, pois o art.33, da Lei 11.343/06, apresenta diversas condutas que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes.** [...]*



RMB

Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)

2020/CRIME

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70072642416, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 11/04/2017). [Grifei]

Ainda, por oportuno salientar que a flagrância não se deu por acaso, visto que os agentes públicos haviam sido destacados para cumprir mandado de prisão, ocasião em que o inculpado estaria portando arma de fogo em dentro da sua residência.

Além disso, com o fito de não pairar dúvidas sobre o julgado, esclareço que eventual condição de usuário não impediria a traficância, uma vez que é comum usuários venderem drogas para sustentarem seu vício. Outrossim, o confisco de “78 porções de *cannabis sativa*, substância conhecida como “*maconha*”, pesando aproximadamente 108 gramas, e 1 saco contendo *cannabis sativa*, substância conhecida como “*maconha*”, pesando aproximadamente 190 gramas, substância causadora de dependência física e psíquica”, constitui-se em elemento suficiente para refutar eventual interesse de desclassificação para posse de droga para consumo, nos termos do artigo 28, da Lei de Drogas. Não se pode esquecer, ainda, que além dos estupefacientes, fora encontrada pistola, marca Sarsimaz, calibre 9mm, com numeração suprimida, e 21 cartuchos calibre 9mm, evidenciando a destinação comercial dos narcóticos.

Assim, em que pese a defesa sustente inexistir lastro probatório capaz de demonstrar a prática dos ilícitos imputados, verifico que os elementos de prova trazidos aos autos evidenciam a participação do apelante com o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e com o tráfico de drogas, sendo descabida a alegação de que as drogas foram enxertadas na cena do crime.

Sobre o ponto, aliás, refiro que a alegação de enxerto de drogas pelos policiais é versão frequentemente apresentada por indivíduos flagrados na prática do crime imputado, versão que, na espécie, mostra-se absolutamente inverossímil, pois não se pode acreditar que policiais, durante suas rotinas, mantenham estoque de drogas destinadas ao enxerto com o objetivo de imputar, falsamente, a terceiros, a prática de ilícitos penais.



RMB
Nº 70083713958 (Nº CNJ: 0009754-58.2020.8.21.7000)
2020/CRIME

Assim, diante dessas razões, mantém-se a condenação do apelante pelos crimes definidos no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/06, e do artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, nos termos da sentença.

Frente ao exposto, voto por rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso defensivo.

DES. JONI VICTORIA SIMÕES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70083713958, Comarca de Novo Hamburgo: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO."

Julgador(a) de 1º Grau: RICARDO CARNEIRO DUARTE

APELAÇÃO
CRIMINAL
70083107763



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR REFUTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTO POLICIAL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA CORPORAL E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS. APELAR EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MULTA HÍGIDA.

PRELIMINAR: Em relação à alegada violação de domicílio, importa salientar que a vedação comporta exceções, tal qual na hipótese de flagrante delito, prevista no art.5º, inciso XI da CF, que dispensa mandado judicial para ingresso na residência. Além disso, cumpre registrar que o próprio acusado autorizou o ingresso dos policiais na residência, culminando na apreensão dos objetos ilícitos, não havendo que se falar em nulidade.

MÉRITO: A prova contida no feito autoriza a manutenção da condenação dos réus nos termos da sentença. Autoria e materialidade comprovadas, principalmente pelos depoimentos dos agentes públicos, tanto na fase administrativa quanto judicial, que foram averiguar denúncia anônima acerca do paradeiro do réu Willian, o qual encontrava-se foragido e tinha três mandados de prisão em aberto. Ao chegarem no endereço indicado como ponto de tráfico de drogas, avistaram os acusados no interior da residência, através das frestas nas paredes de madeira. Ato contínuo, após franqueada a entrada pelo réu Willian, foram apreendidos 01 tijolo de maconha, pesando aproximadamente 948g; 44 pedaços de maconha pesando, aproximadamente 433g; 36 tijolos de maconha, pesando aproximadamente 651g; 02 pedras de crack, pesando cerca de 50g; 41 pedaços de crack, pesando aproximadamente 35g; 104 pinos de cocaína, pesando entorno de 73g; e 01 pote com pó semelhante à cocaína, pesando aproximadamente 10g; além de R\$8.588,50, sem origem lícita comprovada, sem olvidar uma arma de fogo, 66 munições de calibre .9mm, dois carregadores de pistola, materiais para acondicionar e embalar, duas balanças de precisão, uma prensa e facas, evidenciando a participação de todos na empreitada criminosa. Quanto ao pedido de desclassificação para posse, importa apenas referir que a simples escusa de ser mero usuário não é suficiente para possibilitar a desclassificação da conduta ou colocar em dúvida a prova produzida



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

durante a instrução. Ademais, a variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (2,32kg de maconha, 85g de crack, 83g de cocaína), não se mostra compatível com o uso, não se deixando de atentar que parte das drogas estavam embaladas e fracionadas, prontas para a mercancia, enquanto o restante estava sendo fracionado pelos réus no momento da chegada dos policiais civis. Da mesma forma, quanto ao ilícito da Lei de Armas, também não merece reforma o julgado. Cumpre referir que os crimes narrados na denúncia são delitos de mera conduta e de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação de algum dano ou a ocorrência de qualquer prejuízo para a sociedade, pois presumido pelo mero ato de portar ou possuir armamento ou munições. Descabida, ainda, a desclassificação para o delito do art.12 da Lei de Armas, uma vez que, embora a alteração legislativa ter tornado o armamento de calibre .9mm de uso permitido, no caso, o artefato bélico apreendido com os apelantes encontrava-se com a numeração raspada (fl.267), o que, por si só, é suficiente para configurar o delito do art.16, §Ú, IV da Lei de Armas. No entanto, quanto ao apenamento basilar de todos os acusados, entendo que merece prosperar o pleito da defesa, uma vez que o quantum estabelecido para fixar a pena-base está deveras elevado, fora dos parâmetros que entendo razoável para as circunstâncias narradas. Regime semiaberto estabelecido para os réus Paola e Elisson, pois adequado e proporcional aos delitos praticados, sem olvidar o quantum de pena ora fixado. Multa redimensionada para acompanhar o apenamento corporal estabelecido.

À UNANIMIDADE, REFUTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO.

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)

COMARCA DE ALVORADA

WILLIAM DOS SANTOS DA SILVA

APELANTE

ELISSON GUEDES CASEMIRO

APELANTE



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

PAOLA DADTCHUK DE BORBA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em refutar as preliminares e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso defensivo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE) E DES. JONI VICTORIA SIMÕES.**

Porto Alegre, 21 de maio de 2020.

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA,

Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª ROSAURA MARQUES BORBA (RELATORA)

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de **WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA, ÉLISSON GUEDES CASEMIRO e PAOLA DADTCHUK DE BORBA (os últimos menores de 21 anos na data do fato)**, dando-os como incurso nas sanções dos arts.33, caput, e 35, caput, ambos da Lei 11.343/06; e nas sanções do art.16, IV, da Lei 10.826/03, pela prática dos seguintes fatos delituosos:



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

“1º FATO:

No dia 02 de julho de 2018, por volta das 16h50min, na Rua Marcos Gustavo, n.º 1499, bairro Maria Regina, em Alvorada/RS, os denunciados WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA, ELISSON GUEDES CASEMIRO e PAOLA DADTCHUK DE BORBA, em comunhão de esforços e conjunção de vontades, tinham em depósito e preparavam, com objetivo de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 01 (um) tijolo de Cannabis Sativa Linnaeus, vulgarmente conhecida por maconha, pesando aproximadamente 948 gramas, 44 (quarenta e quatro) pedaços de Cannabis Sativa Linnaeus, aproximadamente 433 gramas, 36 (trinta e seis) tijolos de Cannabis Sativa Linnaeus, pesando aproximadamente 651 gramas, além de 02 (duas) pedras de crack, pesando aproximadamente 50 gramas, 41 (quarenta e um) pedaços de crack, pesando aproximadamente 35 gramas, 104 (cento e quatro) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 73 gramas e 01 (um) pote com pó semelhante à cocaína, pesando aproximadamente 10 gramas; substâncias que causam dependência física e psíquica e são de uso proscrito no Brasil (Portaria n.º 344, de 12/05/1998, da SVS/MS), conforme auto de apreensão e laudo de constatação da natureza das substâncias.

Na ocasião, policiais civis receberam denúncia sobre o paradeiro de um indivíduo foragido. Em seguida, foram ao local indicado e, após terem a entrada franqueada, encontraram, no interior de uma residência, os denunciados, que estavam fracionando “maconha”. Realizadas buscas pela casa, foram localizados os diversos tipos de entorpecentes supramencionados sobre uma mesa, a quantia de R\$ 8.588,50 (oito mil quinhentos e oitenta e oito e cinquenta centavos) em moeda corrente nacional, bem como diversos apetrechos para o acondicionamento e fracionamento de drogas, quais sejam: diversas embalagens, uma prensa e balanças de precisão. Diante disso, os acusados foram apresentados à autoridade policial, onde foi lavrado o pertinente auto de prisão em flagrante.

As drogas apreendidas foram submetidas a exame preliminar de constatação da natureza da substância (acostado à fl. 22 do IP), o qual identificou os entorpecentes apreendidos como sendo crack, cocaína e “maconha”; substâncias que causam dependência química e são de uso proscrito no Brasil (Portaria n.º 344, de 12/05/1998, da SVS/MS).

2º FATO:

Desde data não apurada, até o dia 02 de julho de 2018, por volta das 16h50min, na Rua Marcos Gustavo, n.º 1499, bairro Maria Regina, em Alvorada/RS, os denunciados WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA, ELISSON GUEDES CASEMIRO e PAOLA DADTCHUK DE BORBA



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

associaram-se para o fim de praticar o crime previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06.

Por ocasião dos fatos, os acusados WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA, ELISSON GUEDES CASEMIRO e PAOLA DADTCHUK DE BORBA associaram-se para praticar o delito de tráfico de drogas, porquanto, em verdadeira divisão de tarefas, prestavam apoio mútuo nas diversas etapas de fracionamento, depósito, distribuição e comercialização ilícita de drogas, as quais restaram apreendidas juntamente com diversos apetrechos utilizados pelo acusado no fracionamento e acondicionamento de drogas destinadas à distribuição e consumo de terceiros, assim como valores em dinheiro oriundos da comercialização ilícita e um veículo.

3º FATO:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local descritas no 1º fato, os denunciados WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA, ELISSON GUEDES CASEMIRO e PAOLA DADTCHUK DE BORBA, em comunhão de esforços e conjunção de vontades, tinham em depósito e mantinham sob sua guarda, acessórios, arma de fogo e munições de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, quais sejam, 02 (dois) carregadores de pistola calibre 9mm e 66 (sessenta e seis) munições de calibre 9mm e uma pistola, de uso restrito, calibre 9mm, e com numeração de série suprimida, conforme auto de apreensão da fl. 13 e certidão da fl. 21.

Nas mesmas circunstâncias descritas no primeiro fato, os denunciados tinham em depósito e mantinham sob sua guarda, na residência, os acessórios, as munições e a pistola supramencionadas, as quais restaram localizadas pelos policiais civis juntamente com as drogas, valores e apetrechos apreendidos. Ato contínuo, os denunciados foram conduzidos à delegacia de polícia - onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante - e a arma de fogo foi submetida a exame pericial, tendo sido constatadas a eficácia e a potencialidade lesiva da pistola."

A denúncia foi recebida em 09 de agosto de 2018 (fl.180).

Durante a instrução, foram inquiridas testemunhas, bem como realizado o interrogatório o réu (CDs de fls.235, 254, 259 e 331).

Substituídos os debates orais por memoriais, foram apresentados pelo Ministério Público, às fls.334/336 e pela defesa, às fls.341/351.



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Sobreveio sentença, em 11 de julho de 2019, julgando parcialmente procedente a denúncia para absolver os acusados da imputação do art.35, caput, da Lei 11.343/06, com fulcro no art.386, VII do CPP; condenar **WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA** como incurso nas sanções do art.33, caput, da Lei 11.343/06, e art.16, §Ú, IV, da Lei 10.826/03, às penas de 09 (nove) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima; condenar os réus **ÉLISSON GUEDES CASEMIRO E PAOLA DADTCHUK DE BORBA** como incursos nas sanções do art.33, caput, da Lei 11.343/06, e do art.16, IV, da Lei 10.826/03, às penas de 08 (oito) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, à razão unitária mínima, possibilitando-lhes recorrer em liberdade (fls.368/380).

Irresignada, a defesa interpôs apelação (fls.386/398). Em suas razões, preliminarmente, versa sobre a nulidade da prova, pois decorrente de violação de domicílio, pugnando, no mérito, por suas absolvições em face da ausência de provas. Subsidiariamente, pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse de entorpecentes, pelo reconhecimento da atipicidade do crime de posse de arma de fogo ou pela desclassificação do crime para a conduta do art.12 da Lei 10.826/03, requerendo, alternativamente, a redução das penas basilares, a isenção das penas de multa e, por fim, a revogação da prisão preventiva de William dos Santos da Silva.

Contrarrazões às fls.401/408.

Nesta instância, emitindo parecer, a Procuradoria de Justiça, opina pelo desprovimento do apelo defensivo (fls.456/468).



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a ROSAURA MARQUES BORBA (RELATORA)

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do apelo defensivo.

Cuida-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alvorada, que julgou parcial procedente a denúncia, condenando o **WILLIAN DOS SANTOS DA SILVA**, às penas de 09 (nove) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa; os réus **ÉLISSON GUEDES CASEMIRO E PAOLA DADTCHUK DE BORBA** às penas de 08 (oito) anos e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Primeiramente, em relação à alegação de **nulidade diante da violação de domicílio**, importa salientar que tal vedação comporta exceções, tal qual na hipótese de flagrante delito, prevista no art.5º, inciso XI da CF, que dispensa mandado judicial para ingresso na residência. No entanto, os policiais foram até a residência para averiguar denúncias de que um foragido da justiça, com três mandados de prisão pendentes, estaria comercializando estupefacientes no local, situação confirmada pela grande apreensão de drogas ocorridas. De qualquer sorte, ao avistarem William dentro da casa, foi dada voz de abordagem, tendo o próprio réu franqueado a entrada dos policiais, situação que afasta qualquer nulidade da prova angariada aos autos.



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Assim, ultrapassada a questão preliminar, passo ao enfrentamento do mérito propriamente dito.

No que tange à análise meritória, observa-se que tanto a materialidade quanto a autoria dos delitos narrados na denúncia encontram-se sobejamente comprovadas, existindo nas provas juntadas ao caderno processual a solidez necessária para a formação do convencimento em tal sentido.

Compulsando, detalhadamente, os autos, entendo **comprovada a materialidade** dos delitos narrados na denúncia pelos elementos decorrentes do auto de prisão em flagrante (fl.08), pelo auto de apreensão (fl.16), pelo laudo preliminar quanto à natureza das substâncias (fl.19), pelas fotografias (fls.27/29), pelo laudo de funcionamento da arma de fogo (fl.267) e pelos laudos toxicológicos definitivos quanto à natureza das drogas (fls.338/340), sem olvidar a prova oral colhida ao longo da instrução.

Quanto à autoria, tenho que está demonstrada na pessoa do apelante pela vasta produção de prova produzida ao longo da instrução, principalmente pelos depoimentos dos agentes públicos, tanto na fase administrativa quanto judicial, que foram averiguar denúncia anônima acerca do paradeiro do réu Willian, o qual encontrava-se foragido e tinha três mandados de prisão em aberto. Ao chegarem no endereço, indicado por ser ponto de tráfico de drogas, avistaram os acusados no interior da residência através das frestas nas paredes de madeira. Ato contínuo, após franqueada a entrada pelo réu Willian, foram apreendidos 01 tijolo de maconha, pesando aproximadamente **948g**; 44 pedaços de maconha pesando, aproximadamente **433g**; 36 tijolos de maconha, pesando aproximadamente **651g**; 02 pedras de **crack**, pesando cerca de **50g**; 41 pedaços de **crack**, pesando aproximadamente **35g**; 104 pinos de cocaína, pesando entorno de **73g**; e 01 pote com pó semelhante à cocaína, pesando aproximadamente



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

10g; além de R\$8.588,50, sem origem lícita comprovada, sem olvidar uma arma de fogo, 66 munições de calibre .9mm, dois carregadores de pistola, materiais para acondicionar e embalar, duas balanças de precisão, uma prensa e facas, evidenciando a participação dos acusados com os delitos narrados na denúncia, ainda que Paola e Elisson tenham, em juízo, negado o envolvimento com o tráfico, alegando serem meros usuários, enquanto que William asseverou ser o dono de todo o material ilícito encontrado.

No entanto, esmorece a tese defensiva, porquanto os relatos dos acusados se resumem a alegações vazias e descompromissadas, desacompanhadas do mínimo respaldo probatório, nitidamente com o fim de evitar eventual responsabilização, enquanto que os relatos dos agentes de segurança, em juízo, convergem para um esclarecimento idôneo dos fatos, consoante se depreende através de trecho da sentença que analisou os depoimentos apresentados em juízo, nos termos aos quais me coaduno e adoto como razões de decidir:

(...)

“O delegado de polícia **Edimar Machado de Souza**, em juízo, contou que William tinha mandados de prisão em aberto, em razão do cometimento de homicídios e receberam denúncia anônima de que ele estaria na residência existente no endereço denunciado, a qual usaria para guardar e fracionar as drogas e que usaria um veículo Fiesta para fazer a distribuição dos entorpecentes. Em averiguação no local, constataram que o veículo Fiesta encontrava-se no local, razão pela qual cercaram a casa e se identificaram como policiais. Por uma fresta na porta, perceberam movimentação no interior do imóvel, tendo o depoente avista o réu William. Foi dada ordem para que abrisse a porta, tendo ele atendido. Ao entrarem na residência sentiram forte odor de maconha e, um dos cômodos encontraram uma mesa e, em cima dela, expostas, drogas fracionadas, grande quantidade de droga a ser fracionada, balança de precisão e uma prensa para a maconha. Esclareceu que, em cima da mesa, haviam porções de maconha fracionadas e pinos embalados de cocaína, tendo sido apreendidos entorpecentes também dentro do guarda-roupas e outros móveis. William relatou que estava com uma arma, mas quando os viu a escondeu, em razão de haver criança na casa e ele temer um confronto. Foi apreendida em um quarto em que haviam drogas, uma pistola de calibre .9mm com munição, além de cocaína,



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

crack e maconha e mais de oito mil reais em dinheiro. Os outros dois réus estavam no local, sendo Paola companheira dele. Nenhum dos presentes esclareceu a origem do dinheiro apreendido. Não se conseguiu verificar uma divisão de tarefas entre os réus. Negou ter sido forçada a entrada na residência. Que não houve expedição de mandado de busca e apreensão, pois o réu William tinha contra ele três mandados de prisão preventiva e constataram que o veículo utilizado por ele estava parado no imóvel e ele foi avistado dentro da casa. Informou que a casa era habitada e que os filhos de William estavam no local. Que pela quantidade de drogas, há envolvimento com facção, sendo William membro da facção "Bala na Cara".

A policial civil **Giovana Baldasso** relatou que soube através do delegado que havia uma denúncia acerca da localização de William, vulgo "Sabiá", o qual estaria usando um veículo Fiesta de cor prata, que estaria no imóvel em questão, que seria utilizado como local de armazenamento de drogas para distribuição e que o indivíduo estaria armado. Em averiguação no local indicado, gritaram que eram da polícia, perceberam movimentação estranha e sentiram forte cheiro de maconha. Antes de entrarem no imóvel, o delegado avistou, através de uma fresta na porta, o réu Wilian, tendo gritado para que ele se entregasse. Pelas frestas viam movimentação de pessoas correndo na residência. Ao entrarem, encontraram os três réus dentro da casa e, dentro de um dos quartos, no interior dos armários, havia droga e quantia em dinheiro. Na sala, havia uma prensa e mesa com maconha cortada, pronta pra fracionar. Encontrou, neste mesmo cômodo, dentro do colchão, a pistola calibre .9mm, municada e bastate munição de mesmo calibre. Confirmou expressiva quantidade de maconha, além de *crack*, cocaína e grande quantidade de dinheiro. William assumiu a propriedade de tudo que foi localizado. Elisson alegou que estava no local fumando maconha e Paola era namorada de William. Relatou que no local haviam dois meninos, filhos de William e Paola pediu que a levassem até a casa de seu pai para avisar que seria presa. Enquanto tentavam chamar o pai de Paola, uma multidão se aglomerou em torno da viatura e a ré tentou fugir, sendo contida. Referiu que o Fiesta, de cor prata, estava em frente ao imóvel e havia informação de que ele o usava para fazer a distribuição da droga.

Edison Santos da Trindade, também policial civil, corroborou o depoimento dos colegas, dizendo que receberam denúncia dando conta de que o responsável pelo tráfico na localidade seria William "Sabiá", o qual tinha, em aberto, três mandados de prisão. Foram ao local indicado para averiguação e para cumprir os mandados de prisão. No imóvel estavam os três réus, William e Elisson fracionando a maconha, além de crianças no quarto. Em cima da mesa haviam drogas fracionadas e em pedaços inteiros, material para embalar e uma prensa. Em um colchão dobrado, havia uma pistola calibre .9mm. No quarto, foi encontrada mais droga, dinheiro, munições sobressalentes, carregador e uma CNH em nome de outra pessoa, mas com a foto de William. Recordou de ter sido apreendida



RMB

Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

quantidade expressiva de drogas, entre elas, cerca de 2kg de maconha e porções menores de cocaína e de *crack*. **Esclareceu que viu os dois réus fracionando a droga através das frestas, mas que não avistou Paola.** Que em cima da mesa havia droga fracionada, droga a ser fracionada, facas, material para embalar. Os réus não abriram a porta de imediato e já estavam todos na sala quando da entrada dos policiais no imóvel. No quarto estavam duas crianças jogando videogame. No local havia também um veículo pertencente à William. Paola se identificou como sendo namorada de William. Disse não conhecer Elisson e Paola de ocasiões anteriores. Recordou de William ter assumido que o material apreendido era seu.

Rutinéia Martins da Silva, vizinha da ré, disse que Paola não morava no local em que foi abordado. Que Elisson conhecia de vista por ser “namoradinho” de Paola. Nada soube relatar acerca dos fatos, abonando a conduta da ré.

A informante **Roseli Prates de Ramos** nada soube relatar acerca dos fatos, abonando a conduta da ré Paola.

Flávia Pereira da Silva, amiga de Elisson, nada soube relatar acerca dos fatos, abonando a conduta dele.

O réu **William dos Santos da Silva**, na ocasião de seu **interrogatório**, confessou a prática dos delitos, dizendo que os corréus estavam no local, mas que haviam ido ao local comprar maconha do depoente. Confirmou que estava embalando as drogas e que a pistola e o dinheiro apreendido eram seus. Que estava foragido desde 2015. Alegou que atendia qualquer um, que o foco era o dinheiro. Morava no local há cerca de quatro meses e estavam no local seus filhos e seu sobrinho. Que pediu para Paola dizer que era sua namorada para que ela retirasse as crianças do local.

O corréu **Elisson Guedes Casemiro**, por sua vez, quando de seu interrogatório, negou a prática dos delitos, dizendo que havia ido ao local comprar droga com sua namorada. Iam comprar maconha para ambos e haviam chegado há pouco no imóvel, quando da chegada da polícia. Compraram R\$5 de maconha e já estavam indo embora. Alegou que tinha apenas um pedacinho de maconha consigo. Não costumava comprar naquele local, mas como estava chovendo foi até aquele local, que era mais próximo de sua casa. Referiu que William, quando abriu a porta para a polícia entrar, pediu a Paola que ela dissesse que era namorada dela, para que retirasse as crianças do local.

A ré **Paola Dadtchuk de Borba**, da mesma forma, negou a prática delitiva, dizendo que havia ido com seu namorado comprar maconha e, no local, William lhes disse para não ficarem na frente, para não chamarem a atenção. Ao entrarem ficaram aguardando William entregar a maconha, quando os policiais chegaram. Que lhe questionaram o que estava fazendo no imóvel e disse que era



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

namorada de Willian, pois ele havia lhe pedido que dissesse isso, para que não levassem as crianças para o Conselho Tutelar. Alegou ser apenas usuária de drogas e que trabalhava na época. Que haviam ido ao local pela primeira vez e comprou duas porções de maconha, a R\$5 cada uma, enquanto Élisson comprou apenas uma. Que não chegaram a pegar a droga, apenas alcançaram o dinheiro a Willian. Contou que pediu a droga primeiro e que Willian lhe disse que ia “picar” a maconha. Referiu que Willian lhe pediu que dissesse que era sua namorada no momento em que os policiais já estavam dentro da casa. Que seu namorado era apenas usuário de drogas. Relatou que foi com os policiais até sua casa, para deixar as crianças no local. Que na sua casa estava sua tia, que acabou ficando com as crianças. Que sua tia não sabia quem eram as crianças. Confirmou que, enquanto estava na viatura, veio um familiar seu, que ficou nervoso e tentou lhe tirar da viatura.”

(...)

Frente aos relatos acima colacionados, observo a tentativa frustrada dos réus de afastarem sua responsabilidade pelos delitos pelos quais foram condenados, asseverando estarem no local apenas para adquirir estupefacientes para o consumo. No entanto, compreendo que as versões apresentadas pelos acusados devem ser analisadas com ressalvas, sem olvidar o fato de não ter sido trazido pela defesa qualquer testemunha presencial dos fatos narrados na denúncia. Nesta toada, cumpre repisar que o policial civil Edison Santos da Trindade foi categórico ao afirmar que visualizou os dois réus fracionando a droga em cima da mesa, através das frestas.

Portanto, inexistente qualquer elemento de prova suficiente a corroborar a tese defensiva, havendo indícios suficientes para afirmar que ambos estavam auxiliando William no preparo e acondicionamento das drogas apreendidas.

Por sua vez, os relatos dos agentes públicos, restaram incontroversos ao indicar a presença de todos os acusados no local, bem como a ciência inequívoca sobre o material ilícito existente na residência, sendo nítida a intenção de todos no desenvolvimento do tráfico de drogas,



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

independente do papel desempenhado por cada indivíduo no interior da casa.

Importa referir, ainda, que as testemunhas defensivas não apresentaram versão que colocassem em dúvida os dizeres dos policiais que apreenderam os estupefacientes, as balanças de precisão e o armamento, sendo apenas abonatórias.

De qualquer sorte, relevante referir que o **testemunho de policial** é prova de reconhecida idoneidade, especialmente quando alicerçada em outros elementos probatórios. Sob este prisma, vislumbro que os relatos dos agentes de segurança, além de firmes e convergentes na sua essência, apresentam-se de modo muito mais robusto a explicar e delinear a dinâmica do fato, mesmo porque não há sinais de tendenciosidade ou outra marca a colocar em dúvida as suas assertivas.

Sobre o ponto, aliás, não existe qualquer demonstração de interesse dos agentes públicos de prejudicar os réus, tendo em vista que a apreensão ocorreu após denúncia anônima, situação confirmada pela apreensão de grande quantidade de drogas e arma, não havendo indícios de perseguição.

Sobre o ponto, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA REFORMADA. TRÁFICO DE DROGAS: As provas contidas no caderno processual evidenciam que o objetivo do réu era a circularidade da droga apreendida. No presente caso, foram apreendidas 33,65g de crack, os quais haviam sido dispensados pelo acusado momentos antes da abordagem. Tais elementos, atrelados aos testemunhos dos policiais militares, são suficientes para rechaçar a desclassificação para o art. 28, da Lei de Drogas, operada na origem e ensejar a condenação do acusado nesta instância. DISPENSADO O FLAGRANTE DO ATO DE MERCANCIA: O agente não precisa ser flagrado na prática do ato de comércio, bastando que realize quaisquer dos verbos nucleares previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06 (no caso em comento,



RMB

Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

transportar). **PALAVRA DOS POLICIAIS COMO MEIO IDÔNEO DE PROVA: O testemunho policial, aqui entendido como o relato do agente público envolvido diretamente no flagrante delito ou atuante na investigação policial, afigura-se em prova de reconhecida idoneidade, não se revelando, de forma automática e tão somente em virtude do desempenho de seu múnus público, em hipótese de suspeição ou impedimento, capaz de colocar em dúvida o compromisso, dos agentes, com a verdade.** APENAMENTO: Na análise do art. 59, do CP, entendo que a reprimenda deverá ser fixada no mínimo legal. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06: Réu que preenche todos os requisitos para a concessão da benesse faz jus a sua aplicação na fração máxima (1/2). Assim, fixo a pena do réu em 02 anos e 06 meses de reclusão e ao pagamento de 250 dias-multa, a fim de guardar proporcionalidade entre as penas, em regime aberto, autorizada a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos. Prevalência do voto médio da lavra do Des. Pitrez. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL. (Apelação Crime Nº 70078300092, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 29/11/2018) **(grifei)**

Saliento, ainda, que o art.33 da Lei 11.343/06 possui diversos verbos nucleares, razão pela qual o fato de os apelantes “terem em depósito” ou “guardarem” a droga, já caracteriza o delito de tráfico, sendo **desnecessário o flagrante do ato de mercancia** para configuração do ilícito.

Sobre o ponto, colaciono decisões deste egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIME. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESCCLASSIFICAÇÃO DESCABIDA. A prova contida no feito autoriza a manutenção da condenação do réu por tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas através dos depoimentos dos policiais que receberam a denúncia de que uma mulher com o nome da acusada iria transportar entorpecente à cidade de Santa Maria, viajando em um ônibus. **Ao procederem a averiguação da denúncia, lograram identificar a acusada e encontrar em sua posse 715 gramas de maconha e R\$ 1.500,00. Houve confissão da ré, que admitiu estar traficando por precisar de dinheiro. Desnecessário o flagrante no ato do comércio de drogas, pois o art. 33, da Lei nº 11.343/06, apresenta diversas condutas que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes.** DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. Inviável a redução da pena aquém do mínimo legal, face ao teor da Súmula 231 do STJ. Reajustada a fração de aplicação da minorante do art. 33, §4º da Lei 11.343/06. Vencido Des. Luiz Mello Guimarães que o negava.



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70079451845, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 31/01/2019). **(grifei)**

Outrossim, com o fito de não pairar dúvidas sobre o julgado, esclareço que eventual condição de **usuário, que sequer foi demonstrado nos autos, não impede a traficância**, uma vez que é comum consumidores venderem drogas para sustentar seu vício.

A simples escusa de ser mero usuário não é suficiente para possibilitar a desclassificação da conduta ou colocar em dúvida a prova produzida durante a instrução. Ademais a variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (2,32kg de maconha, 85g de crack, 83g de cocaína), não se mostra compatível com o uso, não se deixando de atentar que parte das drogas estavam embaladas e fracionadas, prontas para a mercancia, enquanto o restante estava sendo fracionado pelos réus no momento da chegada dos policiais civis, razão pela qual a manutenção da condenação por tráfico de drogas é medida que se impõe.

Da mesma forma, **quanto ao ilícito da Lei de Armas**, também não merece reforma o julgado.

Esclareço que os crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo e munições, seja de uso restrito ou permitido, são delitos de mera conduta e de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação de algum dano ou a ocorrência de qualquer prejuízo para a sociedade, sendo presumido pelo mero ato de possuir armamento.

Reforço que as palavras dos agentes públicos que realizaram a apreensão dos artefatos bélicos, apresentam o quadro fático de maneira coesa e coerente, assegurando que os acusados tinham uma pistola, calibre



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

9mm, com sinal identificador suprimido, além de munições sobressalentes e dois carregadores, não havendo que se falar em insuficiência probatória.

Ademais, como bem referido na sentença e pelo membro do Ministério Público, em que pese a alteração legislativa ter tornado o armamento de calibre .9mm de uso permitido, no caso, o artefato bélico apreendido com os apelantes encontrava-se com a numeração raspada (fl.267), o que, por si só, é suficiente para configurar o delito do art.16, §Ú, IV da Lei de Armas.

Assim, vai mantida a sentença a fim de condenar os acusados pelos delitos de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo adulterada ou com numeração suprimida, nos termos da sentença.

Quanto ao apenamento basilar de todos os acusados, entendo que merece prosperar o pleito da defesa, uma vez que o *quantum* estabelecido para fixar a pena-base está deveras elevado, fora dos parâmetros que entendo razoável para as circunstâncias acima narradas, razão pela qual passo a redimensioná-lo.

Para o ilícito de tráfico de drogas do acusado William, o juízo sentenciante observou, de maneira adequada, a grande quantidade e a diversidade de entorpecentes apreendidos, bem como considerou, corretamente, negativa sua culpabilidade, em razão dos mandados de prisão existentes contra si. No entanto, recrudescer a reprimenda basilar em um ano, dez meses e quinze dias, extrapolando aquilo que entendo como adequado ao fato em análise, razão pela qual redimensiono esta para 06 (seis) anos de reclusão.

Quanto ao delito da Lei de Armas, concernente ao mesmo indivíduo, deve também ser redimensionada para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em razão das munições sobressalentes apreendidas, adequando em quatro meses a sanção outrora imposta.



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Presente a atenuante da confissão espontânea, adoto o patamar fixado na origem, por inexistir recurso ministerial sobre a reprimenda estabelecida aos acusados, não sendo possível modificar o quantum estabelecido. Assim, reduzo para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão para o delito de tráfico, bem como fixo o mínimo legal de 03 (três) anos para o crime da Lei de Armas.

Diante do concurso material dos crimes analisados, fixo a pena final do acusado William em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mantido o regime fechado para o cumprimento inicial da sanção, sem olvidar a reprimenda pecuniária que ora estabeleço em 570 (quinhentos e setenta) dias-multa.

Por sua vez, com relação aos acusados Paola e Elisson, verifico que as condições do art.59 do CP são comuns, pois ambos tinham menos de 21 anos na data do fato e sabiam do material ilícito existente na residência, pois indícios apontam que estavam no local para auxiliar o acusado William no acondicionamento e preparo do estupefaciente para o comércio.

Assim, tendo sido exasperada a reprimenda basilar da Lei de Drogas em 01 (um) ano, redimensiono esta para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em razão da quantidade e diversidade de estupefacientes apreendidos. Assim como procedido na análise acima, reduzo a pena-base da Lei de Armas para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, diante das munições sobressalentes apreendidas.

Considerando a atenuante da menoridade, fixo a pena provisória de ambos os delitos no mínimo legal.



RMB
Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)
2019/CRIME

Por fim, aplicada a minorante do art.33, §4º da Lei de Drogas em 1/6, redimensiono a reprimenda final do crime em testilha para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão.

Frente ao concurso material dos crimes, estabeleço a pena final dos acusados Paola e Elisson em 07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão, cumulado com 430 (quatrocentos e trinte) dias-multa, sob o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art.33, §2º, “b” do CP, bem como por entender adequado e proporcional aos delitos praticados por ambos.

Sobre **o pedido do réu William para apelar em liberdade**, não há como prosperar. Tendo este permanecido recolhido durante toda a instrução, não se mostra coerente que, agora, após proferida a sentença condenatória em seu desfavor, bem como permanecendo hígidos os motivos que ensejaram a constrição, seja-lhe concedida a possibilidade de recorrer em liberdade.

Por fim, **o pedido de isenção da pena de multa também não deve prosperar**, pois é consectário legal da condenação e está adequada ao caso em tela, sendo indispensável seu arbitramento. Eventual dificuldade no pagamento deverá ser alegada no juízo da execução penal.

Frente ao exposto, voto pelo afastamento da preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de redimensionar a reprimenda basilar e pecuniária de todos os acusados, sem olvidar a colocação em regime semiaberto dos acusados Paola e Elisson.

DES. JONI VICTORIA SIMÕES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).



RMB

Nº 70083107763 (Nº CNJ: 0282685-12.2019.8.21.7000)

2019/CRIME

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70083107763, Comarca de Alvorada: "À UNANIMIDADE, REFUTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO."

Julgador(a) de 1º Grau: FELIPE PENG GIORA

APELAÇÃO
CRIMINAL
70079520870



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E RECEPÇÃO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.

I. PRELIMINAR: Nulidade da prova por violação de domicílio. Os relatos dos agentes públicos, apontando que estavam em diligência na região quando visualizaram o réu, que estava foragido do sistema prisional, no interior de uma residência - local conhecido como “boca de tráfico”. Em razão disso, os policiais ingressaram na residência e encontraram as drogas e armas apreendidas, há no caso concreto justificativa plausível para o ingresso dos policiais na residência, ainda que ausente mandado judicial.

II. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. É indubitoso que 41 tijolos de maconha, pesando o total de 26,622kg e 13 torrões de maconha, pesando aproximadamente 435g, foram apreendidos neste processo, o que restou demonstrado no auto de apreensão das fls. 12/14, laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de droga das fls. 17/18 e pelo laudo pericial das fls. 116/117, que confirmou a presença de tetrahydrocannabinol (THC), substância presente na planta cannabis sativa L., conhecida como maconha. **AUTORIA.** A autoria do crime de tráfico de drogas restou comprovada pelas circunstâncias da prisão do réu e nos relatos firmes e coerentes das testemunhas policiais. Não há razões para se duvidar das palavras dos agentes públicos, que foram coesas e uníssonas desde a fase inquisitiva. Não parece plausível que pessoas idôneas, atuantes em nome do Estado no combate à criminalidade, imputem delitos a inocentes, com o único intento de justificar sua abordagem. **MANTIDA CONDENAÇÃO.**

III. DELITO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. Resta provada a existência do crime, conforme auto de apreensão (fls. 12/14), Laudo preliminar de constatação de funcionalidade de arma de fogo (fl. 28), laudo pericial n.º 109706/2017 (fls. 181/182), que concluiu que as armas e os cartuchos se encontram em condições de uso e funcionamento. **AUTORIA. NEGATIVA DE AUTORIA.** As apreensões dos armamentos foram confirmadas pelos policiais, os quais estavam em diligência em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando visualizaram o réu – foragido -, razão pela qual lhe foi dado voz de prisão. Em sua posse, apreenderam uma pistola. Em revista na casa, encontraram uma espingarda calibre .12 roubada. Nenhum



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

dos dois policiais tinham motivos para incriminar injustamente a acusado.

CRIME DE PERIGO ABSTRATO. Não há qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade em favor do acusado, cumprindo sublinhar que se trata de crime de mera conduta, dispensando, portanto, qualquer indagação acerca da intenção do agente ao portar, guardar ou possuir a arma. É dizer, não importa a motivação da conduta, pois é exatamente o porte ou a posse ilegal que a lei de armas pretende coibir, visando dar maior segurança a coletividade. MANTIDA A CONDENAÇÃO.

DESCLASSIFICAÇÃO. O crime de posse ilegal de arma de fogo, cuja imputação deu-se por incursão nas sanções do artigo 16 da lei nº 10.826/2003, foi desclassificado para a figura prevista no artigo 12 da mesma lei. A lei de armas, embora preveja como crime, dentre outras condutas, a posse e o porte de arma de fogo, munição ou artefatos, distinguindo-os entre de uso permitido, restrito e proibido, trata-se de norma penal em branco, pois não contém, em suas disposições, a especificação acerca dos calibres que se enquadram em cada uma das três classes referidas (uso permitido, restrito ou proibido). O novel decreto nº 9.847/2019, em seu artigo 2º, dispõe acerca das especificações técnicas das armas e munições de uso permitido, restrito e proibido, destacando, em seu parágrafo 2º, que “o comando do exército estabelecerá os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais que se enquadrem nos limites estabelecidos nos incisos I, II e IV do caput, no prazo de sessenta dias, contado da data de publicação deste decreto.”. No dia 12/08/2019 foi editada pelo Comando do Exército a portaria nº 1.222, que, entre outras disposições, reclassificou as armas de armas de fogo e munições, dividindo-as entre de uso permitido e restrito. No caso dos autos, além da espingarda e munições de calibre .12, houve apreensão, na residência do acusado, de uma pistola glock, calibre 9mm, 16 munições de mesmo calibre e um carregador. Anteriormente, o artigo 16, inciso III, do decreto nº 3.665/2000, estabelecia que o calibre referido, 9mm, era de uso restrito, daí porque a conduta imputada ao acusado foi aquela prevista no artigo 16 da lei nº 10.826/2003. Entretanto, a portaria recentemente editada pelo comando do exército passou a considerar tal calibre como sendo de uso permitido. Tratando-se de *novatio legis in melius*, foi aplicada a desclassificação para a



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

conduta tipificada no artigo 12 da lei nº 10.826/2003, que possui pena mais branda, considerando que possuía, no interior de sua residência, arma de fogo e munições de uso permitido.

IV – RECEPÇÃO DOLOSA. A apreensão da arma de fogo na posse do réu gera a presunção de responsabilidade e afigura-se evidenciado o dolo na conduta, pois presente a ciência da origem ilícita da arma cuja aquisição demanda o preenchimento de requisitos legais e, ainda, que esteja a arma registrada e com situação regularizada perante o órgão competente, nos termos da lei nº 10.826/2003. **MANTIDA A CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA SENTENÇA.**

V - APENAMENTOS. Sanções remanejadas, restando o apelante definitivamente condenado às penas de 09 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão; 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção; e 734 dias-multa, à razão unitária mínima.

RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA.

APELAÇÃO CRIME

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - REGIME DE
EXCEÇÃO
COMARCA DE VIAMÃO

Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-
77.2018.8.21.7000)

AMARILDO DOMINGOS MACHADO

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir as sanções aplicadas, restando o acusado definitivamente condenado às penas de 09 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão; 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção; e 734 dias-multa, à razão unitária mínima. Vencido o Relator, que negava provimento ao recurso.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. JONI VICTORIA SIMÕES.**

Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2020.

DR. FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA,

Relator.

RELATÓRIO

DR. FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA (RELATOR)

O **MINISTÉRIO PÚBLICO** denunciou **AMARILDO DOMINGOS MACHADO** como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, artigo 16, parágrafo único, da Lei 10.826/03 e artigo 180, caput, todos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

1º FATO:

Em circunstâncias de tempo e local não esclarecidos nos autos, porém depois do dia 29 de março de 2017 e, antes do dia 05 de julho de 2017, o denunciado AMARILDO DOMINGOS MACHADO adquiriu e ocultou, em proveito próprio, 01 (uma) espingarda Boito G07578241, calibre .12, pertencente à empresa EMBRASIL SEGURANÇA LTDA, em ocorrência de roubo, sabendo se tratar de produto de crime, uma vez que não comprovou a procedência lícita deste.

A arma foi furtada em 29 de março de 2017, conforme a ocorrência policial n.º 2158/2017/100464 e foi encontrada na posse do acusado em 05 de julho de 2017.

2º FATO:

No dia 05 de julho de 2017, aproximadamente às 21h12min, no interior da residência, situada no Beco dos Santana, s/n, na Vila Esmeralda, em Viamão/RS, o denunciado AMARILDO DOMINGOS MACHADO tinha em depósito e guardava, para fins de traficância, 41 (quarenta e um) tijolos de maconha, pesando o total aproximado de 26,622Kg (vinte e seis quilos e seiscentos e vinte e duas gramas) e 13 (treze) torrõezinhos de maconha, pesando o total aproximado de 435g (quatrocentos e trinta e cinco gramas). Substâncias que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, conforme Auto de Apreensão e Laudo de Constatação da Natureza da Substância, constantes no presente APF.

3º FATO:

Nas mesmas condições de tempo e lugar do FATO 02, o denunciado AMARILDO DOMINGOS MACHADO ocultava e mantinha sob sua guarda, 01 (uma) pistola Glock, calibre 9mm,



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

número de série VLP134, municada com 16 (dezesesseis) munições de mesmo calibre; 01 (um) carregador calibre 9mm; 01(uma) espingarda Boito G07578241, calibre 12; 09 (nove) munições calibre .12; 01 (um) porta carregador calibre .12 e 01 (uma) cartucheira de couro, contendo 28 (vinte e oito) munições calibre .12.

Circunstâncias comuns aos FATOS 02 e 03:

Na ocasião, o denunciado estava no interior da residência, situada no local descrito no FATO 02, em movimentação suspeita, quando foi avistado por policiais militares que realizavam outro flagrante de tráfico de drogas na região. Ato contínuo, tentou esconder-se o que ensejou sua abordagem e revista pessoal, tendo sido encontrada em sua cintura a pistola Glock 9mm, municada.

Realizada revista na residência, foram encontradas as substâncias entorpecentes constantes de forma individual no Auto de Apreensão e descritas na totalidade no FATO 02, bem como a espingarda produto de roubo e as munições descritas no FATO 03.

Ainda, no local foram apreendidos 01 (um) localizador de sinal de rádio; 01 (uma) gandula camuflada na cor verde; 01 (um) adaptador 12v para JAMMER; 01 (um) pacote contendo diversos pinos de cor verde; 01 (um) rolo de papel alumínio; 02 (dois) coletes balísticos; 01 (um) coldre preto; 02 (dois) JEAT LOADER; 01 (um) JAMMER portátil; 02 (dois) JAMMERS BASE e 01 (uma) televisão SAMSUNG Modelo PL42A450P1.

Diante dos fatos, foi dada voz de prisão em flagrante ao acusado e encaminhado à Delegacia de Polícia, para a lavratura do auto.

O denunciado é reincidente, consoante certidão judicial criminal constante no presente APF”

O acusado foi preso em flagrante, cujo auto foi homologado e convertida a prisão em preventiva (fls. 44/46).

A denúncia foi recebida em 11/09/2017 (fl. 111).

O acusado foi citado e apresentou resposta à acusação (fl. 128).

Na instrução foram inquiridas três testemunhas e, ao final, o acusado foi interrogado (fls. 204/206 e 207/209).

Encerrada a instrução, os debates foram substituídos por memoriais. Ministério Público e defesa apresentaram memoriais (fls. 217/222 e 223/232).

Sobreveio sentença, que julgou procedente a denúncia para condenar AMARILDO DOMINGOS MACHADO nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, no artigo 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, e no art. 180, *caput*, na forma dos artigos 61, inc. I, e 69, *caput*, todos do Código Penal, à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 760 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo à época do fato.

O Ministério Público e a Defesa foram intimados da sentença (fls. 243/244).



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

O réu foi intimado da sentença (fl. 268).

Irresignado, apelou (fls. 268v). Em suas razões, argui, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da prova obtida, alegando a ocorrência de violação de domicílio. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Em relação ao porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, pede a absolvição, aduzindo que não houve ofensa ao bem jurídico tutelado. Quer o redimensionamento da pena, com a neutralização dos vetores culpabilidade, antecedentes, personalidade, circunstâncias e consequências. Almeja o afastamento da reincidência, alegando a ocorrência de *bis in idem*. Por fim, pleiteia pela isenção, ou, alternativamente, a redução da pena de multa (fl. 246/255).

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 256/267).

Nesta instância, emitindo parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso tão somente para redimensionar a pena-base (fls. 270/276).

É o relatório.

VOTOS

DR. FELIPE KEUNECKE DE OLIVEIRA (RELATOR)

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do apelo.

Cuida-se de apelação tempestiva interposta pelo réu contra sentença da 1ª Vara Criminal da Comarca de Viamão, que julgou procedente a denúncia para condená-lo à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 760 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo à época do fato, por incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, no art. 16, caput, da Lei n. 10.826/03, e no art. 180, caput, na forma dos arts. 61, inc. I, e 69, caput, todos do CP.

DA PRELIMINAR



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

A Defesa dos acusados entende, preliminarmente, existir ilegalidade nas provas obtidas, suscitando nulidade, tendo em vista a ausência de mandado que autorizasse o ingresso dos policiais na residência, onde foi encontrada armas e drogas, que resultaram na prisão dos acusados.

Não se sustenta.

Como bem ponderou a sentença do juízo a quo, da qual transcrevo trecho, com pedido de escusa, para evitar tautologia:

Não merece acolhida a preliminar suscitada pela defesa, porquanto desnecessária a existência de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência, vez que o tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo são crimes de natureza permanente, significando que o estado de flagrância prolonga-se no tempo.

Além do mais, os policiais civis, conforme adiante se verá, antes do ingresso na residência, avistaram, por acaso, o acusado em atitude suspeita e já o conheciam pela prática de diversos delitos e também tinham conhecimento de que era foragido do sistema prisional; o que, indiscutivelmente, comprova a existência de fundadas razões para o ingresso no imóvel, tanto é que, exitosamente, lograram apreender aproximadamente 30 quilos de maconha, as armas e demais objetos. Por tais motivos, rejeito a preliminar arguida.

Acerca da matéria, saliento que o Supremo Tribunal Federal definiu os contornos da (i)licitude da busca e apreensão domiciliar nas hipóteses de flagrante delito, em julgado proferido em sede de repercussão geral, conforme ementa que segue:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Por conseguinte, conforme os relatos dos agentes públicos, apontando que estavam em diligência na região quando visualizaram o réu, que estava foragido do sistema prisional, no interior de uma residência - local conhecido como "boca de tráfico". Em razão disso, os policiais ingressaram na residência e encontraram as drogas e armas apreendidas, há no caso concreto justificativa plausível para o ingresso dos policiais na residência, ainda que ausente mandado judicial.

Ademais, convém mencionar que o réu afirmou em juízo que o local da apreensão era um ponto de tráfico de drogas, assim como afirmou que estava no local.

Dessa forma, não há violação ao art. 5º, XI, da CF/88.

Portanto, REJEITO a preliminar de ilicitude da prova por violação domiciliar arguida pela defesa.

DO MÉRITO:



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Início pelo enfrentamento do pleito absolvição, ou, alternativamente, de desclassificação deduzido, o qual entendo que não merece prosperar.

Com relação ao fato II escritos na denúncia (tráfico de drogas), é indubitoso que 41 tijolos de maconha, pesando o total de 26,622kg e 13 torrões de maconha, pesando aproximadamente 435g, foram apreendidos neste processo, o que restou demonstrado no auto de apreensão das fls. 12/14, laudo preliminar de constatação de natureza e quantidade de droga das fls. 17/18 e pelo laudo pericial das fls. 116/117, que confirmou a presença de tetrahydrocannabinol (THC), substância presente na planta Cannabis sativa L., conhecida como maconha.

Certa, portanto, a materialidade.

O mesmo pode ser dito em relação à autoria, conquanto o réu a tenha negado, aduzindo que não residia na casa onde as armas e a droga foram encontradas. Mencionou que o local é conhecido ponto de tráfico e estava ali para comprar maconha para seu uso.

Essa versão do réu, porém, não encontra respaldo na prova dos autos.

Por oportuno, colaciono trecho da análise da prova oral realizada pelo juízo *a quo* (fls. 233/239):

Quanto à autoria, saliento que o Policial Civil Guilherme Banwart Ota narrou que estavam diligenciando nas redondezas e o chefe de investigação, Josiel Goulart, pediu apoio imediato e, como estavam perto, chegaram no local em questão de segundos. No local já havia uma pessoa do lado de fora da residência que estava detida por porte de drogas e o acusado estava do lado de dentro. Ao entrar na casa, viu Josiel Goulart com a pistola Glock 9 mm e na mesa estava uma espingarda e também havia grande quantidade de substâncias entorpecentes e bloqueadores de sinal. Efetuou revista em um quarto onde foi localizado dois coletes balísticos e mais algumas porções de droga. Destacou que o denunciado já era conhecido da polícia, por ser violento e comandar o tráfico na região, e que a pessoa detida na frente da casa possivelmente era um usuário e estava comprando drogas de Amarildo Domingues.

O Policial Civil Josiel Eilers Goulart narrou que estavam diligenciando no local para averiguação de ponto de tráfico de drogas e um dos investigados estava bem na "boca" e quando foi abordado deixou cair um pacotinho com substância entorpecente. Ele estava muito nervoso e olhava a todo momento para o final do beco, e, então, resolveu ir até lá



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

e, ao passar por uma casa, olhou para a esquerda e viu alguém sentado nos fundos. Ao retornar, passou pela mesma casa, e viu Amarildo Domingos olhando o que estava acontecendo. Como tinha conhecimento que ele estava foragido do sistema penitenciário, não lembrando por qual delito, fez a abordagem e encontrou na cintura dele a pistola e dentro da casa havia equipamentos de interceptação de sinal de rádio, utilizados para o roubo de veículos, e em outro ambiente tinha uma espingarda calibre 12 e uma mochila com quase trinta quilos de maconha, não recordando o que mais foi apreendido. Na sequência pediu apoio para outros colegas, por ser um local perigoso e pertencer a facção dos “Abertos”, ligada ao presidiário Lucianinho. Destacou que já conhecia o acusado de investigações por tráfico de drogas e que no local também foi encontrado papel-alumínio e pinos para cocaína e na residência moravam Amarildo Domingos e a companheira. Acrescentou, ainda, que naquela ocasião o denunciado conseguiu fugir da sala de custódia da Delegacia de Polícia, com a ajuda da companheira e da filha dele, o que foi constatado pelas imagens da câmera, mas posteriormente foi recapturado com apoio da Brigada Militar.

Fernando Barella, outro Policial Civil, que participou da prisão do acusado, salientou que estavam em diligência na Vila Esmeralda, visando investigar organização criminosa no local, e viram uma pessoa em atitude suspeita, conhecida como “Alemão Fritz”, e que ao ser abordado estava com droga. O colega Josiel Eilers, por sua vez, andando pela rua, viu Amarildo Domingos e quando o abordou encontrou a pistola na cintura. “Alemão Fritz” ficou detido na viatura e, então, foi ajudar o colega e, como tinham informação que o acusado exercia a gerência do ponto e estava foragido, revistaram a casa dele e encontraram mais armas, quase trinta quilos de drogas e equipamentos de bloqueio de sinal, usados para roubos de veículos. Solicitaram auxílio a outros colegas, devido à quantidade da apreensão, e disse que não tinham mandado de busca e apreensão, pois sequer tinham conhecimento que Amarildo Domingos estivesse no local. Frisou que na casa estavam o denunciado e sua companheira e, ainda, narrou episódio no qual ele conseguiu fugir da cela da Delegacia de Polícia com auxílio da esposa e filha, mas posteriormente foi recapturado.

Por sua vez, Amarildo Domingos Machado, ao ser interrogado, referiu que já tinha preso e processado por assalto, tráfico de drogas e porte de arma e estava cumprindo condenação total de trinta e seis anos de reclusão e, quanto aos fatos descritos na denúncia, disse que não eram verdadeiros, pois não residia na casa onde as armas foram encontradas. Mencionou que o local é conhecido ponto de tráfico e estava ali para comprar maconha, para seu uso, e ao ser indagado sobre a propriedade da casa preferiu ficar em silêncio. Admitiu que fugiu da Delegacia de Polícia, sem a ajuda da companheira e da filha, e referiu que já confessou a prática de tráfico, mas não admitiria a presente imputação, pois as drogas e as armas não lhe pertenciam. Não sabia se tinha algum motivo para os policiais civis lhe atribuírem a prática dos delitos, pois sequer estava armado e apenas se assustou com a abordagem. Negou também



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

que a pistola estivesse em sua cintura e referiu que estava na porta da casa e não dentro dela onde foram encontradas as demais armas, munições e drogas. Admitiu, ainda, que era conhecido por “Magu” e estava foragido do sistema prisional e por isso lhe foi imputada a prática dos delitos e disse que não podia falar de quem era a droga apreendida.

Esses elementos recomendavam a condenação, não havendo se cogitar insuficiência de provas.

Como se percebe, os discursos dos policiais descrevem com exatidão como ocorreu a abordagem, apreensão da droga e prisão do acusado, apontando de forma inequívoca a prática do delito de tráfico de droga, não restando nos autos material que possa colocar em dúvida suas narrativas, que se encontram em consonância com o relato prestado em sede policial.

Os agentes disseram que estavam diligenciando no local quando visualizaram o réu, que estava foragido do sistema prisional, em local conhecido como “boca de tráfico”. Em razão disso, os policiais abordaram o acusado e ingressaram na residência, ocasião em que encontraram a droga apreendida (26 quilos de maconha), uma espingarda, munições, carregador, bloqueadores de sinal (Jammer), dentro outros objetos.

Dá-se especial relevância, neste viés, ao depoimento prestado pelos agentes de segurança, quando não verificada qualquer razão plausível a justificar um possível falso testemunho. Aliás, caso presentes razões para as testemunhas serem consideradas suspeitas, deveria a defesa tê-las contraditado por ocasião de suas oitivas, à inteligência do que dispõe o art. 214 do Código de Processo Penal. Não o fazendo, se opera a preclusão, validando-se os depoimentos como elementos de prova.

Dessa forma, não há razões para se duvidar das palavras dos agentes públicos, que foram coesas e uníssonas desde a fase inquisitiva. Não parece plausível que pessoas idôneas, atuantes em nome do Estado no combate à criminalidade, imputem delitos a inocentes, com o único intento de justificar sua abordagem.

A par disto, lembro que não há nada nos autos que permita inferir que os policiais pudessem ter agido com algum espírito de emulação.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Nesse sentido, aliás, é o entendimento dessa 2ª Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IRRESIGNAÇÕES MINISTERIAL E DEFENSIVA. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. **PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA.** Comprovada a materialidade e a autoria dos réus no delito de tráfico de drogas, inviável a absolvição pretendida. **Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com os réus, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.** O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização – como no caso restou comprovado. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE. Não pode ser acolhido o pedido de desclassificação do delito de tráfico para aquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulado pela defesa, porque a prova dos autos demonstra que os réus praticavam o tráfico de drogas e não eram meros usuários.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO.

Para configurar o delito do artigo 35, caput, da Lei nº 11.343/06, necessário que o acordo de vontades estabeleça um vínculo entre os participantes e seja capaz de criar uma entidade criminosa que se projete no tempo e que demonstre certa estabilidade em termos de organização e de permanência temporal. Caso dos autos em que os réus praticaram em conjunto o tráfico de drogas quando do fato, mas não há nos autos prova de vínculo associativo permanente entre eles, devendo ser mantida a absolvição dos apelados da prática do delito de associação ao tráfico.

PENA-BASE. MANUTENÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA DESFAVORÁVEIS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. DEMAIS VETORES DO ART. 59 DO CP CONSIDERADOS NEUTROS.

RÉ N.E.Z. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL.

RÉU M.F.L.O.J. MINORANTE. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. A privilegiadora do tráfico de drogas é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, por si só, é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional. Faz-se, então, necessária a análise do caso concreto para garantir que a minorante seja reservada não apenas a réus



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

primários, mas a traficantes realmente eventuais, que não fazem do tráfico sua “profissão”. Caso concreto em que o acusado não demonstrou exercer qualquer atividade lícita e responde a outra ação penal por roubo majorado, além do presente feito, circunstância que indica o envolvimento do réu em atividade criminosa. Inviável, pois, falar-se em tráfico eventual e ausência de dedicação à atividade ilícita.
RÉU M.F.L.O.J. REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESACOLHIMENTO. VENCIDO O RELATOR, NO PONTO. APELOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS E MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. **(grifei)**

Cabe frisar, ainda, que, em relação ao crime de tráfico, o agente não precisa ser flagrado na prática de ato de comércio, bastando que realize qualquer dos verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. No caso, o apelante mantinha em depósito e guardava 41 tijolos de maconha, pesando o total de 26,622kg e 13 torrões de maconha, pesando aproximadamente 435g, além de bloqueadores de sinal e armas.

Por conseguinte, tais circunstâncias, em especial a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas na ocasião, a forma como estavam acondicionadas (em tijolos) e as circunstâncias da abordagem (local conhecido como ponto de tráfico de drogas), confortam o juízo condenatório, a demonstrar que o acusado mantinha/guardava em depósito os mais de vinte e seis quilos de maconha objetivando a entrega destas para fins de comércio, afastando a tese de desclassificação do delito de tráfico de droga para o de posse, tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06, bem como, mormente, afastando a tese de aditamento da denúncia.

Diante disso, impositiva a manutenção da condenação de AMARILDO DOMINGOS MACHADO pela incursão no tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas.

No tocante ao fato III descrito na denúncia, de manter e ocultar 01 pistola Glock, calibre 9mm, número de série VLP134, municada com 16 cartuchos, 01 carregador de calibre 9mm, 01 espingarda Boito G07578241, calibre .12 e munições calibre, tratando-se de crime de mera conduta e perigo abstrato, resta provada a existência do crime, conforme auto de apreensão (fls. 12/14), laudo preliminar de constatação de funcionalidade de arma de fogo (fl. 28), laudo pericial n.º 109706/2017 (fls. 181/182), que concluiu que as armas e os cartuchos se encontram em condições de uso e funcionamento.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

No tocante à autoria, o réu negou a posse/propriedade das armas apreendidas no interior da casa, que segundo ele, era um ponto de tráfico, bem como negou que a pistola estivesse em sua cintura.

As apreensões dos armamentos foram confirmadas pelos policiais, os quais estavam em diligência em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando visualizaram o réu – foragido -, razão pela qual lhe foi dado voz de prisão. Em sua posse, apreenderam uma pistola. Em revista na casa, encontraram uma espingarda calibre .12 roubada.

Vale sublinhar que nenhum dos dois policiais tinham motivos para incriminar injustamente a acusada.

Giza-se, que como bem destacado pelo sentenciante, o laudo pericial constante da fl. 181 atesta que a espingarda marca Boito, calibre 12, número de série GO75782-14, e a pistola marca Glock, modelo G17, número de série VPL134, atesta que ambas as armas apreendidas encontram-se em condições normais de funcionamento, auto este, aliás, que sequer foi objeto de impugnação defensiva.

A par disto, não há qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade em favor do acusado, cumprindo sublinhar que se trata de crime de mera conduta, dispensando, portanto, qualquer indagação acerca da intenção do agente ao portar, guardar ou possuir a arma. É dizer, não importa a motivação da conduta, pois é exatamente o porte ou a posse ilegal que a lei de armas pretende coibir, visando dar maior segurança a coletividade.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência desta Câmara:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. DELITOS DE ARMAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. Não há necessidade de mandado de busca e apreensão para ingresso na residência do réu, tendo em vista que o delito de tráfico de drogas possui natureza permanente, no qual o estado de flagrância prolonga-se no tempo. Ademais, no caso dos autos, os policiais constataram, antes do ingresso na residência do réu, fundadas razões que suficientemente demonstraram a necessidade de entrar no imóvel, e, segundo se pode depreender dos autos, não houve oposição à entrada dos policiais, não sendo forçado, portanto, o ingresso dos milicianos, inexistente a alegada



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

violação de domicílio. MÉRITO. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. Comprovada a materialidade e a autoria do réu no delito de tráfico de drogas e nos crimes de porte ilegal de armas e munições, inviável a absolvição pretendida. Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem-estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes. O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização – como no caso restou comprovado. Absolvição decretada em relação ao delito do art. 12 da Lei nº 10.826/03. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. INVIABILIDADE. Não pode ser acolhido o pedido de desclassificação do delito de tráfico para aquele previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, formulado pela defesa, porque a prova dos autos demonstra que o réu praticava o tráfico de drogas e não era mero usuário. DELITOS DE ARMAS. CRIMES DE MERA CONDUTA. Os delitos previstos na Lei nº 10.826/03 se consumam com o simples “portar” ou “possuir” arma de fogo, acessório ou munição, sem a devida autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sendo inexigível a demonstração de perigo concreto, porque o objeto jurídico principal e imediato protegido pela referida Lei é a segurança coletiva, não necessitando demonstração de efetiva exposição a perigo de dano, bastando a ofensa presumida. Assim, nos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento é irrelevante a realização de exame pericial para a comprovação da potencialidade lesiva do artefato, bastando a simples posse ou o porte de arma de fogo, ainda que desmuniçada, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para a incidência do tipo penal correspondente. Jurisprudência da Câmara e do STJ. DELITOS DE ARMAS. PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO E DE USO PERMITIDO. APREENSÃO NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL. ART. 70 DO CP. Apreendidas armas e munições, de uso permitido e arma com numeração raspada, no mesmo contexto fático, amoldadas as condutas a tipos penais diversos (arts. 14 e 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 10.826/03), portanto tutelados bens jurídicos distintos, não se configura crime único, mas sim concurso formal de crimes, nos termos no art. 70 do CP. Precedentes do STJ. PENAS BASES. MANUTENÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS DESFAVORÁVEIS. ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. DELITOS DE ARMAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. MINORANTE. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. Caso concreto em que que não se aplica a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

11.343/06, pois, embora o réu não tenha maus antecedentes e seja tecnicamente primário, não comprovou a prática de qualquer atividade lícita. Deve-se considerar, ainda, a quantidade considerável de drogas, armas e munições apreendidas com o réu. Em vista disso, não é cabível a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a qual é reservada para quem esteja iniciando a atividade ilícita, que seja flagrado com pouca quantidade de droga, ou traficantes eventuais e indivíduos que não se dediquem às atividades criminosas, observando-se que o réu se dedica às atividades criminosas, não fazendo jus à redutora da Lei de Drogas. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. Não há falar em substituição da pena privativa de liberdade, pois ausentes os requisitos previstos no art. 44 do CP. MULTA. ISENÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PENA CUMULATIVAMENTE COMINADA AO TIPO. RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. Comprovado o tráfico de drogas e não havendo origem lícita para o dinheiro e demais bens apreendidos, demonstrando ser proveniente do crime, correto o perdimento em favor da União. PREQUESTIONAMENTO. Quanto ao pedido de enfrentamento expresso dos dispositivos mencionados na apelação, para fins de prequestionamento, registro que não se nega vigência a qualquer dos dispositivos legais citados, traduzindo a decisão o entendimento acerca da matéria analisada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.(Apelação Criminal, Nº 70082875717, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em: 28-11-2019)

A condenação nas sanções do art. 16 da Lei 10.826/03, portanto, vai mantida.

Por fim, quanto à imputação de receptação da espingarda Boito G07578214, objeto de roubo, conforme ocorrência n.º 2158/2017/10.04.64, de propriedade da empresa Embrasil Segurança Ltda. (fls. 24/26), observo que a apreensão da arma de fogo na posse do réu gera a presunção de responsabilidade e afigura-se evidenciado o dolo na conduta, pois presente a ciência da origem ilícita da arma cuja aquisição demanda o preenchimento de requisitos legais e, ainda, que esteja a arma registrada e com situação regularizada perante o órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826/2003.

Por conseguinte, mantenho a condenação nos termos da sentença.

Passo ao exame do apenamento.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

A Defesa Pública requer a redução da pena-base para o mínimo legal, sob a alegação de que o juízo *a quo* valorou equivocadamente as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, personalidade, circunstâncias e consequências. Pugnou, ainda, pelo afastamento da agravante da reincidência, tendo em vista princípio *do non bis in idem*, assim como, por fim, requer o afastamento da pena de multa, ou, em caso de entendimento diverso, a redução da multa.

Para melhor análise da aplicação da pena, colaciono a fundamentação lançada pelo juízo a quo (fls. 233/239):

O acusado tinha potencial conhecimento da ilicitude do ato e poderia agir de modo diverso. Possui duas condenações transitadas em julgadas por latrocínio e porte de arma, processos 039/2.03.0001058-1 e 039/2.04.0001802-9, sendo, pois, reincidente, o que será objeto de valorização da segunda fase de aplicação do apenamento. Além disso, possui outra condenação por porte de arma de uso restrito, proc. 039/2.17.0008871-3, sem trânsito em julgado. Personalidade voltada para a prática de ilícitos penais. Conduta social na ausência de elementos para sua aferição deve ser considerada abonada. O motivo é inerente ao tipo penal. As circunstâncias não o favorece, pois cometeu novos delitos quando estava foragido do sistema prisional. As circunstâncias não o favorecem, pois é cediço que o delito que antecedente ao crime de receptação origina-se de crimes patrimoniais, sendo na maioria das vezes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, muitas vezes com a morte do proprietário. As consequências, tangente ao crime de tráfico de drogas, são nefastas, pois é público e notório que, além dos problemas de saúde que trazem aos usuários, o uso delas tem desagregado famílias e fomentado o cometimento de outros delitos, especialmente crimes patrimoniais,

Destarte, como base nos vetores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base para o crime de receptação da espingarda Boito, calibre 12, em 02 anos de reclusão e, presente a agravante da reincidência (certidão de antecedentes de fls. 210/212), elevo o apenamento em 01 ano, restando a pena privativa de liberdade finalizada em 03 anos de reclusão, dada a ausência de outras causas modificadoras.

Fixo a pena de multa em 30 dias, atento as circunstâncias judiciais, sendo o seu valor estabelecido em um trigésimo do salário-mínimo vigente na época do fato delituoso, quantia esta a ser corrigida monetariamente pelo IGP-M (art. 49, § 2º, do Código Penal).

Relativamente ao delito de tráfico de drogas, levando em conta os parâmetros acima analisados, o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, a significativa quantidade de droga (trinta quilos de maconha), fixo a pena-base em 07 anos de reclusão.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Presente a agravante da reincidência (certidão de antecedentes de fls. 210/212), elevo o apenamento em 01 ano, restando a pena privativa de liberdade finalizada em 08 anos de reclusão.

Inviável a aplicação da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, considerando que o acusado é reincidente, pois possui duas condenações já transitadas em julgado por latrocínio e porte de arma, e, ainda, possui outra condenação por porte de arma de uso restrito, proc. 039/2.17.0008871-3, sem trânsito em julgado.

Condeno-o, também, ao pagamento de 700 dias-multa, a razão de um trigésimo do salário-mínimo, vigente na época do fato, levando em conta as circunstâncias judiciais e as condições econômicas.

Relativamente ao delito previsto no art. 16, caput, da Lei 10.826/2003, levando em conta os parâmetros acima analisados, estabeleço a pena-base em 04 anos de reclusão e, face a reincidência, aumento a reprimenda em 01 ano, restando, assim, finalizada em 05 anos de reclusão, ante a ausência de outras causas modificadoras.

A pena de multa resta fixada em 30 dias, observadas às circunstâncias judiciais acima mencionadas, e o valor unitário fica estabelecido em um trigésimo do salário-mínimo, vigente na época do fato, dada a condição econômica.

Sendo a hipótese de concurso material, as penas devem ser somadas, ficando, pois, o denunciado condenado a 16 anos de reclusão e 760 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na época do fato delituoso.

O regime carcerário, ante a quantidade do apenamento, será o fechado e a detração de 384 dias não tem o condão de modificá-lo.

Pois bem.

Primeiramente, oportuno ressaltar que a dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação.

No mesmo sentido, o STF firmou o entendimento de que: *“A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias.”*



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Na hipótese, a basilar para o crime de receptação foi firmada em 02 anos de reclusão, enquanto para o crime de tráfico de drogas foi fixada em 07 anos de reclusão, e, por fim, para o crime de posse ilegal de arma de fogo, a basilar foi fixada em 04 anos de reclusão.

Observo que as circunstâncias judiciais do artigo 59, caput, do Código Penal, foram devidamente valoradas pelo magistrado, sendo necessário apenas pequenos reparos. Assim, tenho que a prova dos autos se mostrou suficiente a permitir tal exasperação da basilar.

No tocante ao vetor antecedentes, observo que o réu possui cinco processos com trânsito em julgado anterior ao fato ora em julgamento, sem extinção ou cumprimento da pena informados nos autos, conforme certidão judicial – rol de culpados das fls. 213/214 -, quais sejam, processo nº 039/0000002685.3, nº 039/2.03.0001058-1, nº 039/2.040.001802.9, nº 001/2140090719.3 e nº 039/0000011015.1, o que caracteriza a agravante da reincidência. É bem verdade que um deles (processo nº 039/0000002685.3) transitou em julgado no ano de 1999, entretanto, repito, sem informação de extinção ou cumprimento da pena, caracterizando, portanto, a agravante da reincidência.

De outra, o Juízo, entretanto, considerou apenas dois processos para fins de reincidência (nº 039/2.03.0001058-1, nº 039/2.040.001802.9).

Dessa forma, reformo a sentença para reconhecer três dos cinco processos como antecedentes criminais, enquanto os outros dois processos serão sopesados em momento oportuno como agravante da reincidência, o que é mais benéfico para o réu.

De outro lado, considerando a utilização dos processos com trânsito em julgado no vetor antecedentes, afastado a incidência negativa do vetor personalidade, já que a incidência de processo penal em andamento não pode ser considerada para valorar a personalidade do agente.

No que diz respeito às circunstâncias do crime, observo que, de fato, não o favorece, pois cometeu novos delitos quando estava foragido do sistema prisional. Para além disso, quanto ao crime de receptação, como bem colocado pelo juízo, é cediço que o



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

delito que antecedente ao crime de receptação origina-se de crimes patrimoniais, sendo na maioria das vezes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, muitas vezes com a morte do proprietário.

As consequências quanto ao crime de tráfico de drogas, de igual sorte, foram bem analisadas pelo juízo a quo, pois nefastas, pois é público e notório que, além dos problemas de saúde que trazem aos usuários, o uso delas tem desagregado famílias e fomentado o cometimento de outros delitos, especialmente crimes patrimoniais.

Quanto aos demais crimes (posse de arma de fogo de uso restrito e receptação, as consequências não desbordam do comum.

A culpabilidade, por derradeiro, e considerando que as circunstâncias acima analisadas interagem e se explicam mutuamente, evidencia um juízo de reprovação um pouco acima do ordinário.

Pelo exposto, mantidos negativamente os vetores antecedentes, circunstâncias e culpabilidade para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e receptação, e observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, perfeitamente justificável o aumento de 1 ano na pena-base. Assim, inexistindo recurso ministerial, mantenho a pena-base aplicada ao réu em 04 anos de reclusão para o crime previsto no art. 16, “caput” da Lei 10.826/03, e em 02 anos, para o delito tipificado no art. 180 do CP.

Na segunda fase da dosimetria da pena, em relação ao quantum (1 ano), operado pela agravante da reincidência aplicada, mostra-se adequado, na medida em que o réu é multirreincidente.

Além disso, as agravantes e atenuantes não têm prefixados os quantitativos de aumento, ficando a critério do magistrado alterar o quantum de aumento dentro dos limites mínimo e máximo. Presente a agravante da reincidência, mantenho a elevação das penas em 01 (um) ano, fixando estas provisoriamente em 04 (quatro) anos de reclusão para o crime o crime previsto no art. 16, “caput” da Lei 10.826/03, e em 03 anos, para o delito tipificado no art. 180 do CP.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Ao cabo, não prospera a pretensão defensiva no sentido de ver afastada esta agravante, posto que, a bem da verdade, não há *bis in idem*, porquanto não se está punindo novamente com base no crime anterior, mas se agravando mais severamente o presente em virtude de um juízo de reprovação mais intenso que se verifica quando uma pessoa, após já ter recebido uma sanção penal, insiste em trilhar o caminho do crime.

É óbvio que tal situação exige uma maior reprimenda. E é por isso que o legislador elegeu essa faceta – que se verifica através da reincidência – para exigir do julgador um apenamento mais forte nestes casos.

No que concerne ao crime de tráfico de drogas, sopesados os vetores culpabilidade, antecedentes e circunstâncias, bem como o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, a significativa quantidade de droga (trinta quilos de maconha), mantenho a pena-base em 07 anos de reclusão.

Presente a agravante da reincidência (certidão de antecedentes de fls. 210/212), mantenho a elevação da pena em 01 (um) ano, restando definitiva a pena privativa de liberdade finalizada em 08 anos de reclusão.

Outrossim, não há majorantes ou minorantes a operar. A propósito, não se cogita da minorante do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, em face da reincidência reconhecida.

Por fim, diante do que dispõe o artigo 69 do Código Penal, aplicável ao caso concreto, e observada a regra do cúmulo material entre os delitos, mantenho a pena definitiva estabelecida em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado.

Outrossim, consideradas as circunstâncias judiciais anteriormente analisadas, na esteira do que dispõe o artigo 43 da Lei nº11.343/06, mantenho a condenação do réu ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, relativamente ao delito de tráfico de drogas; 30 (trinta) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, relativamente ao delito de



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

receptação; e 30 (trinta) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, relativamente ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Dessa forma, considerada a regra do artigo 69, *caput*, do Código Penal, mantenho a condenação do réu ao pagamento de 760 (setecentos e sessenta) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Em razão do quantum da pena, da natureza dos delitos, da reincidência, bem como dos desfavoráveis vetores do artigo 59 do Código Penal, o réu não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal.

Por fim, verifico que é descabido o pedido de isenção da multa cominada no tipo, pois, sendo ela o preceito secundário da norma, não pode ser negada a sua vigência pela condição de miserabilidade do acusado, eis que ausente previsão legal para tanto. Veja-se, de qualquer modo, que a sua parca condição financeira já é levada em conta na fixação do valor unitário do dia-multa, que foi aplicado em patamar condizente com a condição financeira do acusado. É essa a posição do STJ. Acrescento outro argumento: a pena de multa, fixada com base nos vetores da aplicação da pena privativa de liberdade, deve guardar proporção com a privativa de liberdade. No caso dos autos, ela foi definida um pouco acima do mínimo legal.

Sobre o tema, colaciono precedente firmado por este Egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. ABSOLVIÇÃO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO CRIME. (...). INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. A pena de multa está expressamente prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, não havendo falar, portanto, de sua inconstitucionalidade. Destarte, tratando-se de sanção cumulativa expressamente estabelecida no Código Penal, é de aplicação cogente. Ademais, inexistente previsão legal para a sua isenção pela falta de condições financeiras do réu. Precedente do STJ. Eventual impossibilidade de pagamento, em razão de estado de pobreza, deverá ser invocada no juízo da execução, não competindo tal análise ao juízo de conhecimento, até porque as condições financeiras do réu poderão ser alteradas até o momento da efetiva execução da reprimenda



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

pecuniária. (...). APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70065024416, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 09/07/2015).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ (PRESIDENTE E REVISOR)

Com a vênia do eminente Relator, acompanho a divergência lançada pelo colega Joni Victoria Simões, para desclassificar a conduta do artigo 16 da Lei n. 11.343/06 para a do artigo 12 da mesma Lei, bem como para readequar as penas impostas.

É o voto.

DES. JONI VICTORIA SIMÕES

Com a devida vênia ao Eminentíssimo Relator, divirjo parcialmente de seu voto, especificamente no que diz respeito à adequação típica do crime previsto na Lei de Armas e, ainda, com relação às penas impostas ao acusado.

Adianto, desde já, que acompanho a manutenção da condenação no tocante aos crimes de tráfico de drogas e receptação, previstos, respectivamente, no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e no artigo 180, caput, do Código Penal.

Tenho, no entanto, que o crime de posse ilegal de arma de fogo, cuja imputação deu-se por incursão nas sanções do artigo 16 da Lei nº 10.826/2003, deve ser desclassificado para a figura prevista no artigo 12 da mesma Lei.

Com efeito, a Lei de Armas, embora preveja como crime, dentre outras condutas, a posse e o porte de arma de fogo, munição ou artefatos, distinguindo-os entre de uso permitido, restrito e proibido, trata-se de norma penal em branco, pois não contém, em suas disposições, a especificação acerca dos calibres que se enquadram em cada uma das três classes referidas (uso permitido, restrito ou proibido).



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Depende, portanto, de regulamentação específica.

O *novel* Decreto nº 9.847/2019, em seu artigo 2º, dispõe acerca das especificações técnicas das armas e munições de uso permitido, restrito e proibido, destacando, em seu parágrafo 2º, que *“O Comando do Exército estabelecerá os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais que se enquadrem nos limites estabelecidos nos incisos I, II e IV do caput, no prazo de sessenta dias, contado da data de publicação deste Decreto.”*

E, no dia 12/08/2019 foi editada pelo Comando do Exército a Portaria nº 1.222, que, entre outras disposições, reclassificou as armas de armas de fogo e munições, dividindo-as entre de uso permitido e restrito.

No caso dos autos, além da espingarda e munições de calibre .12, houve apreensão, na residência do acusado, de uma pistola Glock, calibre 9mm, 16 munições de mesmo calibre e um carregador.

Anteriormente, o artigo 16, inciso III, do Decreto nº 3.665/2000, estabelecia que o calibre referido, 9mm, era de uso restrito, daí porque a conduta imputada ao acusado foi aquela prevista no artigo 16 da Lei nº 10.826/2003.

Entretanto, a Portaria recentemente editada pelo Comando do Exército passou a considerar tal calibre como sendo de uso permitido.

Trata-se, portanto, de *novatio legis in melius*, que deve, obrigatoriamente, ser aplicada em benefício do réu¹, na medida em que a conduta por ele praticada passou a ser tipificada no artigo 12 da Lei nº 10.826/2003, que possui pena mais branda, considerando que possuía, no interior de sua residência, arma de fogo e munições de uso permitido.

Nesse sentido vem decidindo este Tribunal:

APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03. PRELIMINAR. PROVA OBTIDA POR MEIOS ILICITOS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

¹ Art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal: *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

*SUFICIÊNCIA DE PROVAS. PALAVRAS DOS POLICIAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. TESE REJEITADA. NORMA COMPLEMENTADORA. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. DECRETO Nº 9.847/2019. A PISTOLA, CALIBRE 9MM, MARCA GLOCK, É DE USO PERMITIDO. DELITO TIPIFICADO NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/03. DESCLASSIFICAÇÃO. PENA REDIMENSIONADA. PROVIDO. ISENÇÃO DA MULTA. INVIÁVEL. I - Materialidade e autoria devidamente comprovada nos autos. Muito embora a ré tenha sido declarada revel, os depoimentos dos policiais militares são suficientes para ensejar um juízo condenatório. II - Por se tratar de crime de perigo abstrato, no qual a comprovação acerca do mero cometimento da conduta é suficiente a ensejar a tipicidade do crime, dispensando resultado naturalístico, não vinga a tese de atipicidade por ausência de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo a lesividade presumida pelo tipo penal. III - Revista pessoal da ré que se apoiou nos ditames do art. 240, § 2º, do CPP, em virtude das suspeitas de que ocultava objeto ilícito. IV – **Impositiva a desclassificação do delito do art. 16, caput, para o tipificado no art. 14, ambos da Lei nº 10.826/03, diante da modificação da norma complementadora, favorável à ré, alterando os parâmetros de aferição dos calibres das armas de fogo, passando a considerar de uso permitido as armas de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentos libras-pé ou mil seiscentos e vinte Joules (art. 2º, inciso I). Conforme a Portaria nº 1.222/2019, do Comando do Exército, a pistola calibre 9mm Parabellum, é armamento de uso permitido.** V – Pena basilar mantida 2 (dois) meses distante do mínimo legal pela avaliação negativa dos antecedentes do acusado. Mantido o quantum de 06 (seis) meses para a agravante da reincidência específica. Pena de multa mantida em 19 (dezenove) dias-multa. VI – Não há previsão legal para isenção do pagamento da pena de multa, sanção que está prevista cumulativamente no tipo penal. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.(Apelação Criminal, Nº 70082262494, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em: 10-10-2019). (Grifei).*



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RECEPÇÃO. CARREGADOR 9MM. DESCLASSIFICAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. A partir da Portaria 1.222/2019, expedida pelo Comando do Exército, na esteira do que dispõe o art. 2º do Decreto 9.847/19, devida a desclassificação da conduta do porte de carregador de munição calibre 9mm para o tipo do art. 14 da Lei 10.826/03, com consequências na dosimetria da pena. Pena redimensionada. A pluralidade de armas e acessórios, além de munição sobressalente, pode acarretar o reconhecimento de circunstâncias em sentido estrito desfavoráveis. No caso, com a reclassificação da conduta do 3º fato, a posse do carregador 9 mm acarreta maior reprovação das circunstâncias relativas ao 2º fato, pelo qual foi o recorrido condenado pelo porte ilegal de armas de fogo, acessórios e munição de uso permitido. Na esteira da Súmula 545 do STJ, a confissão, ainda que qualificada, quando utilizada para o convencimento, leva à redução da pena. Na espécie, portanto, deve ser mantida a sua aplicação. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 70082618869, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 26-09-2019). (Grifei).

Com essas considerações, desclassifico a conduta imputada ao réu, no tocante à posse de arma de fogo, para aquela prevista no artigo 12 da Lei nº 10.826/2003.

Em consequente, passo à análise das penas aplicadas.

Para melhor compreensão, inicio colacionando o trecho da sentença onde valoradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal:

“O acusado tinha potencial conhecimento da ilicitude do ato e poderia agir de modo diverso. Possui duas condenações transitadas em julgadas por latrocínio e porte de arma, processos 039/2.03.0001058-1 e 039/2.04.0001802-9, sendo, pois, reincidente, o que será objeto de valorização da segunda fase de aplicação do apenamento. Além disso, possui outra condenação por porte de arma de uso restrito, proc. 039/2.17.0008871-3, sem trânsito em julgado. Personalidade voltada para a prática de ilícitos penais. Conduta social na ausência de elementos para



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

sua aferição deve ser considerada abonada. O motivo é inerente ao tipo penal. As circunstâncias não o favorece, pois cometeu novos delitos quando estava foragido do sistema prisional. As circunstâncias não o favorecem, pois é cediço que o delito que antecedente ao crime de receptação origina-se de crimes patrimoniais, sendo na maioria das vezes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, muitas vezes com a morte do proprietário. As consequências, tangente ao crime de tráfico de drogas, são nefastas, pois é público e notório que, além dos problemas de saúde que trazem aos usuários, o uso delas tem desagregado famílias e fomentado o cometimento de outros delitos, especialmente crimes patrimoniais.”.

De fato, o réu ostenta maus antecedentes, na medida em que registra mais de uma condenação apta a configurar a agravante de reincidente, não havendo óbice de que uma seja utilizada para efetivamente caracterizar a aludida agravante e, as demais, para aferição dos antecedentes.

Embora entenda que o fato de o acusado ter praticado os crimes ora em análise enquanto se encontrava foragido do sistema penal diga respeito à sua culpabilidade, e não necessariamente às circunstâncias dos delitos, mantenho a valoração negativa das circunstâncias dos crimes.

Viável, no tocante ao crime de tráfico de drogas, a exasperação da basilar em razão da quantidade de drogas apreendidas (cerca de 30 quilogramas de maconha), nos termos em que expressamente autoriza o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

Em relação ao crime de receptação, entretanto, não vislumbro circunstância que desborde aquelas normais à espécie. O fato de o crime antecedente ser praticado, via de regra, com emprego de violência, não basta à valoração negativa das circunstâncias, pois inerente ao tipo penal ser o objeto produto de crime. Além disso, no caso concreto, a arma receptada pelo acusado foi furtada da vítima, e o furto, como se sabe, não é praticado com violência ou ameaça à pessoa.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Deve, ainda, ser neutralizada a vetorial relativa à culpabilidade, pois as afirmações de que o acusado “tinha conhecimento da ilicitude dos fatos” e “poderia agir de modo diverso”, dizem respeito, em verdade, à imputabilidade penal, e não podem ser consideradas para fins de exasperação das basilares.

As consequências do crime de tráfico de drogas, embora efetivamente graves, são inerentes ao delito em questão, e foram consideradas pelo legislador, ao estabelecer as penas mínima e máxima ao crime em questão. No caso dos autos, não há apontamento de consequência concreta que justifique a exasperação da pena-base.

Finalmente, não verifico a existência de razões para determinar que o acusado “tenha personalidade voltada à prática de crimes”, motivo pelo qual considero neutra a vetorial aludida.

Em resumo, considero desfavoráveis, no tocante aos três crimes pelos quais restou condenado o réu, as circunstâncias dos delitos e os antecedentes e, especificamente quanto ao crime de tráfico de drogas, também a quantidade de entorpecentes apreendidos.

Ressalto, aqui, que me filio ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça², no sentido de que cada circunstância judicial considerada negativa deve ensejar a exasperação da basilar em 1/6.

Nessas condições, fixo as penas-base em **01 ano e 04 meses de reclusão ao crime de receptação; 01 ano e 04 meses de detenção no tocante ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido** (considerando a desclassificação operada); e **mantenho a basilar relativa ao crime de tráfico de drogas, estabelecida em 07 anos**, considerando a ausência de recurso do Ministério Público e a impossibilidade de *reformatio in pejus*.

² “Muito embora a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não seja uma operação aritmética, com pesos determinados a cada uma delas, extraídos de simples cálculo matemático, o patamar utilizado pelo Tribunal de origem está bem superior às balizas fomentadas por esta Corte, que admite o acréscimo em até 1/6 da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável, salvo peculiaridade que justifique incremento maior. STJ, 6ª Turma, REsp 1.358.116/RN, Min. Rel. Rogério Schietti Cruz, j. em 20/9/2016.”.



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Na segunda fase, conforme já referido, incide a agravante de reincidência, considerando que o acusado, ao tempo dos fatos, registrava condenações transitadas em julgado.

Aqui, destaco que adoto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a existência de agravante ou atenuante deve ensejar o aumento ou diminuição da pena na fração de 1/6³.

Aplicando tal critério, exaspero as reprimendas relativas aos crimes de receptação e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido em 02 meses e 20 dias.

Quanto ao crime de tráfico de drogas, novamente em razão da inviabilidade de *reformatio in pejus*, mantenho o aumento realizado na sentença, 01 ano.

Assim, as penas provisórias restam estabelecidas em **01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão ao crime de receptação; em 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção ao delito de posse ilegal de arma de fogo; e em 08 anos de reclusão ao crime de tráfico de entorpecentes.**

Em consonâncias às sanções corporais, estabeleço as penas de multa em 17 dias-multa no tocante aos delitos receptação e posse ilegal de arma de fogo, e mantenho a

³ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA A CONDENAÇÃO. AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...).

3. O Código Penal - CP não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou diminuição da pena pela incidência das circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao julgador fixar a fração necessária dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais. Com efeito, esta Corte possui entendimento no sentido de que o aumento da pena em razão da agravante da reincidência, na segunda etapa da dosimetria, em patamar superior a 1/6, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o aumento em maior extensão.

No presente caso, o entendimento consignado pelas instâncias ordinárias está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, uma vez que utilizou a fração de 1/6, na segunda etapa da dosimetria. 4. (...). 5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 479.576/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)



FKO
Nº 70079520870 (Nº CNJ: 0317299-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

reprimenda pecuniária fixada na sentença, no tocante ao crime de tráfico de drogas, em 700 dias-multa, todas elas à fração unitária mínima de 1/30 do salário mínimo nacional.

Inexistindo outras causas modificadoras, torno definitivas as penas em tais patamares.

Mantenho a regra do concurso material de crimes, prevista no artigo 69, caput, do Código Penal, que culmina na soma das reprimendas. Ressalto, apenas, ser inviável a soma de reprimendas de detenção e reclusão, conforme dispõe o artigo citado, *in fine*.

Nessas condições, **resta o acusado definitivamente condenado às penas de 09 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão; 01 ano, 06 meses e 20 dias de detenção; e 734 dias-multa, à razão unitária mínima.**

Para cumprimento da pena de reclusão, estabeleço o regime fechado, em razão da quantidade de reprimenda imposta e por se tratar de réu reincidente, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "a", do Código Penal, e, à pena de detenção, fixo o regime semiaberto, também em razão do *quantum* de sanção imposta e por se tratar de acusado reincidente, conforme dispõe a alínea "b" do dispositivo citado.

Com essas razões, dirijo do Eminent Relator, para dar parcial provimento à apelação, nos termos acima expostos.

DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70079520870, Comarca de Viamão: "POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO PARA REDUZIR AS SANÇÕES APLICADAS, RESTANDO O ACUSADO DEFINITIVAMENTE CONDENADO ÀS PENAS DE 09 ANOS, 06 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO; 01 ANO, 06 MESES E 20 DIAS DE DETENÇÃO; E 734 DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA. VENCIDO O RELATOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO."

Julgador(a) de 1º Grau: JAIME FREITAS DA SILVA

APELAÇÃO
CRIMINAL
70078514825



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

Averiguação de informações sobre a localização do réu J.C.F., que se encontrava foragido. Abordagem do réu junto à corré I.F.T., seguida da visualização de fotografias de armamentos em seu aparelho celular. Posterior buscas na residência dos réus. Apreensão de **2 invólucros de cocaína (102,7g), 2 invólucros contendo crack (2,68g e 49,85g) e 1 pistola com numeração raspada, 1 espingarda calibre 12, 1 revólver calibre 32, munições de calibres diversos, balança de precisão e colete balístico.**

Preliminar de invasão de domicílio e ilicitude da prova. Acesso ao aparelho telefônico de J.C.F. que se revestiu de ilicitude, em razão da ausência de autorização judicial prévia para tanto, pois a motivação era relativa à sua prisão, diante de estar foragido. Inexistência de fundadas razões para o ingresso domiciliar sem mandado judicial. Ausência de situação de flagrância que justificasse o ingresso. Informação anônima, por si só, não constitui fundamento idôneo a justificar o acesso ao aparelho celular do réu sem decisão judicial autorizadora, ou o ingresso domiciliar desprovido de mandado judicial. Julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a ilicitude da prova em situações semelhantes.

Alegações do réu, amparada em depoimento da testemunha G., de fotografia e de auto de exame de corpo de delito, de que o réu foi agredido no momento da prisão, contrastada pelos policiais militares.

Ilicitude da prova material por derivação. Absolvição.

RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

JONATAN DA COSTA FERREIRA

APELANTE

INDIAMARA FARIOLI TORMA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso defensivo para absolver os réus Jonatan e Indiamara das acusações dos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e 16, inciso IV, da Lei 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES E DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA**.

Porto Alegre, 19 de fevereiro de 2020.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,

Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

Assim constou do relatório da sentença proferida pelo Juiz de Direito João Paulo Bernstein (fls. 596-612):

JONATAN DA COSTA FERREIRA e INDIAMARA FARIOLI TORMA, foram denunciados pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, e nas do artigo 12, *caput*, duas vezes, e do artigo 16, *caput* e parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, por duas vezes, para aquele incidindo, ainda, a agravante do art. 61, I, do CP, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“1º FATO:

No dia 04 de fevereiro de 2014, por volta das 14h, na Rua Prof. Honorina Soares Dutra, nº 314, Bairro São José, nesta Cidade, os denunciados Jonatan da Costa Pereira e Indiamara Faioli Torma, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, tinham em depósito e expunham à venda, para entrega de qualquer forma consumo, 02 invólucros de cocaína, pesando aproximadamente 102,7g e 8,76g, e 02 invólucros contendo pedras de crack (contém cocaína), pesando aproximadamente 2,68g e 49,85g (auto de apreensão das fls. 21/22 e laudo de constatação da natureza da substância da fl. 39), substâncias entorpecentes que



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

2º FATO

Até o momento referido, os denunciados Jonatan da Costa Pereira e Indiamara Farioli Torma associaram-se para o fim de praticar o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, como o narrado acima.

3º FATO

Nas mesmas circunstâncias descritas no 1º fato, os denunciados Jonatan da Costa Pereira e Indiamara Farioli Torma, em comunhão de esforços e união de desígnios, possuíam e mantinham sob sua guarda, no interior de sua residência, a pistola marca Taurus, calibre 7.65, com numeração raspada, e um cartucho intacto, cal. 44, marca MRP, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, conforme auto de apreensão das fls. 21/22.

4º FATO

Nas mesmas circunstâncias, hora e local suprarreferidos, os denunciados Jonatan da Costa Pereira e Indiamara Farioli Torma, em comunhão de esforços e união desígnios, possuíam e mantinham sob sua guarda, no interior de sua residência, a espingarda nº E28092-2, marca Boito, calibre 12; o revólver nº 752102, marca Taurus, calibre 32, além de munições intactas calibre 12 e calibre 32, todos de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, conforme auto de apreensão das fls. 21/22.

Na oportunidade, policiais militares, ao tomar conhecimento de que o foragido da justiça Jonathan da Costa Pereira, vulgo "Fornaia", estaria almoçando em um restaurante próximo à localidade de São Braz, na Rodovia conhecida como "Rota do Sol", dirigiram-se ao local para efetuar sua captura. Com o denunciado Jonathan encontrava-se sua namorada, Indiamara, e outro amigo do casal.

Ao avistar a aproximação dos policiais, Jonathan tentou evadir, não obtendo êxito.

Como os policiais militares detinham informação de que os denunciados possuíam armamento e drogas em sua residência, e após verificar fotografias de armamento no celular que Jonathan portava quando da recaptura, efetivaram buscas em locais indicados pelos réus, logrando localizar na residência da denunciada Indiamara, namorada de Jonathan, as drogas supradescritas, acondicionada em uma mala preta, uma balança de precisão da marca Powerpack, um colete balístico, uma mira a laser infravermelho, uma máquina de cartão Redecard, as armas de fogo e as munições referidas no fato 3 e 4, uma faca de serrinha com cabo de plástico azul, transformada em chave mixa, além de cheques e outros objetos frutos da narcotraficância exercida pelos codenunciados. Com o denunciado Jonathan, ainda, foram localizadas diversas cédulas pecuniárias de pouco valor.

Por estes fatos, os denunciados foram presos em flagrante delito.

Diante destas circunstâncias, notório o exercício do tráfico de entorpecentes.

O denunciado Jonathan é reincidente."

Homologado o auto de prisão em flagrante, sendo convertida em prisão preventiva (fls. 59/60).

A ré formulou pedido de relaxamento da prisão em flagrante (fls. 65/67), restando indeferido, apresentando, pouco mais tarde pedido de revogação da



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

prisão preventiva (fls. 72/74), cuja decisão também trilhou o mesmo caminho (fls. 75 e verso), tendo interposto habeas corpus.

Acostado o inquérito e guia de depósito judicial remunerado (fls. 96/206 e 220). Os acusados foram notificados e citados pessoalmente (fls. 224 e 287), apresentando defesa preliminar (fls. 225/230 e 242/251), tendo a defesa de Indiamara alegado a desnecessidade de prisão da denunciada, a ilegalidade do ingresso na residência, do princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, bem como a falta de provas, requerendo a absolvição sumária, com fulcro no art. 397, do CPP, arrolando testemunhas e acostando documentos.

A defesa de Jonatan postulou, preliminarmente, o trancamento da ação penal, a ausência de justa causa e o excesso de acusação. Alegou, ainda, inépcia da denúncia, bem como falta de justa causa para o processamento dos fatos 3º e 4º, devido ao *abolitio criminis* temporário. Requereu a restauração da liberdade do defendente, arrolando testemunhas e juntando documentos.

Saneado o feito, a denúncia foi recebida em 14/04/2014 (fl. 291 e verso), sendo mantida a prisão dos réus.

Sobreveio acórdão concedendo a ordem de habeas corpus impetrada em favor da paciente Indiamara (305/309).

Durante a instrução (fls. 319, 376, 469, 482, 484, 494 e 504) foram inquiridas as testemunhas e homologadas as desistências, sendo que ao final foi interrogado o réu Jonatan e decretada a revelia da ré Indiamara (fl. 507). Os termos de degravação foram acostados às fls. 322/333 e 381/389. As mídias gravadas foram acostadas nas fls. 486 e 506.

O pedido de liberdade formulado pela defesa do acusado Jonatan, foi indeferido (fl. 355 e verso), cuja defesa impetrou habeas corpus, sendo concedida a ordem pelo E. TJ/RS (fls. 368/371).

Juntou-se a perícia na droga apreendida (fls. 392/395), bem como nos armamentos (fls. 401/402 e 408/409).

Os réus, por meio de defensor constituído, apresentaram memoriais às fls. 511/545, discorrendo, preliminarmente, sobre a nulidade da materialidade delitiva, devido a prova ilícita por derivação e ilegalidade da busca domiciliar. Sustentou a absolvição, por estar provado que os réus não concorreram para a infração penal ou, em última análise, não ser suficiente a prova da autoria para a condenação criminal. Acostou cópia do acórdão do C. STJ às fls. 546/574.

Atualizados os antecedentes criminais (fls. 575/581), o MP apresentou memoriais (fls. 582/593), alegando estar provada a autoria e materialidade delitiva, salientando para a prova oral, bem como para a múltipla ação da natureza do crime de tráfico de drogas. Referiu que, para a configuração do crime de organização criminosa, basta que haja união e para o cometimento de um único delito de tráfico. Ao final, requereu a perda dos valores apreendidos, a destruição dos objetos relacionados ao tráfico, inclusive os entorpecentes, sendo encaminhadas as armas e munições ao Comando do Exército.

Havendo inversão da ordem de apresentação dos memoriais, foi ordenada vista dos autos à defesa, sem manifestação, vieram os autos conclusos para sentença.

Acrescento ter havido:

i. a **absolvição** de **JONATAN DA COSTA FERREIRA** e **INDIAMARA FARIOLI TORMA**, das imputações relativas ao artigo 35 da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal;



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

ii. a **condenação** dos réus como incurso nas sanções dos artigos 33 da Lei de Drogas, e 16, IV, da Lei 10.826/03: **JONATAN** às penas de **11 anos e 4 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e **615 dias-multa**; **INDIAMARA** às penas de **06 anos de reclusão**, em regime inicial **semiaberto**, e **310 dias-multa**.

Foi oportunizado aos réus o direito de recorrerem em liberdade.

Os réus, pelos advogados Ivandro Bitencourt Feijó e Mauricio Adami Custódio, interpuseram recurso de apelação requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude da prova em face da busca a acesso em aparelho celular do réu sem autorização legal, bem como o reconhecimento da nulidade da prova obtida em decorrência de busca domiciliar ilícita. No mérito, postularam a absolvição por insuficiência probatória e subsidiariamente, o redimensionamento da pena aplicada (fls. 631-647).

Contrarrazões foram apresentadas pelo Promotor de Justiça Rodrigo Schoeller de Moraes (fls. 649-660).

Em parecer, o Procurador de Justiça Alexandre Lipp João opinou pelo *“parcial provimento da apelação”*, a despeito de ter rechaçado todas as teses defensivas (fls. 661-664).

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

I. Da prova dos autos e da ilicitude da prova obtida sem autorização judicial

Conforme a denúncia, **Jonatan** e **Indiamara** *“tinham em depósito e expunham à venda”* **2 invólucros de cocaína (102,7 gramas)** e **2 invólucros contendo crack (2,68 gramas e 49,85 gramas)**.

Além disso, os acusados *“possuíam e mantinham sob sua guarda”* **1 pistola Taurus, calibre 7.65, com numeração raspada, 1 espingarda calibre 12, 1 revólver calibre**



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

32, e munições de diversos calibres. Também foram apreendidos, no local, balança de precisão, colete balístico e uma mira laser.

A apreensão teria ocorrido, ainda nos termos da denúncia, durante abordagem realizada por policiais militares em averiguação a informações acerca do paradeiro do réu, foragido na ocasião (prisão decretada em 21/01/2014 no processo nº 010/2.14.0000499-0 - fl. 57).

A prisão do acusado se deu em **local de acesso público** (um restaurante) e os policiais afirmaram que **já possuíam informações de que o réu estaria armazenando armas em sua casa**, fato que teria motivado a apreensão do aparelho celular do acusado onde teriam sido encontradas, em tese, imagens de armamentos.

Na sequência, os agentes conduziram o réu Jonatan e a acusada Indiamara até a residência, onde lograram a apreensão de todos os objetos descritos na denúncia.

Aproveito a transcrição de trechos relevantes da prova oral colacionada nos autos (fls. 597v-603v):

PAULO HENRIQUE INDA DELA VECHIO, Policial Militar, lotado no 12º BPM, ao ser inquirido declarou:

MINISTÉRIO PÚBLICO: o que aconteceu na ocasião? **TESTEMUNHA:** nós abordamos o Jonatan na condição de foragido, e ele tinha no telefone dele fotos de armas, ele portando. O que mais chamou a atenção era de uma submetralhadora que tinha sido levada de um colecionador, junto com outras armas. E aí nisso nós começamos a interpelar ele e perguntar sobre a situação. E como ele alegou que "tava" de guerra com outros presos, que ele tinha foragido do albergue, ele começou a nos mostrar vários endereços que estariam essas armas e droga. **Só que durante essa procura das armas, foi localizado drogas.** Só que durante toda essa, como é que eu vou dizer, assim, essa diligência, **eles foram dando endereços falsos, que eles alegavam que "tavam" ora em "tal" lugar, tanto ele quanto a Indiamara.** Que eles estavam sendo ameaçados por outros presos. Aí nisso a gente "tava" tentando achar essas armas. Até que um dos endereços a gente localizou. Junto com eles tinha um outro rapaz, que não tinha nada com ele, foi liberado. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** aonde que eles estavam? **TESTEMUNHA:** na churrascaria. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** em que local? **TESTEMUNHA:** em São Brás. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e esse endereço onde foi encontrado material, quem é que passou esse endereço? **TESTEMUNHA:** se eu não me engano foi ele mesmo. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** depois de fornecer alguns falsos, ele acabou fornecendo o verdadeiro? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e ele era foragido mesmo? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** eles estavam em algum veículo? **TESTEMUNHA:** estavam em um Santana. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** ele tentou deixar o local quando viu a aproximação da polícia? **TESTEMUNHA:** ele tentou entrar rápido no Santana. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e nessa residência onde foi encontrado o material, era a residência deles, eles eram companheiros, qual era a relação deles? **TESTEMUNHA:** a



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

senhora que alugou a casa falou que eles tinham alugado, o casal tinha alugado essa residência e algumas noites eles ficavam ali, outras não. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** o casal os réus? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** dinheiro foi localizado também? **TESTEMUNHA:** eu me lembro de cheque, drogas, armas, e ele tinha um material sem procedência lá. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e a droga, o senhor lembra que droga era? **TESTEMUNHA:** tinha cocaína e crack. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** tinha droga para fracionar também? **TESTEMUNHA:** tinha, tinha as pedras grande de crack. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e a arma era com numeração raspada? **TESTEMUNHA:** se eu não me engano sim, era uma pistola. **Eram três armas, uma calibre 12, uma pistola e um 38.** **MINISTÉRIO PÚBLICO:** tinha uma que tinha a numeração raspada. Nada mais. **JUÍZA:** Defesa de Jonatan. **DEFESA:** o senhor se recorda, se recorda não, se pudesse nos explicar, após ter apreendido o Jonatan e as pessoas que estavam no restaurante, vocês foram diligenciando até esses endereços que ele forneceu para o senhor? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** todos esses endereços foram diligenciados? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** um por um? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** até localizar as armas? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** e esses demais endereços, vocês chegaram a ingressar? **TESTEMUNHA:** alguns a gente nem conseguiu, porque a ré informou que morava, chegou lá, ela já mudou de ideia, disse que era uma tia dela, depois era a mãe dela, depois ela falou que não morava mais lá. Teve alguns que nós nem entramos. **DEFESA:** mas outros sim? **TESTEMUNHA:** onde "tava" a droga sim. **DEFESA:** quanto tempo durou mais ou menos essa peregrinação, essa diligência, até efetivamente vocês encontrarem objetos? **TESTEMUNHA:** acho que quase uma hora. **DEFESA:** desse período, por que que não foi apresentado a autoridade policial quando foi pego ele e constatado a situação de foragido? **TESTEMUNHA:** porque nós tinha intenção de achar essas armas que estavam sumidas. **DEFESA:** e ele tinha algum flagrante anterior ao ingresso dessa residência? **TESTEMUNHA:** só a situação dele, foragido. **DEFESA:** nada mais que o colocasse na situação de flagrante? **TESTEMUNHA:** que eu credeite, ele "tava" em situação de flagrante. **DEFESA:** mas qual seria essa situação de flagrante? **TESTEMUNHA:** foragido. **DEFESA:** e aí qual é que seria o procedimento? **TESTEMUNHA:** o que eu sei é isso aí. **Eu teria que apresentar ele, porém eu corri o risco de apreender mais drogas e armas, usei do poder discricionário.** **DEFESA:** quem é que era o responsável pela guarnição naquele dia? **TESTEMUNHA:** era o Soldado Severo. **DEFESA:** o soldado Severo que lhe orientou a fazer isso? **TESTEMUNHA:** não, a guarnição entrou em consenso de fazer isso aí. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** só uma questão de ordem, o senhor falou que tinha fotografias já do celular? **TESTEMUNHA:** fotografias, sim. Só que tinha a informação, até tinha ocorrências anteriores que informavam que tanto o "Fornaia", que ele era conhecido por "Fornaia", e o vulgo "Pirata", estariam durante a semana efetuando disparos e oferecendo essas armas na região do Pioneiro. Que tinham sido levadas de um colecionador, foi isso que nos levou a fazer essa diligência. **DEFESA:** certo. Vamos tentar entender então, essas fotografias, o senhor tinha que conhecimento dessas fotografias? Como é que elas foram apresentadas ao senhor? Ele forneceu o celular, ele permitiu que o senhor acessasse o celular dele? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** ele permitiu? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** o senhor não menciona no seu depoimento policial que ele forneceu o celular. **TESTEMUNHA:** e era obrigatório fornecer isso aí, dizer? **JUÍZA:** não, o senhor só responde. **TESTEMUNHA:** sim, estou respondendo Excelência. **DEFESA:** por que o senhor não respondeu na Delegacia que ele forneceu o celular espontaneamente? **TESTEMUNHA:** não foi perguntado. **DEFESA:** certo. E essas fotografias, colocavam ele em situação de flagrância? **TESTEMUNHA:** eu não sei lhe informar, não tenho essa informação para lhe dizer. **DEFESA:** quem é essa vizinha que o senhor informou que teria dito que



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

eles teriam alugado essa casa, qual é o nome dessa pessoa, o senhor se recorda? **TESTEMUNHA:** olha, eu não me recordo do nome, eu não perguntei o nome. **Ela apenas informou que alugava o porão para ele morar. Tanto é que essa senhora se sentiu ameaçada e pediu que eles não voltassem mais lá.** E a gente falou "Senhora, isso já tá fora do nosso alcance. Não tem o que fazer.". **DEFESA:** quanto tempo após a apreensão desses objetos vocês apresentaram o Jonatan para a Delegacia, na Delegacia, ele e a Indiamara? **TESTEMUNHA:** eu acho que deu uma hora, uma hora e "pouquinho", em torno disso. Uma que só na casa onde foi localizado se perdeu praticamente uma hora, de tanta coisa escondida que tinha. **DEFESA:** e o ingresso nessa residência, como é que aconteceu? Como é que vocês conseguiram acessar o interior da residência? **TESTEMUNHA: se eu não me engano, um deles tinha a chave, tinha a chave.** **DEFESA:** o senhor poderia tentar nos precisar quem seria a pessoa que teria a chave? **TESTEMUNHA:** faz tempo, eu não lembro mais. **DEFESA:** o senhor se recorda de uma pessoa de nome Giovani? **TESTEMUNHA:** é o que "tava" com eles. **DEFESA:** qual que foi a participação efetiva dessa pessoa na ocorrência? **TESTEMUNHA:** no momento da abordagem ele "tava" presente, porém como não tinha nada contra ele, ele "tava" em liberdade provisória, não tinha o que fazer com ele, ele foi liberado. **DEFESA:** o senhor se recorda se ele tinha dito que essa residência pertencia ao Giovani e a Indiamara? **TESTEMUNHA:** para mim não. **DEFESA:** para os seus colegas? **TESTEMUNHA:** aí eles que teriam que responder. **DEFESA:** e neste ingresso na residência, alguma testemunha viu eles fornecendo a chave para o senhor? O senhor poderia nos precisar se alguém viu ele entregando a chave? **TESTEMUNHA:** não tenho como precisar um fato que não fui eu que fiz. Como é que eu posso alegar o que o senhor vê? **DEFESA:** é que o senhor é condutor. **TESTEMUNHA:** é que o senhor perguntou se alguém viu eu fazendo alguma coisa. Não tem como eu ver. **JUÍZA:** só tem conhecimento disto? **TESTEMUNHA:** sim. **JUÍZA:** não tem conhecimento. Não sabe. **DEFESA:** essa chave foi fornecida no restaurante ou na frente da residência? **TESTEMUNHA:** não lembro. **DEFESA:** que distância fica o restaurante da residência onde vocês ingressaram, aproximadamente? **TESTEMUNHA:** uns 10 (dez) quilômetros. **DEFESA:** da residência até o restaurante onde eles estavam? (...) **DEFESA:** essa questão da submetralhadora, foi encontrada submetralhadora? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** demais armas que foram encontradas, o senhor se recorda quais eram? **TESTEMUNHA:** uma calibre 12, um 32 e uma pistola, tinha uma raspada. (...) **TESTEMUNHA:** sim, **mas daqui a pouco o senhor passa na frente, preso na frente de uma casa que o senhor quer ser visto, já avisa. A ideia acredito que era essa, em todo esse meio tempo que ele tentou ganhar.** **DEFESA:** compreendi. **TESTEMUNHA:** tanto é que durante as diligências, tanto é que o método era esse que a Doutora Advogada da moça apareceu correndo do nada, ou alguém avisou ela. Ou seja, não foi a Brigada, alguém avisou ela. Foi nesses deslocamentos que apareceu essa situação. (...) **DEFESA:** se algum componente da guarnição chegou a agredir o réu Jonatan? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** não foi agredido? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** o réu entrou na residência junto com os senhores ou não? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** satisfeito. **JUÍZA:** Defesa da acusada Indiamara. **DEFESA:** em primeiro me cumpre a esclarecer o por quê eu apareci no momento. Eu atendi o apelo de uma mãe, que me ligou desesperada. **JUÍZA:** Doutora, perguntas Doutora. **DEFESA:** mas aí vem a pergunta, porque ela ligou para o celular do filho. **JUÍZA:** Doutora, os seus esclarecimentos não Doutora, faça perguntas. **DEFESA:** o celular do Jonatan estava com quem no momento? **TESTEMUNHA:** com ele. **DEFESA:** não, enquanto vocês levavam ele nos endereços. **TESTEMUNHA:** estava apreendido comigo. **DEFESA:** e alguém atendeu, da sua guarnição ou seus colegas? **TESTEMUNHA:** que eu lembre não. Muitas vezes a gente silencia para não ficar chamando.



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

DEFESA: eu apareci por causa disso, que a mãe ligou e alguém atendeu dizendo que ia matar o filho dela. Eu quero saber o seguinte, o Giovani foi liberado porque não tinha nada com ele? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** com a Indiamara tinha o que? **TESTEMUNHA:** ela se apresentou como namorada, como esposa do Jonatan. **DEFESA:** e isso a colocava em situação de suspeita, por ser namorada? **TESTEMUNHA:** até então não, mas a gente queria a colaboração. E outra, tinha informações de tráfico também, em relação a eles. **DEFESA:** a eles? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** seriam aos dois? **TESTEMUNHA:** seria ao Jonatan e a companheira dele. **DEFESA:** sabia há quanto tempo ela era companheira dele? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** a chave o senhor não lembra com quem estava? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** poderia ser ele, a Indiamara e também o Giovani? **TESTEMUNHA:** não sei lhe precisar. **DEFESA:** nada mais. **JUÍZA:** nada mais.

RONALDO LAVARDA GONÇALVES, Policial Militar, lotado no 12º BPM, declarou:
(...) **TESTEMUNHA:** lembro que a gente foi verificar a situação, que tinha um foragido em São Brás. Que a gente tinha informação que era o mesmo que possuía armas. Chegamos ao local, abordamos o indivíduo foragido e mais uma guria. Verificamos através do celular que foi encontrado, foto de um armamento, pistola calibre 12, uma MT, pistola. Aí conforme informações que a gente tinha, deslocamos até a residência onde ele residia, para verificar a situação na residência. No local encontramos calibre 12, duas pistolas, mais uma certa quantia em droga. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** ele chegou a perceber a aproximação da guarnição? **TESTEMUNHA:** não. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** em que local ele estava? **TESTEMUNHA:** ele estava almoçando em uma churrascaria. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** ele tentou deixar o local em algum veículo? **TESTEMUNHA:** tentou, em um Santana azul. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** qual era a condição dele na época? **TESTEMUNHA:** foragido. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e ele morava nessa residência próxima do local? **TESTEMUNHA:** sim, não era próximo. Era em São Brás e a residência era aqui no São José. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** vocês foram até a residência? **TESTEMUNHA:** sim, fomos até. Que tinha informações que o mesmo possuísse armamento, com mais um outro comparsa que não foi possível localizar. E no celular dele tinha todas as fotos dessas armas e munição de fuzil. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e a ré estava com ele? **TESTEMUNHA:** a ré "tava" com ele. Tinha mais um indivíduo que não foi conduzido a Delegacia porque ele não tinha nada a ver e ele disse que não morava na residência, ele só tinha ido almoçar com ele na churrascaria, tinha sido convidado. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** vocês já sabiam onde era a residência deles? **TESTEMUNHA:** não, não sabia. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** eles que informaram? **TESTEMUNHA:** isso, daí um que "tava" junto ali, esse o, o que foi, o que não está presente no flagrante porque informou onde seria o endereço da residência. E tinha informações também de onde tinha as armas. Então a gente foi fazer averiguações e chegamos até a residência. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** quem é que abriu a porta, eles abriram a porta? **TESTEMUNHA:** sim, a guria que tinha a chave da residência. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** e o que os senhores encontraram lá na residência? **TESTEMUNHA:** uma calibre 12, eu lembro da calibre 12, pistola, 38, munição e mais uma certa quantia em droga. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** o senhor lembra que droga que era? **TESTEMUNHA:** era cocaína, se eu não me engano. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** eles moravam os dois nesse local? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** eles eram companheiros? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** o senhor confirma sua assinatura na folha 30? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** o senhor entrou na residência? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** para a apreensão do material. **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** o senhor lembra a ré o que ela alegou na ocasião? **TESTEMUNHA:** ela eu não lembro, só



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

lembro que ela era companheira dele. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** nada mais. **JUÍZA:** Defesa de Jonatan. **DEFESA:** deixa eu compreender como é que foi os fatos lá. Os senhores chegaram até o restaurante como? **TESTEMUNHA:** através de informações. **DEFESA:** informações? **TESTEMUNHA:** informações que foi passadas para nós. **DEFESA:** informação do CIOSP, informação? **TESTEMUNHA:** de gente da comunidade, populares. **DEFESA:** da comunidade? **TESTEMUNHA:** isso. É uma área bem conhecida lá, e quando as pessoas desconfiam elas ligam para nós. **DEFESA:** eles desconfiaram do que? **TESTEMUNHA:** do indivíduo. **DEFESA:** ele estava armado no momento? **TESTEMUNHA:** no momento não. **DEFESA:** não? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** o senhor foi em quantas residências naquele dia? **TESTEMUNHA:** eu fui em uma residência. **DEFESA:** uma residência? Não foram em uma outra residência anterior? **TESTEMUNHA:** eu não fui. **DEFESA:** o senhor não foi? **TESTEMUNHA:** eu não fui. **DEFESA:** o senhor custodiou os flagrados o tempo todo? **TESTEMUNHA:** não, eu não fiquei o tempo todo porque tinha um outro colega, outros dois colegas junto. **DEFESA:** sim, mas tinha quantas viaturas, duas? **TESTEMUNHA:** duas viaturas. **DEFESA:** o senhor prendeu eles e foi direto para a Delegacia de Polícia? **TESTEMUNHA:** não, nós fomos verificar na residência e tinha informação de que esse armamento. Só que primeiro foi informado o local, daí os colegas foram lá eu fiquei, fui verificar essa outra residência. **DEFESA:** quem informou essa segunda residência? **TESTEMUNHA:** um indivíduo que "tava" junto com ele. **DEFESA:** junto com ele? **TESTEMUNHA:** isso. **DEFESA:** como que era o nome do indivíduo, o senhor se recorda? **TESTEMUNHA:** eu não recordo, ele não foi apresentado porque ele não tinha nada a ver. Segundo ele, não tinha envolvimento. **DEFESA:** onde eram essas duas residências que vocês tinham ido averiguar? **TESTEMUNHA:** era no bairro São José. **DEFESA:** as duas no bairro São José? **TESTEMUNHA:** São José e Pioneiro, porque é tudo junto. **DEFESA:** São José e Pioneiro. Ele sabia tudo, esse Giovanni? **TESTEMUNHA:** não sei, ele não falou muita coisa. **DEFESA:** mas para levar à residência. **TESTEMUNHA:** é, ele mostrou a residência. Agora quem tem que saber ou não saber, a gente foi averiguar. **DEFESA:** tinha documento do Jonatan lá nessa residência? **TESTEMUNHA:** eu não procurei documento. **Eu fui lá e encontrei armas e não documento. Eu fui lá para encontrar arma e drogas, e não documento.** **DEFESA:** tinha alguma coisa que vinculasse o Jonatan a essa residência? **TESTEMUNHA:** tinha, a vizinha que morava em cima disse "Não, aqui mora o fulano de fulano." **DEFESA:** vocês conduziram a vizinha para a Delegacia? **TESTEMUNHA:** vamos conduzir para que? Ela tem envolvimento? **DEFESA:** quem é que era essa vizinha? **TESTEMUNHA:** era a que alugou a parte de baixo. **DEFESA:** nome dela? **TESTEMUNHA:** eu vou pegar nome dela. **JUÍZA:** o tom não está adequado da resposta, também da pergunta está um pouco além. **DEFESA:** o senhor soube o nome da vizinha? **TESTEMUNHA:** não porque eu não anotei o nome da vizinha. **DEFESA:** e por que o Giovanni esse, foi liberado e não foi apresentado também a autoridade policial que poderia dar continuidade. Pelo o que me consta, esse Giovanni está foragido a partir de agora. Foragido ou melhor, trocando a nomenclatura, está não encontrado, em lugar incerto ou não sabido. Ele é testemunha do processo e até agora não foi localizado. E era uma pessoa no que nos consta que sabia de tudo, sabia a residência. O próprio Jonatan alega que é outra residência dele, a própria Indiamara disse que é outra residência dele. Menos o Giovanni disse que aquela residência era dos dois. Aonde está o Giovanni, o senhor sabe aonde está o Giovanni? **TESTEMUNHA:** não sei, não tenho obrigação de procurar ele. **DEFESA:** o senhor não tem obrigação de procurar ele. Mas o senhor tinha obrigação de apresentar ele a autoridade policial ou não? **TESTEMUNHA:** no entendimento do momento não. **DEFESA:** quem fez esse crivo de valor, o senhor ou seus outros colegas? **TESTEMUNHA:** isso aí eu não tenho que dar satisfação. **DEFESA:** Excelência, pela ordem, a



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

testemunha está compromissada. **JUÍZA:** está tudo incorreto, a maneira como perguntam é claro que ele responde de forma inadequada. **DEFESA:** Doutora, por favor me corrija, qual foi a indelicadeza da minha pergunta? **JUÍZA:** o senhor está falando em um tom acusatório. O senhor sabe muito bem como é que se faz uma pergunta adequada. **DEFESA:** até agora eu estou tratando a testemunha com respeito, Doutora. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** até porque trata-se de dois excelentes advogados, sabe-se que estão complicando nas perguntas. A questão é objetiva. **DEFESA:** primeiramente obrigado pelo elogio. Segundo Doutora, a testemunha, embora o advogado tenha talvez tenha feito uma pergunta que não condiz. **JUÍZA:** Doutor, qual é a próxima pergunta? **DEFESA:** a testemunha está se desobrigando em uma resposta, Doutora. **JUÍZA:** qual é a pergunta, por favor. **DEFESA:** quem da guarnição, qual dos elementos que compunham a guarnição, fez o crivo de liberar o Giovanni da Cruz? **MINISTÉRIO PÚBLICO:** ele já tinha respondido antes. **JUÍZA:** qual é a resposta, por favor. **TESTEMUNHA:** eu não lembro. **DEFESA:** qual era o chefe da guarnição? **TESTEMUNHA:** a gente não tinha chefe. **DEFESA:** o superior direto de vocês? **TESTEMUNHA:** está na ocorrência também. **JUÍZA:** quem era? **TESTEMUNHA:** o Adriano Severo. **DEFESA:** o senhor agrediu o Jonatan? **TESTEMUNHA:** em nenhum momento. **DEFESA:** quantas residências o senhor invadiu? **TESTEMUNHA:** eu não invadi nenhuma. **DEFESA:** e esse mandado de busca e apreensão na casa, estava com quem? **JUÍZA:** havia mandado de busca e apreensão? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** então não houve testemunha do ingresso na casa? **JUÍZA:** houve alguma testemunha do ingresso na casa? **TESTEMUNHA:** não lembro. **DEFESA:** esse Giovanni que vocês liberaram, ele mencionou se residia nessa casa, se frequentava esse ambiente? **TESTEMUNHA:** eu não lembro. **DEFESA:** as pessoas que vocês entrevistaram em volta da casa, mencionaram se outras pessoas frequentavam essa residência também, ou não? **TESTEMUNHA:** não porque a gente não entrevistou ninguém. **DEFESA:** quem foi o condutor dessa ocorrência? **TESTEMUNHA:** o soldado Della Vechio, que tá de férias. **DEFESA:** e o senhor atuou apenas como testemunha da ocorrência? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** em que momento que o Jonatan tentou sair do restaurante? **TESTEMUNHA:** quando a gente chegou ali ele já estava com o carro, tentando sair com o carro. **DEFESA:** o senhor menciona que ele estava almoçando no restaurante. **TESTEMUNHA:** a informação chegou que eles estavam almoçando no restaurante, daí a gente chegou e ele "tava" saindo no carro. **DEFESA:** essa informação veio direto do CIOSP ou veio de um particular? **TESTEMUNHA:** eu já respondi Doutora. **JUÍZA:** eu não compreendi a resposta também. **TESTEMUNHA:** tinha recebido a informação de uma pessoa que estava lá no local. **DEFESA:** essa pessoa ligou para o celular de vocês ou ligou para a polícia militar? **TESTEMUNHA:** ligou para a polícia militar. **DEFESA:** o senhor recebeu a informação do CIOSP? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** então não foi de um particular, como o senhor acabou de responder para a Doutora Juíza de Direito? **TESTEMUNHA:** por causa que eles repassam para nós o particular. **DEFESA:** então foi uma informação repassada via CIOSP? **TESTEMUNHA:** que eles repassam para nós o particular. **JUÍZA:** foi via CIOSP ou foi um particular? **TESTEMUNHA:** foi CIOSP quem repassou para nós o particular. **JUÍZA:** então foi o CIOSP? **TESTEMUNHA:** CIOSP. **DEFESA:** e quando o CIOSP repassou essa informação, qual foi a informação detalhada que chegou para vocês? Que havia uma pessoa com mandado de prisão expedido por uma Juíza de Direito ou que o suspeito estava almoçando no restaurante? **TESTEMUNHA:** passaram que um indivíduo suspeito. **DEFESA:** indivíduo suspeito. Quantas pessoas estavam no restaurante naquele dia, mais ou menos que o senhor aproxima? Havia apenas o Jonatan, o Giovanni e a Indimara ou existiam outras pessoas que também estavam frequentando aquele ambiente? **TESTEMUNHA:** não lembro. **DEFESA:** Doutora? **JUÍZA:** é, talvez ele



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

possa ser responsabilizado futuramente. **DEFESA:** eu acredito que sim. **JUÍZA:** tem que falar a verdade.

TESTEMUNHA: eu não lembro porque eu não entrei no restaurante. **JUÍZA:** o senhor não entrou no restaurante? **TESTEMUNHA:** eu não entrei no restaurante.

DEFESA: precisou entrar uma vez que estavam no carro? **TESTEMUNHA:** eu não entendi. **DEFESA:** eles não estavam no carro, que o senhor acabou de mencionar? Eles estavam dentro ou fora do restaurante quando vocês chegaram?

TESTEMUNHA: quando eu cheguei e vi, ele estava fora. **DEFESA:** ele e mais quantas pessoas estavam fora do restaurante? **TESTEMUNHA:** mais duas pessoas. **DEFESA:** o senhor lembra dele ter reagido, dele ter agredido, dele ter lhe falado alguma coisa? **TESTEMUNHA:** para mim não. **DEFESA:** aqui é um auto de exame de corpo de delito, nas folhas 38 do processo, que acredito que foi a guarnição de vocês que o conduziu até o Departamento Médico Legal.

TESTEMUNHA: sim. **DEFESA:** ele apresentava lesões. O senhor saberia justificar a aparência dessas lesões? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** ele apareceu machucado na Delegacia e a autoridade lavrou o auto de prisão em flagrante? O senhor se recorda dele ter caído, de ter usado meios moderados da força? **TESTEMUNHA:** eu não me recordo.

DEFESA: as folhas é 123 do processo, Doutora, tem uma fotografia onde demonstra uma equimose no lado superior direito. O senhor se recorda desse machucado nele? **TESTEMUNHA:** não. **DEFESA:** satisfeito. **JUÍZA:** Defesa de Indimara.

DEFESA: só para esclarecer Doutora, aquela foto eu tirei na Delegacia. **JUÍZA:** sim Doutora, a senhora não pode testemunhar. **DEFESA:** uma pergunta, o Giovanni foi liberado porque segundo ele, ele não tinha envolvimento, certo? **TESTEMUNHA:** sim. **DEFESA:** e a Indiamara falou que tinha envolvimento em algum momento?

TESTEMUNHA: que ela era companheira. **DEFESA:** companheira, mas não que ela estivesse envolvida com qualquer tipo de situação criminosa, ou arma ou droga? **TESTEMUNHA:** sim, a gente só apresentou ela na Delegacia como companheira. **DEFESA:** mas em algum momento ela afirmou que tinha conhecimento dessas drogas e armas?

TESTEMUNHA: para mim eu não lembro. **DEFESA:** e ela foi conduzida e o Giovanni não. Ele afirmou que não tinha, em nenhum momento afirmou, e ela foi conduzida? **TESTEMUNHA:** ela foi conduzida por ela ser companheira e residir na residência.

DEFESA: e quem disse que ela residia naquela residência?

TESTEMUNHA: foi aquela vizinha. **DEFESA:** e essa vizinha não testemunhou?

TESTEMUNHA: não. **DEFESA:** nada mais.

ROSTANI ADRIANO DA TRINDADE SEVERO, Policial Militar, lotado no 12º BPM, assim foi inquirido:

(...) **TESTEMUNHA:** eu recordo que foi pego um foragido saindo de um restaurante, que daí depois em uma residência foi apreendido eu acho que armas e drogas, alguma coisa. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** qual foi a sua participação na ocorrência?

TESTEMUNHA: na abordagem inicial, depois a gente acompanhou o final. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** como é que foi o início, encontraram ele em que situação? **TESTEMUNHA:** se eu não me engano eu acho que ele "tava" almoçando em um restaurante na Rota do Sol. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** ele estava com algum veículo na ocasião?

TESTEMUNHA: é um veículo. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** que veículo era? **TESTEMUNHA:** não me recordo. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** a ré estava com ele?

TESTEMUNHA: sim, se eu não me engano tinha uma mulher. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** apuraram se ela era companheira dele? **TESTEMUNHA:** sim. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** chegaram na residência dele na sequência?

TESTEMUNHA: é, onde ele morava. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** é onde ele mora com ela? **TESTEMUNHA:** é. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** como é que chegaram nessa residência? **TESTEMUNHA:** eu não me recordo direito, se eu não me engano tinha um outro rapaz junto que disse onde que era. **MINISTÉRIO**



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

PÚBLICO: e o que encontraram lá na residência? **TESTEMUNHA:** se eu não me engano arma e drogas. Agora a quantidade agora a quantidade no momento eu não me recordo. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** no celular dele, vocês identificaram alguma coisa que dava indício? **TESTEMUNHA:** eu sinceramente não recordo, eu "tava" conversando com o colega, ele me comentou isso aí, mas eu não me recordo dessa situação. **MINISTÉRIO PÚBLICO:** nada mais. **JUÍZA:** Defesa de Jonatan. **DEFESA:** o senhor respondia pela guarnição, o senhor era responsável pela guarnição naquele dia? **TESTEMUNHA:** na abordagem, eu acho que, se eu não me engano sim. **DEFESA:** o senhores abordaram o Jonatan e a Indiamara e esse outro rapaz dentro, no interior do restaurante ou no exterior do restaurante? **TESTEMUNHA:** na saída. **DEFESA:** na saída? **TESTEMUNHA:** é. **DEFESA:** ele tentou fugir naquele momento ou ele se rendeu? **TESTEMUNHA:** não me recordo. **DEFESA:** segundo ponto, o senhor não acompanhou, no caso, a pessoa dele em todo momento. O senhor efetuou a prisão e saiu de lá ou estava lá? **TESTEMUNHA:** eu não me recordo, não me lembro quando é que foi isso. **JUÍZA:** segundo a denúncia é 04 de fevereiro. **TESTEMUNHA:** não me recordo disso, não posso precisar. **DEFESA:** o senhor chegou a ir em alguma residência, não foi? **TESTEMUNHA:** se eu não me engano eu acabei chegando na residência que foi achado, mas eu acho que um tempo depois já. (...). **JUÍZA:** Defesa de Indiamara. **DEFESA:** segundo seu colega, o Giovani, que era o rapaz que se encontrava junto com eles no restaurante, foi liberado por dizer que não teria nenhum envolvimento. Eu queria saber se o senhor se recorda se algum momento a Indiamara mencionou ter algum envolvimento ou sequer saber da existência desses materiais apreendidos? **TESTEMUNHA:** eu não recordo disso. **DEFESA:** o senhor se recorda se ela disse que era companheira ou apenas namorada do Jonatan? **TESTEMUNHA:** também não me lembro, se eu não me engano ela era companheira, se eu não me engano. Ela "tava" junto na abordagem, agora não posso lhe precisar. **DEFESA:** nada mais. **JUÍZA:** nada mais.

Portanto, acima estão transcritos alguns depoimentos de testemunhas. A seguir, transcrevo a análise constante na sentença de outra parte da prova oral:

GIOVANI TIAGO DA CRUZ, conhecido do acusado Jonatan, disse que **nada que foi apreendido nos autos pertencia ao Jonatan, dizendo que pertencia a si, sendo que a própria casa onde foram apreendidos lhe pertencia.** Disse que **guardava os itens para uma pessoa falecida, conhecido como "pirata",** mas não tinha conhecimento do que era guardado dentro da maleta. Não sabe o nome do "pirata" e não tem o endereço do mesmo. **Recebia para guardar a maleta e a mochila, cerca de R\$500,00 à R\$1.000,00 por semana.** Alugava a casa de uma mulher que não sabe o nome. Também não sabe que rua fica a casa. **Foram com o carro de Jonatan, um santana.** A casa em que foram apreendidos os itens ficava há 40km à 50km de distância. **Foi levado até essa casa para apreender os bens.** Quando os policiais chegaram no restaurante que estavam, apenas havia um mandado de prisão para o réu Jonatan, nada contra o depoente. Foram agredidos pelos policiais.

JUSTINA MELO DA COSTA, mãe do réu Jonatan, disse que nada sabe acerca dos fatos. Disse que foi agredida verbalmente pelos policiais. Apenas sabe que **levaram seu filho por diversos lugares até ser efetivamente preso.** Disse que Jonatan estava machucado, tal como está apresentado nas fls. 82 e 123. Aduziu que Jonatan residia na Rua Dionísio Adami, num apartamento em que atualmente reside sua filha. **Ocorreram buscas em mais de uma residência.** Disse que **seu filho era casado com Carla, mas saía com Indiamara.** Carla residia



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

no Bairro Pioneiro, sendo que residia com o mesmo naquela residência. Disse que é formada em segurança pública. Disse que seu filho já havia sido preso em outras oportunidades, no entanto não sabe por qual delito. Não sabe se seu filho era amigo próximo de Giovani, mas lembra de Giovani da vizinhança, antes mesmo de seu filho Jonatan nascer.

MARLENE MELLO DA COSTA, tia do acusado Jonatan, disse que viu uma camionete da polícia chegando em seu estabelecimento, forçando a porta. Disse que **os policiais perguntavam por armas e logo saíram do local, colocando o telefone no viva voz, ameaçando Jonatan**, caso não contasse o local em que estavam escondidas as armas. Disse que uma sargento lhe bateu, mas que interrompeu as agressões, porque havia pessoas filmando. Não viu Jonatan em nenhum momento. Enquanto estava em deslocamento até a delegacia, ficava sendo agredida por Shirle, uma sargento. Disse Indiamara morava com a mãe dela no Recanto, ao passo que Jonatan também morava com sua própria mãe, especificando que eram em locais diferentes.

PEDRO ROBERTO DE LIMA, esposo de Marlene e amigo de Jonatan, disse que **não estava na casa no momento da abordagem**. Disse que **sua esposa referiu que os policiais foram até sua casa para procurar armas**. Disse que **Jonatan morava com a mãe dele**, Justina. Disse que **apontou o seu endereço, porque Jonatan sabia que sua tia iria lhe defender**. Sua esposa foi levada até a delegacia, sendo que ficou machucada em decorrência da abordagem dos policiais. A residência da mãe do Jonatan até sua casa fica cerca de 5km ou 6km. O Bairro São José fica próximo da residência do depoente, mas não do Bairro Esplanada. Disse que Jonatan foi preso cerca de 10km da residência que fica no São José, num posto de gasolina da rota do sol. A hamburgueria pertence a seu filho Diego.

O acusado **JONATAN DA COSTA FERREIRA** revelou que **foi preso no restaurante em São Brás, onde estava com sua esposa e Giovani**. Disse que **tinha desavença com dois milicianos**. Disse que foi preso, mas levaram cada um para um local diferente. Disse que **conhecia Giovani da rua. Não residia no local em que foram encontradas as drogas e armas, sendo que morava no Bairro Kayser com sua mãe**. Disse que **quem residia naquele local, era o próprio Giovani**. Conhecia Indiamara há pouco tempo. **Nunca esteve na casa onde foram apreendidos os bens**. Disse que **não tinha nenhuma foto de arma em seu celular**, e que mesmo se tivesse, poderia tê-las baixado da internet. Indiamara residia no Bairro Recanto, com a mãe dela. Diversas residências foram revistadas, dentre elas, uma no Pioneiro, outra no Universitário e uma de sua tia. Trabalhava numa empresa que não sabe o nome de quem pertence. Andava com dois celulares, um próprio e outro da empresa. Não acompanhou a apreensão dos objetos. Giovani não foi conduzido para a delegacia. Disse que não bateu a cabeça no veículo Santana, mas que aquele hematoma significava um soco que um PM lhe deu. A todo instante exigiam que contassem o local em que havia escondido as armas e droga.

Acrescento que **Indiamara** teve sua revelia decretada, nos termos do artigo 367, do Código de Processo Penal (fl. 507).



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Assiste razão à defesa ao sustentar a **ilicitude da apreensão e acesso às imagens contidas no celular do réu, sem autorização judicial**, com a conseqüente **nulidade da prova obtida**.

Em primeiro lugar, verifico que a apreensão do aparelho celular pelos policiais militares e o acesso às imagens nele contidas restou **incontroversa**, conforme esclarecido pelos policiais e pelo acusado Jonatan, em seus respectivos depoimentos, e consoante registro no auto de apreensão (fls. 24-26).

Os **policiais militares** afirmaram que, **após recebimento de informações indicando a localização do réu**. Os policiais militares também informaram sobre um suposto armazenamento de armas pelo réu., dirigiram-se ao local indicado e realizaram a prisão de Jonatan, apreendendo, na mesma oportunidade, seu aparelho celular: *“a gente foi verificar a situação, que tinha um foragido em São Brás. Que a gente tinha informação que era o mesmo que possuía armas. Chegamos ao local, abordamos o indivíduo foragido e mais uma quria. **Verificamos através do celular que foi encontrado, foto de um armamento, pistola calibre 12, uma MT, pistola**” (depoimento do policial Ronaldo Lavarda).*

O **réu**, ao seu turno, negou que os agentes tivessem encontrado as referidas imagens em seu aparelho apreendido, informando que *“não tinha nenhuma foto de arma em seu celular, e que mesmo se tivesse, poderia tê-las baixado da internet”*.

Da prova testemunhal e documental acostada aos autos, verifico que **não houve a devida autorização judicial** para o acesso aos dados do telefone do réu, o que configura, portanto, violação à garantia constitucional da **inviolabilidade à intimidade** e à **vida privada da pessoa** (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal), caracterizando a ilicitude da prova obtida.

Ressalto que o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, reiterou o entendimento acerca da necessidade de **ordem judicial prévia** para o acesso ao conteúdo de aparelhos telefônicos:

Os dados armazenados nos aparelhos celulares – envio e recebimento de mensagens via SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

(dentre eles o WhatsApp), **fotografias** etc. –, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são **invioláveis**, nos termos em que previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, só podendo, portanto, ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, com base em decisão devidamente motivada que evidencie a imprescindibilidade da medida, capaz de justificar a mitigação do direito à intimidade e à privacidade do agente (...)

A própria narrativa da dinâmica dos fatos coloca sob dúvida o "consentimento" dado pelo réu aos policiais para o acesso aos dados contidos no seu celular, pois é pouco crível que, abordado por policiais, ele fornecesse voluntariamente a senha para o desbloqueio do celular e o acesso aos dados nele contidos.

(RHC 101.119/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019).

Ainda, para fins de reforço argumentativo, em julgado diverso da mesma Corte Superior, destaco trecho relevante do voto do Ministro Nefi Cordeiro:

Atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.

Deste modo, **ilícita é tanto a devassa de dados**, como das conversas de whatsapp **obtidos de celular apreendido, porquanto realizada sem ordem judicial!**

(RHC 51.531/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 09/05/2016).

Superado o ponto, destaco que, quanto às buscas realizadas nas residências, a procura por objetos vinculados às condutas criminosas imputadas aos réus se apoiou em **elementos obtidos a partir da apreensão do celular pelos policiais militares**, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita.

No ponto, a despeito do relato dos agentes em juízo, no sentido de que além das fotografias haveria informações de que Jonatan “possuía armas”, não há nos autos registros de investigações nesse sentido, de modo que não restou demonstrado, pelos documentos dos autos, nenhum argumento ou situação que pudesse justificar a necessidade e a urgência de as autoridades policiais procederem a busca na residência dos réus.



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Não há falar, tampouco, em situação de flagrância autorizadora do ingresso no domicílio do réu configurada unicamente pela sua **situação de foragido**, conforme relata o agente Paulo Henrique, em juízo. O fato de Jonatan encontrar-se foragido em razão de fato diverso não é fundamento apto a caracterizar, por si só, a situação de flagrância. **A ação policial estava, na ocasião, cingida à condução do acusado na qualidade de foragido à delegacia de polícia.**

Além disso, destaco trecho do depoimento do policial militar Paulo Henrique que, ciente da conduta que deveria adotar após a prisão do réu– isto é, conduzir o acusado à delegacia e requerer judicialmente o acesso aos dados armazenados no aparelho apreendido – não a celebrou: ***“Eu teria que apresentar ele, porém eu corri o risco de apreender mais drogas e armas, usei do poder discricionário. (...) a guarnição entrou em consenso de fazer isso aí”***.

Por fim, destaco que os depoimentos dos policiais militares e dos acusados apresentam divergências no tocante à ocorrência de agressão a Jonatan no momento da prisão. O acusado afirma, em inquérito e em juízo, que fora agredido pelos policiais, o que vai corroborado pelo depoimento da testemunha **Giovani**, pelo exame de corpo de delito (fl. 38) e fotografia acostada aos autos (fl. 82).

Ressalto, contudo, que não se está a desmerecer a palavra dos policiais. No entanto, há fundada dúvida sobre os limites da ação policial em questão, o que não pode ser considerado em desfavor do réu.

Desse modo, é caso de reconhecer a ilicitude das provas que deram origem à apuração e de todo o processo penal, tendo em vista que a apreensão das drogas e das armas, que conduziu à condenação, somente ocorreu após o acesso indevido ao celular e o ingresso desautorizado na residência dos acusados.

Ilícita a prova material, impositiva a absolvição dos réus.

II. Dispositivo



DVHR
Nº 70078514825 (Nº CNJ: 0216694-26.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Diante do exposto, dou provimento ao recurso defensivo para absolver os réus Jonatan e Indiamara das acusações dos artigos 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e 16, inciso IV, da Lei 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DR.ª VIVIANE DE FARIA MIRANDA

Estou em acompanhar o preclaro Relator diante das peculiaridades do caso concreto, bem assim em homenagem ao princípio da colegialidade. Resguardo, todavia, em votos de minha Relatoria, a possibilidade de me inclinar ao entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca da licitude da prova oriundo dos acessos aos dados armazenados em aparelho celular quando obtidos pela polícia no momento da prisão em flagrante (*v.g.*, HC 537.274/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70078514825, Comarca de Caxias do Sul: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO PARA ABSOLVER OS RÉUS JONATAN E INDIAMARA DAS ACUSAÇÕES DOS ARTIGOS 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, E 16, INCISO IV, DA LEI 10.826/03, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PAULO BERNSTEIN

APELAÇÃO
CRIMINAL
70077302487



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CORRUPÇÃO DE MENORES. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. VIOLAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO. A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita diante de situação de flagrante delito, desde que aferível por fundadas razões em momento anterior ao ingresso no domicílio. No caso, extrai-se dos autos que os policiais militares ingressaram no domicílio do réu, em virtude de informações anônimas a respeito de um foragido da justiça. Ausente qualquer elemento concreto evidenciando indícios da ocorrência de flagrante delito. Meras suspeitas decorrentes de informações anônimas não constituem “fundadas razões” nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). A eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado não pode convalidar o ato ilegal. Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, bem como a contaminação de todas as outras provas derivadas, torna-se impositiva a absolvição. Precedentes.
APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)

COMARCA DE CANOAS

MARCOS ANDRE DA FONSECA TELES

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo defensivo, para o fim de declarar a nulidade da prova obtida por meio ilícito, devido à invasão ao domicílio, invalidando as demais provas derivadas, por contaminação. Por conseguinte, absolver



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

MARCOS ANDRE DA FONSECA TELES das imputações contidas na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Determinar a expedição de alvará de soltura, na origem, em favor do réu, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES.**

Porto Alegre, 30 de maio de 2018.

DES. RINEZ DA TRINDADE,
Relator.

RELATÓRIO

DES. RINEZ DA TRINDADE (RELATOR)

Os atos processuais havidos em primeira instância foram relatados na sentença nos seguintes termos:

*O Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia contra **MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES**, brasileiro, nascido em 11.06.1993, com 23 anos de idade na data dos fatos, RG Nº 1097495707, ocupação não informada, com ensino fundamental, natural de Canoas, filho de Pedro de Lima Teles e de Janete da Fonseca Teles, dando-o como incurso nas sanções dos **arts. 35 e 33, "caput"**, ambos da **Lei nº 11.343/2006**; dos **art. 16, "caput"**, e **art. 12** ambos da **Lei nº 10.826/2003**; e do **art. 244-B "caput"**, da **Lei 8.069/90**, combinados com os **arts. 29, "caput"** e **69, "caput"** ambos do **Código Penal**, pela prática dos seguintes fatos delituosos:*

1º Fato (ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS):

*Durante um período indeterminado de tempo que se estendeu até o dia 27 de abril de 2017, no interior de uma residência localizada na Rua Fernando Pessoa, 20, Bairro Estância Velha, nesta cidade de Canoas, o denunciado **MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES associou-se** com os adolescentes Talisson Pereira Xavier, Vítor Manoel Rodrigues Krauze, Yuri Miguel Simões Martins, Lucas Renan da Fonseca dos Santos, Douglas Mikael Eberhadt, Iuri Abreu Rangel, Giovani Moraes Vieira, Vinícius Oliveira da Silva, Jéder Luciano Marques de Oliveira e com outro indivíduo não suficientemente identificado, **para o fim de praticar, reiteradamente ou não, tráfico de drogas.***



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

O denunciado se estabeleceu nessa casa com ânimo associativo permanente com nove madolescentes e outro indivíduo não suficientemente identificado, predisposto a promover o narcotráfico em grupo criminoso a partir dali e passou a agir com seus comparsas mediante divisão de tarefas, atuando no tráfico varejista de drogas e dispondo de uma arma de fogo e munições.

2º Fato (TRÁFICO DE DROGAS):

*No dia 27 de abril de 2017, por volta das 15h30min, no interior de uma residência localizada na Rua Fernando Pessoa, 20, no Bairro Estância Velha, nesta cidade de Canoas, o denunciado **MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES**, agindo em comunhão de vontades e em conjunção de esforços com os adolescentes Talisson Pereira Xavier, Vítor Manoel Rodrigues Krauze, Yuri Miguel Simões Martins, Lucas Renan da Fonseca dos Santos, Douglas Mikael Eberhad, Iuri Abreu Rangel, Giovani Moraes Vieira, Vinícius Oliveira da Silva, Jéder Luciano Marques de Oliveira e com outro indivíduo não suficientemente identificado, **com o propósito de comercialização ilícita, tinha em depósito** cento e cinquenta e uma (151) porções da droga crack (cloridrato de cocaína), distribuídas em três malotes distintos e pesando ao todo cerca de 25 g (vinte e cinco gramas), e uma porção esfarelada da droga cannabis sativa (maconha), pesando ao todo cerca de 18 g (dezoito gramas), sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, substâncias de uso proscrito e cujos componentes acarretam dependência química e psíquica.*

O denunciado e seus comparsas vinham promovendo tráfico de drogas a partir das dependências e do entorno dessa casa, até que, na tarde descrita acima, foram surpreendidos por policiais militares que ali ingressaram em busca de um indivíduo que fugiu e se refugiou dentro dessa casa. Três adolescentes permaneceram parados dentro dessa casa, enquanto o denunciado MARCOS e outros seis adolescentes incontinentemente fugiram para o telhado por um acesso numa construção nos fundos, instante em que um dos adolescentes efetuou tiros na direção dos policiais militares. Foi solicitado o apoio de outras guarnições policiais.

Durante a fuga desses sete indivíduos através do telhado, a estrutura do teto da casa cedeu, quando MARCOS e os adolescentes que fugiam caíram e se feriram com a queda, sendo detidos e conduzidos a atendimento médico. Dentro dessa casa que MARCOS e seus comparsas ocupavam foram apreendidos um revólver calibre .22, duas munições de calibre .9mm de uso restrito e três malotes contendo centro e cinquenta e uma porções de crack e uma porção de maconha.

Com um dos adolescentes foi apreendido um revólver calibre .38, com cinco estojos deflagrados. Dentro dessa casa havia, ainda, dezenas de pinos plásticos destinados ao armazenamento de cocaína fracionada em porções para mercancia varejista e duas toucas pretas no estilo ninja.

Três dos adolescentes flagrados estavam com mandando de busca e apreensão expedido pelo Juizado da Infância e da Juventude.

Na lateral dessa casa, havia um automóvel (VW/Golf) em situação de furto, cujas placas originais haviam sido substituídas por placas falsas, com suspeita de ter sido utilizado na execução de um roubo a um mercado dos dias antes e em cujo interior havia diversos maços de cigarros.

3º fato (POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO E ARMAS DE FOGO):

*Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar descritas acima, o denunciado **MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES**, agindo em comunhão de vontades e em conjunção de esforços com os adolescentes Talisson Pereira Xavier, Vítor Manoel*



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Rodrigues Krauze, Yuri Miguel Simões Martins, Lucas Renan da Fonseca dos Santos, Douglas Mikael Eberhad, Iuri Abreu Rangel, Giovani Moraes Vieira, Vinícius Oliveira da Silva, Jéder Luciano Marques de Oliveira e com outro indivíduo não suficientemente identificado, possuía munições de uso restrito e uma arma de fogo, consistente em duas munições intactas calibre .9mm de uso restrito, um revólver calibre .38 e um revólver calibre .22, marca Bagual, acabamento cromado, serial nº 312657, cano duas polegadas, em condições de funcionamento, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

O denunciado e seus comparsas mantinham armas de fogo e munições ao seu alcance nessa casa, para promoverem tráfico de drogas ali, artefatos que vieram a ser apreendidos quando da prisão em flagrante do denunciado, sendo que uma dessas armas de fogo foi utilizada por um dos comparsas de MARCOS para desfechar tiros na direção de policiais militares que tentavam detê-los.

4º fato (FACILITAR A CORRUPÇÃO DE ADOLESCENTES):

*Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar descritas acima, o denunciado **MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES facilitou a corrupção dos adolescentes** Talisson Pereira Xavier, Vítor Manoel Rodrigues Krauze, Yuri Miguel Simões Martins, Lucas Renan da Fonseca dos Santos, Douglas Mikael Eberhad, Iuri Abreu Rangel, Giovani Moraes Vieira, Vinícius Oliveira da Silva, Jéder Luciano Marques de Oliveira, que tinham entre quinze e dezessete anos de idade, com eles praticando as infrações penais descritas acima.*

O denunciado coatuou com esses adolescentes para a execução dos crimes descritos acima e restou detido junto com esses adolescentes dentro dessa casa onde mantinham armas de fogo e dezenas de porções de crack e maconha predispostas à comercialização ilícita.

O denunciado MARCOS responde a processos criminais por roubo majorado, por homicídio na forma tentada, por violência doméstica, por receptação dolosa e por tráfico de drogas.

Poucas semanas antes, MARCOS já havia sido preso em flagrante por tráfico de drogas, quando trazia consigo cinquenta pedras de crack e dezenove pedras de cocaína na via pública, praticamente defronte a essa mesma casa onde agora veio novamente a ser preso em flagrante.

O acusado foi preso em flagrante (fls. 08/09). O auto correspondente foi homologado, sendo convertida a prisão em flagrante do réu em prisão preventiva (fls. 45/48).

A denúncia foi recebida em 09 de maio de 2017 (fls. 60/61).

Notificado pessoalmente (fl. 116), apresentou resposta à acusação (fls. 117/118).

Aberta a instrução, foi realizada a oitiva de seis vítimas, a inquirição de três testemunhas de acusação e o interrogatório do réu (fls. 172/175, 224 e 241/243). Homologada desistência das vítimas Douglas e Vitor (fls. 172/173). Nada sendo requerido, foi encerrada a instrução e substituídos os debates orais por memoriais escritos.

Atualizado os antecedentes do réu (fls. 244/247).

*Em memoriais, o Ministério Público requereu a **condenação** do réu, como incurso nas sanções dos artigos 35 e 33, caput, da Lei nº 11.343/2006; do art. 16, "caput", da Lei nº 10.826/2003, e do art. 244-B, "caput" da Lei nº 8.069/90,*



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

*combinados com os artigos 29, “caput” e 69, “caput”, ambos do Código Penal, e sua **absolvição** da imputação prevista no artigo 12, “caput”, da Lei nº 10.826/2003 (fls. 248/253).*

A Defesa, por sua vez, postulou, preliminarmente, a nulidade pra prova colhida em razão da abordagem policial. No mérito, requereu a absolvição do réu por insuficiência probatória, com fulcro no art. 386, incisos IV, V e VII do Código de Processo Penal. Quanto ao delito de corrupção de menores, requereu a absolvição, visto que a maioria dos adolescentes já estavam corrompidos. A respeito do delito de porte de arma de fogo, requereu a absolvição por ausência de lesividade e inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Ao final, postulou a revogação da prisão preventiva (fls. 256/261).

Vieram os autos conclusos para sentença.

Sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar o réu MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES como incurso nas sanções do artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006; artigo 16, *caput* da Lei nº 10.826/2003; e do artigo 244-B, *caput* da Lei 8.069/90, combinado com o artigo 70 do Código Penal, e, entre os delitos todos praticados, com os artigos 29, *caput* e 69, *caput* ambos do Código Penal, à pena total de chega-se à pena privativa de liberdade total de 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime fechado, e a pena-multa em 568 (quinhentos e sessenta e oito) dias-multa, sendo cada um deles fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo nacional vigente à época do fato, tudo com base nos artigos 49 e 60, ambos do Código Penal. O réu foi absolvido das sanções previstas no artigo 12, *caput* da Lei nº 10.826/2003, e das sanções do art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343, forte no art. 386, III e VIII, respectivamente, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação. Nas razões recursais (fls. 278-284), alegou, preliminarmente, a ocorrência de violação de domicílio. No mérito, requereu a absolvição do réu, por insuficiência probatória. Caso mantida a condenação, subsidiariamente, pugnou pelo redimensionamento da pena.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões (fls. 285-291).

Cumpridas as formalidades legais, subiram os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, operando-se a distribuição a esta relatoria, por sorteio automático.

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 294-299).



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Devolvidos os autos a este juízo, com o parecer ministerial juntado, vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES. RINEZ DA TRINDADE (RELATOR)

Eminentes Desembargadores.

Conforme já relatado, trata-se de apelação defensiva interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar o réu MARCOS ANDRÉ DA FONSECA TELES, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006; artigo 16, *caput* da Lei nº 10.826/2003; e do artigo 244-B, *caput* da Lei 8.069/90, combinado com o artigo 70 do Código Penal, e, entre os delitos todos praticados, com os artigos 29, *caput* e 69, *caput* ambos do Código Penal, à pena total de chega-se à pena privativa de liberdade total de 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime fechado, e a pena-multa em 568 (quinhentos e sessenta e oito) dias-multa, sendo cada um deles fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo nacional vigente à época do fato.

Em síntese, a defesa requer a reforma da sentença condenatória, sustentando: preliminarmente, a ilicitude da prova obtida, por violação de domicílio; no mérito, a absolvição por insuficiência probatória; e, subsidiariamente, a redução da pena aplicada.

Cabível, tempestivo e de acordo com a regularidade formal, o recurso preenche a todos os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

ILICITUDE DA PROVA OBTIDA EM DECORRÊNCIA DA PRISÃO EM FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A alegação de ilicitude da prova foi afastada pelo juízo *a quo*, sob o argumento de que o tráfico de drogas é crime permanente que autoriza o ingresso no



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

domicílio, independente da expedição de mandado judicial. Além disso, observou que a entrada dos policiais ocorreu após denúncias recebidas de que havia tráfico de drogas no local.

Em suas razões recursais, a defesa alega que os policiais militares invadiram o domicílio sem o consentimento do acusado e sem qualquer elemento que apontasse, previamente ao ingresso, a ocorrência de tráfico de drogas.

Com efeito, não prospera o argumento de que os agentes policiais estariam autorizados ao ingresso no domicílio simplesmente por se tratar de crime permanente.

É sabido que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente. Porém, somente dispensa o prévio mandado judicial para ingresso no domicílio quando haja **visualização de sinais visíveis de flagrante delito, em momento anterior ao ingresso no domicílio.**

A interpretação da norma constitucional escrita no art. 5º, XI, da Constituição Federal foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 603.616/RO. A Corte Suprema fixou a tese de que *“a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”*.

Destarte, as fundadas razões acerca do cometimento de crime dentro do domicílio devem ser verificadas *ex ante*, não podendo a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, convalidar a ilegalidade do ato.

Ao enfrentar a dificuldade de delimitação do significado de “fundadas razões”, para correta aplicação da tese jurídica fixada pela Corte Suprema, o Excelentíssimo Desembargador Ingo Wolfgang Sarlet¹ tem se manifestado da seguinte forma:

¹ (Apelação Crime Nº 70070638267, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23/11/2016)



RT

Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

(...) com relação ao supramencionado critério estabelecido, já me manifestei anteriormente, em artigo redigido em coautoria com o Ilustre Des. Jayme Weingartner Neto. Por oportuno, transcrevo trecho do texto citado:

“Cremos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, a verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé. Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo.

Adiantamos, em estilo sumular, o parâmetro: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar “ex ante” situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca a apreensão.

(...)

Suspeita, para ser fundada, é intuitivo, precisa fundar-se, amparar-se em elementos objetivos – sem descurar nuances subjetivas, desde que externalizáveis (daí o direito penal do fato) –, ainda que indiciados. O foco, nesta hipótese, não seria “o” traficante, mas condutas e atos, minimamente circunstanciados e que, na experiência policial, no “id quod plerumque fit”, ou até mesmo na intuição sagaz do agente estatal, constituem motivação idônea, é dizer, racional, para a ingerência em direito fundamental. Ademais, o pressuposto para a busca pessoal autônoma sem mandado, naturalmente, é que o sujeito objeto da medida esteja em via pública, salvo prisão e desdobramento de busca domiciliar, bem como, naturalmente, fuga da abordagem, o que pode substanciar ‘fundada suspeita’.”¹ Grifei.

Importa assinalar que o aresto do Tribunal Constitucional, ao determinar como tese a exigibilidade de fundadas



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

razões, deixou de determiná-las, encarregando os julgadores da função de aferir a sua existência ou não no caso concreto. Nesse tocante, revela-se clara a necessidade de tal abertura valorativa, decorrente da impossibilidade de antecipar, exaustivamente, as circunstâncias (objetivas) que podem dar azo a justificado acesso dos policiais na residência sem mandado judicial. Postas essas observações, impende reportar que, contudo, há certa delimitação já feita pelos Ministros durante a discussão anterior à fixação da tese, como se pode observar:

*“É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito. O policial **pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida**. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, **ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico**. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.*

*Por outro lado, **provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa. A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração.**”*

Impende observar que essa delimitação – de despir os elementos desprovidos de valor probatório da caracterização de “fundadas razões” – não foi feita somente de passagem, mas sim como parte da determinação de limites da tese jurídica a ser fixada pelo Tribunal.



RT

Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

Sublinhe-se, ademais, que, nesse contexto faz-se necessária a análise em conjunto das circunstâncias fáticas da abordagem e da tese jurídica aplicada para a verificação da configuração ou não da inconstitucionalidade do acesso dos agentes. Há, portanto, uma dimensão de análise fática, concernente ao modo que a abordagem foi realizada, aferível, mormente, nos fatos referidos em juízo, e outra dimensão posteriormente considerada, dedicada à análise da interação desses com a norma constitucional.

No caso, analisando detidamente a prova oral colhida em juízo, extrai-se que os policiais militares receberam informação anônima indicando que um foragido do sistema prisional estaria em determinado local. Em diligência, ao chegarem ao local informado, os policiais visualizaram um indivíduo empreendendo fuga para o interior de uma residência. Então, os policiais ingressaram à força na residência, mas, ao invés de encontrarem o suposto foragido da justiça, localizaram os entorpecentes, duas armas de fogo e um automóvel em situação de roubo elencados no auto de apreensão colacionado aos autos.

Veja a descrição do depoimento dos policiais em sentença:

***Júlio César Dias de Moraes**, policial militar, contou que recebeu uma denúncia anônima, dando conta de Josenildo, “Nito”, conhecido traficante da região estaria naquele local. Em diligência no lugar indicado, avistou um dos indivíduos parados em frente a residência, no qual ao que ao ver a aproximação da guarnição empreendeu fuga para dentro da residência. Ato contínuo, seguiu em perseguição. Os demais adolescentes assim como o réu estavam dentro da residência. Na tentativa de fugirem da abordagem, alguns dos indivíduos subiram no telhado de uma casa ao lado. Não conhecia o réu antes da abordagem. Dois dos menores presos na ocasião voltaram a delinquir. Na ocasião, restaram apreendidos armas, drogas e um veículo roubado. Havia dentro da residência cerca de 151 porções de crack, aproximadamente 20 gramas de maconha e alguns pinos de cocaína vazios. A residência aparentava ser habitada. Referiu que o menor Vinícius disparou contra a guarnição, na tentativa de empreender fuga com seus comparsas. O local era conhecido como “Beco do Nito”.*

***Samuel Teixeira de Souza Junior**, policial militar, contou que recebeu denúncia anônima informando que Josenildo, “Nito”, conhecido traficante da região, estaria naquela residência. Em diligência no local informado, avistou um indivíduo em frente a casa, que ao perceber a aproximação da viatura empreendeu fuga para dentro da casa. Em perseguição a este indivíduos, encontrou os demais adolescentes e o réu na residência. Havia cerca de dez indivíduos na casa. Um dos menores disparou cerca de 5 tiros contra a guarnição. Referiu que três dos menores permaneceram na casa e sete empreenderam fuga para cima de um telhado, que posteriormente veio a desabar,*



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

oportunidade em que os prendeu. Restou apreendido no local, um revólver calibre .22, poções de cocaína e maconha, bem como um veículo em situação de roubo. A casa aparentava ser habitada. Três dos adolescentes estavam com mandado expedido.

*No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar **Piter Ricardo de Oliveira**. Referiu que após denúncia anônima, informando que o traficante “Nito”, estava naquele local, dirigiu-se até lá para apurar o fato, ocasião em que avistou um indivíduo parado em frente a essa casa, que ao ver a aproximação da guarnição empreendeu fuga para o interior da residência. Permaneceu na viatura, contudo após ouvir disparos de arma de fogo, adentrou a residência. Oportunidade em que visualizou os menores e o réu subindo para o telhado de uma residência ao lado. Na casa restou apreendido drogas, armas de fogo e um veículo em situação de roubo.*

Em vista de tais elementos de prova, infere-se que os policiais militares invadiram o domicílio – que, aliás, não está claro se pertencia ao réu –, em virtude de informações anônima da existência de foragido da justiça e, também, por terem visualizado um indivíduo em atitude suspeita ingressando na residência.

Sinale-se que **não há nada nos autos indicando que o ingresso dos policiais tenha sido motivado por que visualizaram indícios da ocorrência de flagrante delito.**

O que motivou a ação dos policiais foi apenas a informação anônima recebida a respeito de um foragido da justiça, sendo que tal situação não caracteriza circunstância de flagrante delito. Ou seja, não há qualquer elemento concreto que evidencie a fundada suspeita para legitimar o flagrante nestas condições².

Se os policiais militares tinham informações de que havia um foragido da justiça no local, deveriam ter solicitado um mandado com a finalidade específica de ingressar no domicílio.

A entrada forçada no domicílio motivada tão somente com base em informações anônimas não constitui “fundadas razões” nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616).

Nesse sentido, a jurisprudência desta Câmara: Apelação Crime Nº 70066371881, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 14/12/2016; Apelação Crime Nº 70072770464, Terceira Câmara

² Apelação Crime Nº 70075137901, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 19/10/2017.



RT

Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro, Julgado em 12/04/2017; Apelação Crime nº 70070638267, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, julgado em 23/11/2016.

De outra banda, a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, não pode convalidar o ato ilegal.

Por derradeiro, a ilegalidade da ação policial acarreta a nulidade da prova material, uma vez que obtida mediante violação da garantia fundamental de inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

Restando ausente qualquer prova para a condenação obtida de meio lícito, torna-se impositiva a manutenção da sentença de absolvição do acusado.

Este é o entendimento manifestado por esta Terceira Câmara Criminal, cujos julgados destaco:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO REX 603.616/RO. Abordagem realizada por policiais militares já dentro da residência do réu, a partir de "denúncia" anônima. Apreensão de duas quantidades de maconha, uma delas pesando 604g e a outra 9,8g, além de R\$ 1.400,55. Réu que contrapõe a versão dos policiais de que teria ingressado no domicílio no momento da abordagem, alegando ter sido abordado dentro do seu domicílio, o que é confirmado por testemunha. Posse do entorpecente que é assumida pelo recorrente, alegando consumo pessoal e admitindo ter sido usuário contumaz da droga. Parecer do Ministério Público neste grau pelo reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar realizada. Fundadas razões não declinadas para o ingresso policial no domicílio. **O caráter permanente do delito não é suficiente para excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no REx nº 603.616. Repercussão geral. Teoria dos limites dos limites. Doutrina. Jurisprudência. Ilegalidade da ação policial que macula a prova material obtida mediante violação do domicílio, repercutindo nos demais elementos do processo. Absolvição que se impõe. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. (Apelação Crime Nº 70069507432, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/10/2016).**



RT

Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. Conforme se depreende dos autos, restou incontroverso que o réu foi abordado na frente de sua residência sem portar qualquer material ilícito, tendo o entorpecente sido encontrado apenas após busca desautorizada em seu domicílio. **Ausente qualquer hipótese a excepcionar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, conforme previsto no artigo 5º, inciso XI, da CF, a prova obtida a partir de tal diligência é ilícita. A mera suspeita da prática delitiva decorrente de denúncia anônima não autoriza o ingresso na residência, mas apenas a realização de diligências e a representação por mandado judicial de busca. Precedentes da Câmara.** Absolvição decretada em face da ilicitude da prova da materialidade do delito. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70067414078, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 25/02/2016)

APELAÇÃO CRIME. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA RECONHECIDA DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE DECRETADA. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. Abordagem policial realizada na residência de um dos acusados sem mandado judicial e nem autorização desse, mas baseada apenas em "denúncia anônima" realizada por ligação telefônica. Apreensão de uma pedra de crack, peso não especificado, e 38 gramas de maconha que estavam em poder dos acusados. A localização de droga após a entrada das autoridades policiais na residência não é suficiente para preencher o requisito constitucional estabelecido para possibilitar a limitação ao direito fundamental à privacidade, sem que se tenha verificado uma perseguição motivada ou mesmo alguma atitude suspeita antes do citado ingresso domiciliar. **Situação que não abarca o devido enquadramento na condição de "fundadas razões" nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, torna-se impositiva a absolvição dos réus.** RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70070638267, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23/11/2016)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo, para o fim de declarar a nulidade da prova obtida por meio ilícito, devido à invasão ao domicílio, invalidando as demais provas derivadas, por contaminação; e, por conseguinte, absolver MARCOS ANDRE DA FONSECA TELES das imputações contidas na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.



RT
Nº 70077302487 (Nº CNJ: 0095460-77.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Em decorrência deste resultado, expeça-se alvará de soltura em favor do réu na origem, se por outro motivo não estiver preso.

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70077302487, Comarca de Canoas: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, PARA O FIM DE DECLARAR A NULIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, DEVIDO À INVASÃO AO DOMICÍLIO, INVALIDANDO AS DEMAIS PROVAS DERIVADAS, POR CONTAMINAÇÃO. POR CONSEGUINTE, ABSOLVERAM MARCOS ANDRE DA FONSECA TELES DAS IMPUTAÇÕES CONTIDAS NA DENÚNCIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA, NA ORIGEM, EM FAVOR DO RÉU, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO."

Julgador(a) de 1º Grau: FABIANA PAGEL DA SILVA

APELAÇÃO
CRIMINAL
70075366450



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. RECURSOS DEFENSIVOS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO ACOLHIDA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA.
Apreensão de entorpecentes realizada no curso de busca domiciliar não autorizada e sem indicação da situação de flagrância prévia constitui prova material ilícita. Os eminentes Ministros do Pretório Excelso, no julgamento do RE 603616, fixaram a tese jurídica assinalando a impossibilidade da configuração de justa causa para a entrada dos agentes de polícia no interior de domicílio decorrente de elementos desprovidos de valor probatório. Assim, a mera informação, via telefone nº 190, da presença de um foragido do sistema penitenciário no local conhecido como ponto de venda de drogas, sem que demais circunstâncias objetivas pudessem indicar a possível prática de algum ato ilícito, não deve ser utilizada para o ingresso forçado na residência, e nem sequer denúncias anônimas podem servir de fundamento para essa forma de ingresso domiciliar, mostrando-se cabível, isto sim, autorização judicial e expedição de mandado de busca e apreensão. De tal sorte, na ausência de elementos objetiváveis e concretos a justificar a ação de ingresso não autorizado no local, encontra-se configurada a violação da garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio, impondo-se o reconhecimento da nulidade das provas colhidas, mediante aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, com a consequente absolvição dos réus. Art. 5º, incisos XI e LVI, da Constituição Federal. Precedentes do STF e STJ. **PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL

ROMULO CESAR FONTOURA AZEREDO

APELANTE

MARCUS VINICIUS PARANHOS DA SILVA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover os recursos defensivos para acolher a preliminar aduzida pelas Defesas e absolver os réus com fulcro no disposto no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, determinando a imediata expedição de ordem de soltura a favor do réu MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. RINEZ DA TRINDADE.**

Porto Alegre, 28 de novembro de 2018.

DES. INGO WOLFGANG SARLET,

Relator.

RELATÓRIO

DES. INGO WOLFGANG SARLET (RELATOR)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra **MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA** e **RÔMULO CÉSAR FONTOURA AZEREDO**, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“Em datas e horários não totalmente esclarecidos do ano de 2017, pelo menos até o dia 20 de outubro de 2017, por volta das 20h30min, de forma habitual e permanente, na Rua São Roque, n. 391, Arroio Grande, nas imediações de estabelecimento de ensino, mais precisamente do Colégio Estadual Professor Luiz Dourado, consoante o mapa de fls., nesta cidade, os denunciados MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA, vulgo “Barne”, “Barnico”, “Varnico” e “Barnica”, e RÔMULO CÉSAR FONTOURA AZEREDO, este com 18 anos de idade na data dos fatos, consoante a ficha informatizada de fls., em comunhão de vontades e atitudes, associaram-se entre si para o fim da prática do tráfico ilícito de drogas, mantendo em depósito, guardando, preparando, adquirindo, expondo à venda, vendendo, oferecendo, entregando a consumo de terceiros e fornecendo, tudo para fins de comércio, de qualquer forma, ainda que gratuitamente, sem autorização e em desacordo com as determinações legais e regulamentares, drogas



IWS

Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

ilícitas que causam dependência física e psíquica, consistentes em oitenta e quatro (84) porções fracionadas da droga conhecida como crack, três (03) porções da droga conhecida como cocaína, duas (02) porções da droga conhecida como crack, consoante Auto de Apreensão e Laudos Preliminares de Constatação de Substâncias de fls.

Na oportunidade, os denunciados, estando associados entre si na prática do tráfico ilícito de drogas, cada qual concorrendo, de qualquer forma, na prática dos delitos em comento, após receberem de terceira pessoa, ainda não identificada, as drogas ilícitas suprarreferidas, conhecidas como crack e cocaína, para fins de comércio ilícito, para venda e entrega a consumo de terceiros, passaram a manter em depósito, ocultando, preparando, expondo à venda, vendendo, oferecendo, entregando a consumo de terceiros e oferecendo, sem autorização e em desacordo com as determinações legais regulamentares, consoante Auto de Apreensão e Laudos Preliminares de Constatação de Substâncias de fls.

Na ocasião, os policiais militares estavam em patrulhamento ostensivo, quando avistaram movimentação suspeita na residência situada no endereço supramencionado. Por essa razão, ingressaram no local e encontraram o acusado RÔMULO no interior do imóvel, bem como identificaram o acusado MARCUS como proprietário da residência, sendo que, seguidamente, localizaram e apreenderam as porções de drogas ilícitas.

Em razão de tais circunstâncias, os denunciados restaram presos em flagrante delito, sendo conduzidos à Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento local, onde foi lavrado o respectivo auto pela autoridade policial, que restou homologado pelo Poder Judiciário, tendo sido concedido o benefício da liberdade provisória ao denunciado RÔMULO CÉSAR FONTOURA e convertida a prisão em flagrante em preventiva do denunciado MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA, vulgo "Barne", "Barnico", "Varnico" e "Barnica".

Ainda, restaram apreendidos, na residência suprarreferida, a quantia de R\$ 339,40 (trezentos e trinta e nove reais e quarenta centavos), um (01) aparelho celular, marca Samsung Duos, cor branca, IMEI 354490062992222 e IMEI 354495062992221, um (1) aparelho celular, marca LG, IMEI 357534052971832, um (01) aparelho celular, marca Samsung, IMEI 358005062528184 e IMEI 35006062528182, um (01) aparelho celular, marca Multilaser, Qwert, um (01) aparelho celular, marca DL, IMEI 359448067447225, um (01) carregador de celular, uma (01) bateria de celular, marca LG, oito (08) hidratantes 400ml, marca Johnsons, dois (02) hidratantes 400ml, marca Monange, dois (02) hidratantes 400ml, marca Vasenol, um (01) hidratante 200ml, marca Vasenol, um (01) shampoo anticaspas 400ml, marca Head & Shoulders, um (01) desodorante, marca Dove Man, e (01) sacola de nylon, cores azul e prata, consoante autos de apreensão de fls.

Frisa-se que os dados constantes nos aparelhos celulares apreendidos na posse dos denunciados foram acessados, mediante autorização judicial, sendo encontradas diversas mensagens eletrônicas envolvendo a prática de traficância.

A quantia em dinheiro, em moeda corrente nacional, apreendida na posse dos denunciados, foi encaminhada para depósito judicial remunerado, consoante



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

guia de depósito judicial remunerado de fls.”

Os réus foram presos em flagrante em 20.10.2017 (fl. 31), devidamente homologado, a prisão de MARCUS VINÍCIUS foi convertida em segregação cautelar e a de RÔMULO CÉSAR foi substituída por medida cautelar diversa da prisão (fl. 57/v.).

A denúncia foi recebida em 04.04.2018 (fl. 239).

Processado o feito, sobreveio sentença, considerada publicada em 26.06.2018 (fl. 293), julgando procedente a ação penal para condenar os réus como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, MARCUS às penas de 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 1.000 (um mil) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, indeferido o direito de apelar em liberdade, e RÔMULO às penas de 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 1.000 (um mil) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, deferido o direito de apelar em liberdade (fls. 285/292v.).

Irresignada, a defesa de RÔMULO interpôs recurso de Apelação, arguindo preliminar de nulidade do feito por invasão de domicílio e, no mérito, sustentando insuficiência probatória para a condenação, salientando existência de coação em seus depoimentos e falta de oportunidade para conversar particularmente com seu patrono, pelo que requer sua absolvição ou a desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Alternativamente, requereu aplicação das atenuantes da menoridade e a genérica do artigo 66 do Código Penal, bem como reconhecimento da privilegiadora ao tráfico, com substituição da pena carcerária por restritivas de direitos e abrandamento do regime carcerário imposto (fls. 301/317).

MARCUS igualmente apresenta apelação, por intermédio da Defensoria Pública, pleiteando, preliminarmente, a nulidade do feito em razão da ausência de mandado para ingresso na residência. No mérito, requer sua absolvição dos delitos imputados na denúncia, por ausência de provas. Subsidiariamente, pede a aplicação da redutora prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

carcerária por restritivas de direitos e o afastamento do reconhecimento da natureza hedionda dos delitos (fls. 321/325v.).

O Ministério Público apresentou as contrarrazões (fls. 326/340).

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 343/346v.).

É o relatório.

VOTOS

DES. INGO WOLFGANG SARLET (RELATOR)

Conheço dos recursos, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Passo, então, à análise do flagrante delito realizado e da legalidade na entrada nas residências descritas na exordial, vez que ambas defesas técnicas, em suas razões de apelo, lançam preliminar de nulidade das provas obtidas mediante invasão de domicílio.

De início, impende destacar que a Constituição Federal de 1988 resguarda, em seu art. 5º, duas relevantes garantias fundamentais referentes à inviolabilidade de domicílio, como meio de proteger a privacidade do indivíduo em seu lar, bem como a impossibilidade de uso de provas ilícitas como forma de resguardar esse mesmo indivíduo de sofrer condenações baseadas em provas produzidas por meio do desrespeito às normas legais. Da análise dos autos, é possível observar a ocorrência de violação dessas garantias fundamentais.

Em relação à primeira (inviolabilidade de domicílio), verifico que o caso concreto compreende uma situação relacionada ao precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 603616, pelo fato de não ter ocorrido o preenchimento dos requisitos necessários para o ingresso dos agentes policiais nos domicílios dos réus durante a referida abordagem policial. Isso porque, diante do contexto probatório produzido nos autos, evidencia-se que os policiais militares, que procederam



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

àquele flagrante delito, não constataram as “fundadas razões” aptas a justificarem a referida entrada não autorizada naquela residência.

Nessa linha, o Constituinte, ao consagrar a referida garantia fundamental, buscou resguardar a esfera da intimidade do indivíduo exercida em seu lar enquanto um dos valores essenciais para a concretização da dignidade humana, de tal sorte que o bem-estar integral daquele se encontra vinculado à possibilidade de exercer sua liberdade e autonomia sobre decidir quem, incluindo o Estado, deve ter acesso a sua privacidade no âmbito do seu domicílio e em que grau isso deve ocorrer.

Na questão em apreço, a interpretação fixada no supramencionado aresto é a de que, a fim de aferir a existência ou não de violação ao domicílio do acusado, exige-se a análise das circunstâncias fáticas da abordagem, buscando verificar a existência ou não de suficientes razões (objetiváveis) para crer que no interior da residência do agente estava em curso flagrante delito de tráfico de entorpecentes.

Quanto ao critério estabelecido já me manifestei anteriormente, em artigo redigido em coautoria com o Ilustre Des. Jayme Weingartner Neto. Por oportuno, transcrevo trecho do texto citado:

*“Cremos, todavia, que o critério capaz de deslindar a polêmica é, por óbvio, a **verificação da situação fática que autoriza a severa restrição de um direito fundamental - a inviolabilidade do domicílio - que se opera no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé.** Se o contexto probatório não permitir ultrapassar o filtro constitucional/processual-penal, então vão comprometidas as provas da materialidade dos delitos de tráfico, receptação e porte ilegal de arma, por exemplo.*

*Adiantamos, em estilo sumular, o parâmetro: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas (para ilustrar), as circunstâncias da abordagem do caso concreto devem evidenciar **“ex ante” situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu, durante o dia e, mais ainda, à noite, sem permissão e sem mandado de busca e apreensão.***

(...)

*Suspeita, para ser fundada, é intuitivo, precisa fundar-se, amparar-se em **elementos objetivos – sem descurar nuances subjetivas, desde que externalizáveis** (daí o direito penal do fato) –, ainda que indiciados. O foco, nesta hipótese, não seria “o” traficante, mas condutas e atos, minimamente circunstanciados e que, na experiência policial, no*



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

*“id quod plerumque fit”, ou até mesmo na intuição sagaz do agente estatal, **constituem motivação idônea**, é dizer, **racional**, para a ingerência em direito fundamental. Ademais, o pressuposto para a busca pessoal autônoma sem mandado, naturalmente, é que o sujeito objeto da medida esteja em via pública, salvo prisão e desdobramento de busca domiciliar, bem como, naturalmente, **fuga da abordagem, o que pode substanciar ‘fundada suspeita’.**”¹ Grifei.*

Importa assinalar que o aresto do Tribunal Constitucional, ao determinar como tese a exigibilidade de *fundadas razões*, deixou de determiná-las, encarregando os julgadores da função de aferir a sua existência ou não no caso concreto. Nesse tocante, revela-se clara a necessidade de tal abertura valorativa, decorrente da impossibilidade de antecipar, exaustivamente, as circunstâncias (objetivas) que podem dar azo a justificado acesso dos policiais na residência sem mandado judicial. Postas essas observações, impende reportar que, contudo, há *certa delimitação* já feita pelos Ministros durante a discussão anterior à fixação da tese, como se pode observar:

*“É amplo o leque de elementos que podem ser utilizados para satisfazer o requisito. O policial **pode invocar o próprio testemunho para justificar a medida**. Claro que o ingresso forçado baseado em fatos presenciados pelo próprio policial que realiza a busca coloca o agente público em uma posição de grande poder e, por isso mesmo, deve merecer especial escrutínio. No entanto, **ao ouvir gritos de socorro e ruídos característicos de uma briga vindos de dentro de uma residência, o policial tem fundadas razões para crer que algum crime está em andamento no ambiente doméstico**. Não se deve exigir que busque confirmação adicional para agir.*

*Por outro lado, **provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas)**, por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa. **A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas**. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais*

¹ SARLET, I. W. ; WEINGARTNER NETO, J. . A inviolabilidade do domicílio e seus limites. O caso do flagrante delito.. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 14, p. 544-562, 2013.



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração.”²

Frise-se que essa delimitação – de despir os elementos desprovidos de valor probatório da caracterização de “fundadas razões” – não foi feita somente de passagem, mas sim como parte da determinação de limites da tese jurídica a ser fixada pelo Tribunal³.

De tal sorte, conclui-se que *a existência de elementos frágeis* (dos quais é exemplo a suposta ‘movimentação típica de tráfico’, sem que nenhuma circunstância permitisse a observância de alguma atitude suspeita pelo acusado em momento anterior a sua entrada em seu domicílio), por si só, *não enseja a justa causa* exigida para a legitimação do acesso ao domicílio sem prévia autorização judicial.

Aliás, sobre esse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, ao julgar o RESP nº 1.574.681/RS, versando a respeito de caso similar, não reconheceu a existência de justa causa para o ingresso dos policiais na residência por estar esse baseado apenas na fuga do réu e no fato desse ter sido visto em ponto conhecido como de tráfico de drogas, sem que nenhuma atitude suspeita fosse evidenciada anteriormente, o que resultou na manutenção de acórdão proferido por esta Câmara Criminal em que se absolvia o acusado ao reconhecer a nulidade das provas colhidas mediante violação de domicílio dada a incidência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Assim, embora tenha havido a informação anônima de que, no caso concreto, houvesse um foragido do sistema penitenciário no local conhecido como ponto de venda de drogas, essa, quando despida de elementos concretos aptos a confirmá-la, tais como o fato de o agente estar portando algum objeto parecido com uma arma de fogo ou algum pacote que pudesse conter drogas, pode ser considerada suficiente para sua abordagem em via pública para o fim de realização da busca pessoal, mas não para o ingresso em sua residência sem a devida autorização judicial por não configurar uma das

² RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016, p. 23.

³ Não se trata, assim, de *obiter dictum*, como se diria conforme a terminologia da *Common Law*.



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

exceções previstas no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988. Segue ementa da mencionada decisão:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". 2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem.

3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010).

5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação." 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a



IWS

Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda.

7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziu.

8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência.

11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

12. A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.

13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu na espécie - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento. 14. Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita - no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack -, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido. (REsp 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017)

Assinaladas as questões acima, quanto ao caso concreto, em análise das provas colhidas, entendo que os agentes policiais, ao entrarem na residência *exclusivamente* amparados na informação, via 190, de que haveria um fugitivo do sistema penitenciário no local e nas informações do serviço de inteligência da Brigada Militar de que haveria movimentação característica do tráfico na residência, sem que qualquer apreensão prévia, abordagem a usuário, interceptação telefônica ou outra diligência tenha sido realizada ou avistada atitude de traficância por parte dos suspeitos, desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.

No caso dos autos, os réus sequer haviam sido visualizados pelos policiais até ingressarem no terreno onde ficam três residências. Após entrarem no local é que MARCUS apareceu, proveniente de um vizinho, e foi tirar satisfações sobre o que os policiais faziam ali, não autorizando a diligência. Mesmo assim os policiais se deslocaram até o imóvel, ali ingressaram, onde avistaram o réu RÔMULO no seu interior e apreenderam as drogas descritas na denúncia.



IWS
Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)
2018/CRIME

Ora, o monitoramento anterior realizado pelo serviço de inteligência da Brigada Militar, atestando que no local existiria 'movimentação típica de traficância', autorizaria requerimento ao juízo competente para a expedição de mandado de busca e apreensão. Da mesma forma a denúncia anônima dando conta da existência de um foragido do sistema penitenciário no local. No entanto, não verificada qualquer atitude de traficância por parte dos réus, ou do cometimento de algum outro ilícito penal, inexistindo qualquer depoimento dos agentes da segurança afirmando, ao menos, que tinham visto os suspeitos no local antes de empreenderem a diligência, não permite que os policiais realizem ingresso forçado em domicílio.

Verifico, então, a necessidade de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, tendo em vista as provas para a condenação dos réus restringirem-se à coleta de drogas e celulares procedida naquela localidade em que se configurou violação à garantia fundamental de inviolabilidade de domicílio, o que ocasionou, conseqüentemente, a insuficiência de provas para a comprovação da autoria delitiva atribuída aos réus pela denúncia, de modo que a absolvição desses é medida que se impõe.

Por fim, considerando-se a presente decisão e que ao corréu MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA não foi deferido o direito de apelar em liberdade, determino a imediata expedição de ordem de soltura a seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

Ante o exposto, voto por prover os recursos defensivos para acolher a preliminar aduzida pelas Defesas e absolver os réus com fulcro no disposto no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, determinando a imediata expedição de ordem de soltura a favor do réu MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA, se por outro motivo não estiver preso.

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).



IWS

Nº 70079049771 (Nº CNJ: 0270189-82.2018.8.21.7000)

2018/CRIME

DES. RINEZ DA TRINDADE - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70079049771, Comarca de Santa Cruz do Sul: "À UNANIMIDADE, PROVERAM OS RECURSOS DEFENSIVOS PARA ACOLHER A PRELIMINAR ADUZIDA PELAS DEFESAS E ABSOLVER OS RÉUS COM FULCRO NO DISPOSTO NO ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DETERMINANDO A IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE ORDEM DE SOLTURA A FAVOR DO RÉU MARCUS VINÍCIUS PARANHOS DA SILVA, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO."

Julgador(a) de 1º Grau: ASSIS LEANDRO MACHADO

APELAÇÃO
CRIMINAL
70079049771



RT

Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)

2017/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MUNIÇÕES. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. VIOLAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO.

1. A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita diante de situação de flagrante delito, desde que aferível por fundadas razões em momento anterior ao ingresso no domicílio.

2. No caso, extrai-se dos autos que os policiais civis receberam denúncia anônima informando que havia um foragido da justiça abrigado em uma residência. Tendo em vista que o réu era foragido da justiça, com mandado de prisão preventiva expedido, e diante das informações anônimas de traficância, os policiais rumaram diretamente ao endereço e, mesmo sem estarem munidos de autorização judicial, invadiram o domicílio de terceiro, sem o consentimento do proprietário, que foi surpreendido quando os policiais já estavam dentro da casa.

3. Inobservância da regra do art. 293, do Código de Processo Penal, tendo em vista que, a princípio, os policiais não comunicaram o morador da residência para entregar o réu, à vista da ordem de prisão.

4. Ainda que os policiais fossem autorizados pelo proprietário a entrar na residência, com o fim específico de procurar um foragido da justiça, não tinham autorização para proceder a buscas por objetos, vasculhando cômodos e móveis privativos, como armários, sem que estivessem diante de uma situação de flagrante delito.

5. A mera suspeita dos policiais de que foragido da justiça estivesse naquele endereço, por si só, não autoriza a entrada forçada no domicílio para a finalidade de proceder a buscas por objetos. Meras suspeitas decorrentes de informações anônimas não constituem “fundadas razões” nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). A eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado não pode convalidar o ato ilegal.

6. Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, bem como a contaminação de todas as outras provas derivadas, torna-se impositiva a absolvição. Precedentes.

APELO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)

COMARCA DE NOVO HAMBURGO

EDUARDO LUIS CARDOSO

APELANTE



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo defensivo, para absolver EDUARDO LUÍS CARDOSO das sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, caput, da Lei Nº 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Determinaram a expedição de alvará de soltura em favor de EDUARDO LUIS CARDOSO na origem, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES.**

Porto Alegre, 21 de março de 2018.

DES. RINEZ DA TRINDADE,

Relator.

RELATÓRIO

DES. RINEZ DA TRINDADE (RELATOR)

Os atos processuais havidos em primeira instância foram relatados na sentença nos seguintes termos:

EDUARDO LUÍS CARDOSO já qualificado nos autos, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e artigo 12, caput, da Lei nº 10.826/03, ambos c/c o artigo 61, inciso I, na forma do artigo 69, caput, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia (fls. 02/04):



RT

Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)

2017/CRIME

1º fato:

Na data de 14 de julho de 2016, por volta das 07h, na Rua Orlando Silva, n. 525, Bairro Canudos, nesta Cidade, o denunciado ocultava, possuía, mantinha em depósito e guardava um tijolo, pesando aproximadamente 230 gramas, de cannabis sativa, de princípio ativo tetraidrocanabinol, vulgarmente conhecida como maconha, uma porção de substância alcalóide extraído da planta do gênero erythroxylon coca, vulgarmente conhecida como cocaína, pesando aproximadamente 45 gramas, e uma pedra, pesando aproximadamente 13 gramas, e oito pedras, pesando aproximadamente 1,6 gramas, de substância vulgarmente conhecida como crack, alcaloide extraído da planta do gênero erythroxylon coca, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, apreendidas juntamente com a quantia de R\$134,00 em cédulas diversas, uma balança digital e três cartuchos calibre .38.

Na oportunidade, policiais civis, ao receberem informações acerca da localização do denunciado, contra o qual constava um decreto de prisão preventiva expedido pelo Juízo da 1ª Vara Criminal desta Cidade, e da notícia informando que o denunciado traficava drogas na residência acima situada, deslocaram-se até o local e, durante as buscas, lograram localizar, no quarto do denunciado, as mencionadas drogas, prontamente destinadas ao comércio e à distribuição, bem como o restante do material acima descrito.

2º fato:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar do fato acima narrado, o denunciado possuía, detinha e mantinha sob sua guarda 03 cartuchos calibre .38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Durante a diligência narrada no fato anterior, os mencionados policiais civis encontraram, além das drogas, os cartuchos de arma de fogo no quarto do denunciado, juntamente com o restante do material apreendido, razões pelas quais terminou preso em flagrante delito e conduzido à Delegacia de Polícia para a lavratura do auto respectivo.

O denunciado é reincidente.

Eduardo foi preso em flagrante em 14/07/2016 (fls. 07/08). O auto de prisão foi homologado (fl. 38), tendo sido decretada a prisão preventiva em 15/07/2016 (fl. 46).

A denúncia foi recebida em 04/08/2016 (fl. 66).

Citado (fls. 71/72), o acusado apresentou resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública (fls. 74/v).



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Afastadas as hipóteses de absolvição sumária (fl. 75), procedeu-se à instrução, com oitiva das testemunhas e interrogatório do réu (CD fl. 85).

Em 16/01/2017 foi concedida a liberdade provisória ao denunciado (fls. 111/v).

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 118/123).

A defesa, por intermédio da Defensoria Pública, preliminarmente, arguiu a nulidade pelo uso de algemas durante a audiência, nulidade por ofensa ao disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal e o reconhecimento da ilicitude da prova obtida em violação ao domicílio do réu. No mérito, discorreu sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Requereu a absolvição do réu por insuficiência probatória e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (fls. 124/133).

(...)

Sobreveio sentença que julgou procedente a ação penal para condenar o réu como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado (delito de tráfico), e de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto (delito de posse ilegal de munição), e ao pagamento de 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato (fls. 138/147).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fl. 150). Nas razões recursais (fls. 152-164), alegou a ilicitude da prova obtida em violação ao domicílio do réu. No mérito, sustentou a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, postulando a absolvição quanto ao crime de posse de arma de fogo. Também requereu a absolvição quanto ao delito de tráfico de drogas, por insuficiência probatória, argumentando que o juízo condenatório não pode ser formado apenas com base na palavra dos policiais. Caso mantida a absolvição, pugnou (i) pela aplicação da atenuante da confissão espontânea; (ii) pela redução da pena-base; e (iii) pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

O Ministério Público de primeiro grau apresentou contrarrazões (fls. 168-177).

Cumpridas as formalidades legais, subiram os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, operando-se a distribuição a esta relatoria, por sorteio automático (fl. 178).



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Nesta instância, com vista dos autos, a Procuradoria de Justiça exarou parecer, opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 179-184).

Devolvidos os autos, com o parecer ministerial juntado, vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES. RINEZ DA TRINDADE (RELATOR)

Eminentes Desembargadores.

Conforme já relatado, trata-se de apelação defensiva interposta por EDUARDO LUÍS CARDOSO contra a sentença que julgou procedente a ação penal, para condená-lo como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, e artigo 12, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado (delito de tráfico), e de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto (delito de posse ilegal de munição), e ao pagamento de 550 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato (fls. 138/147).

Em síntese, a defesa requer a reforma da sentença condenatória, sustentando, preliminarmente, a ilicitude da prova obtida em violação ao domicílio do réu. No mérito, alega a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, postulando a absolvição quanto ao crime de posse de arma de fogo. Também requereu a absolvição quanto ao delito de tráfico de drogas, por insuficiência probatória, argumentando que o juízo condenatório não pode ser formado apenas com base na palavra dos policiais. Caso mantida a absolvição, pugna (i) pela aplicação da atenuante da confissão espontânea; (ii) pela redução da pena-base; e (iii) pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Cabível, tempestivo e de acordo com a regularidade formal, o recurso preenche a todos os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Passo ao exame.



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Inicialmente, a fim de expor o objeto central da impugnação recursal, transcrevo a análise da prova em sentença, in verbis:

*A **materialidade** dos crimes está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 07/08), pela ocorrência policial (fls. 09/12), pelo auto de apreensão (fl. 13), pelo laudo preliminar de constatação da substância apreendida (fls. 22/23), pelos laudos periciais definitivos (fls. 99/101 e 116), bem como pela prova oral colhida.*

*A **autoria** dos delitos restou definida.*

Interrogado o acusado negou que estivesse a traficar. Disse que foi informado de que estava sendo preso por tentativa de homicídio. Referiu que havia brigado com sua mulher e estava ficando na casa de uma senhora que cuidava de algumas crianças. Os policiais imputaram a posse das drogas que lhe apresentaram dentro da casa, não sabendo de onde eles haviam tirado. Admitiu que possuía os cartuchos de calibre 38 que estavam em uma prateleira. Mencionou que fazia uso de maconha e foi preso em outra ocasião (CD fl. 85).

O policial civil José Urbano de Lourenço contou que receberam a informação de que havia um foragido em uma residência. Disse que viram ele chegando na casa e confirmaram o nome e que estava foragido. Pela manhã dirigiram-se até a casa e o prenderam. Foram encontradas drogas embaixo do colchão da cama onde ele estava. Referiu que ele se encontrava sozinho no quarto e na casa havia mais uma senhora que era a proprietária. A informação que possuíam é que a droga era vendida no bairro Canudos e o que sobrava ele guardava. Confirmou a apreensão da balança digital, dinheiro e cartuchos de calibre 38 (CD fl. 85).

Marcio Goris, policial civil, declarou que após o recebimento de denúncia de tráfico e de que o indivíduo estava foragido dirigiram-se até o local. Um colega entrou no quarto em que o indivíduo estava e encontrou as drogas (crack, cocaína e maconha) e as munições, tendo sido preso em flagrante pelo tráfico. Confirmou a localização de uma balança de precisão (CD fl. 85).

Os policiais civis apontaram para o réu, presente em audiência, como sendo o indivíduo detido na ocasião do fato (CD fl. 85).

O policial civil Yan Oliveira corroborou as declarações prestadas por seus colegas de farda (CD fl. 85).

A testemunha Marlete dos Santos contou que Eduardo estava na sua casa quando foi preso. Afirmou que não sabia que ele possuía as drogas dentro de sua residência. Quando viu os policiais já estavam dentro do quarto de Eduardo e com as drogas na mão. Por fim, abonou a conduta do réu (CD fl. 85).

A prova produzida nos autos do processo indica que os policiais civis receberam denúncia anônima informando que havia um foragido da justiça estava naquele endereço. Confirmaram o nome do réu, havendo prévia suspeita de que ele estivesse praticando tráfico de drogas. Esperaram amanhecer para entrar na residência prendê-lo. Havia uma senhora na casa que era a dona – a testemunha MARLENE DOS SANTOS. As informações prévias eram de que a droga era destinada ao tráfico.



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Ao ser inquirida, a testemunha MARLETE PEDROSO DOS SANTOS confirmou os fatos descritos na denúncia. Esclareceu que o réu pediu para dormir na sua residência por uma noite, porque teria brigado com a sua mulher. Disse que conhece o réu desde pequeno, sendo ele amigo do filho da depoente, mas nunca suspeitou do envolvimento do acusado com o tráfico de drogas. Afirmou que foi surpreendida quando ouviu “é a polícia”, momento em que a depoente saiu do quarto e já tinham uns quatro policiais dentro de casa, “revirando” o quarto em que o acusado estava hospedado.

A partir da narrativa dos próprios policiais civis responsáveis pela prisão do acusado, infere-se que a polícia vinha recebendo informações de que o acusado Eduardo Luís, foragido da justiça, estava traficando drogas.

Tendo em vista que o réu era foragido da justiça, com mandado de prisão preventiva expedido, e diante das informações anônimas da traficância, os policiais rumaram diretamente ao endereço, após se certificarem que o réu encontrava-se na residência, e, mesmo sem estarem munidos de autorização judicial, invadiram o domicílio da Sra. Marlene, sem o consentimento da proprietária, a qual foi surpreendida quando os policiais já estavam dentro da sua casa, procedendo a buscas dentro do quarto do acusado.

Com efeito, questionados durante a instrução processual, sobre o ingresso na residência, os policiais afirmaram que a ação foi motivada em razão da existência de mandado de prisão preventiva, assim como destacaram que havia informação de que ele praticava tráfico de drogas.

Todavia, havendo mandado de prisão expedido com relação a Eduardo, tal ordem, por si só, não autoriza o ingresso dos policiais civis na residência de terceiro (MARLENE), à finalidade de proceder a buscas por objetos.

A suspeita da presença de foragido na residência de terceiro deveria ter sido comunicada ao morador, a ser intimado para entregá-lo, à vista da ordem de prisão. No entanto, a regra do art. 293, do CPP, não foi corretamente observada, a princípio, no caso concreto.

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será



RT

Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)

2017/CRIME

intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.

Ademais, as suspeitas dos agentes públicos tinham por base apenas informações anônimas, sem qualquer interceptação telefônica, filmagem, abordagem de usuários, comprovação de campanhas.

Em caso análogo:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603616, reconheceu, com repercussão geral (Tema 280), que, para legitimar o ingresso policial forçado em domicílio, sem mandado judicial, necessário haver, previamente, elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Na espécie, **a suspeita dos policiais de que foragido do sistema prisional estivesse naquele endereço justificaria, apenas, a representação por mandado judicial de busca e apreensão, pois nada havia, concretamente, naquele momento, a indicar a efetiva ocorrência de crime no local a ensejar justa causa para o ingresso forçado na residência, pois o mandado de prisão, por si só, não autoriza a violação de domicílio.** Portanto, deve, nos termos do entendimento, com repercussão geral, do STF, ser reconhecida a nulidade da ação policial, da apreensão de droga e munições decorrente e, em face da declaração de ilicitude da prova (art. 157, caput, do CPP), manter-se a absolvição dos acusados por ausência de prova da materialidade e autoria dos delitos. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70063851695, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 05/10/2017)

De outra banda, ainda que os policiais tivessem sido autorizados pela proprietária Marlene para entrar na residência, com o fim específico de procurar um foragido da justiça, não tinham autorização para proceder a buscas por objetos, vasculhando cômodos e móveis privativos, como armários, sem que estivessem diante de uma situação de flagrante delito.



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Obviamente os policiais não estavam procurando um foragido dentro de um armário, o que demonstra o desvio de finalidade na permanência dos policiais na residência da testemunha Marlene, tornando ilícita qualquer prova obtida, pois não restou caracterizada situação de flagrante delito que pudesse excepcionar a inviolabilidade de domicílio.

Casos semelhantes ao presente já foram julgados nesta Terceira Câmara Criminal:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO. Em que pese o acusado tenha consentido com a entrada dos policiais civis em sua residência, restou incontroverso que os policiais pediram a entrada com o fim específico de procurar um foragido da justiça, mas passaram a buscar drogas e armas na residência sem autorização. Inviolabilidade de domicílio que não abrange apenas o limite espacial da residência, mas também o limite da conduta do visitante que ali se encontra. Não é razoável permitir que alguém, pelo simples fato de ter sido autorizado a ingressar no domicílio, possa proceder qualquer tipo de diligência no local sem o consentimento do morador. Não suficiente, não houve qualquer investigação prévia a indicar a prática do delito por parte do réu. De igual forma, **não restou caracterizada situação de flagrante delito que pudesse excepcionar a inviolabilidade do domicílio. Apreensão obtida por diligência ilegal. Prova ilícita.** Absolvição decretada. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70067252577, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 02/03/2016)

APELAÇÃO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. MUNIÇÃO. ARTIGO 12, CAPUT, DA LEI 10.826/03. VIOLAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. ART. 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Caso em que os agentes policiais, embora autorizados pelo proprietário para entrar na residência, com o fim específico de procurar um foragido da justiça, passaram a buscar por objetos, vasculhando cômodos e móveis privativos, sem que tivessem o consentimento do proprietário para tanto, sem mandado judicial e, por fim, sem que estivessem diante de uma situação de flagrante delito. Em precedente cujos fatos são semelhantes aos do caso dos autos, esta Terceira Câmara manifestou-se no sentido de que "a violação da garantia fundamental de inviolabilidade de domicílio não abrange apenas o limite espacial da residência, mas também o limite da conduta do visitante que ali se encontra"



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

(Apelação Crime Nº 70067252577, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 02/03/2016). 2. A natureza permanente do delito de posse irregular de arma de fogo não é suficiente para excepcionar a garantia prevista no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita diante de situação de flagrante delito, desde que aferível por fundadas razões em momento anterior ao ingresso no domicílio. Não pode a mera suspeita infundada, mesmo com a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, convalidar o ato ilegal. **Caso concreto em que restou comprovado não haver "fundadas razões" para a violação da privacidade domiciliar sem mandado judicial, conforme a interpretação normativa constitucional definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616)**. Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, torna-se impositiva a absolvição do réu. Precedentes. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70072053283, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 23/08/2017)

Com efeito, é sabido que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente. Porém, somente dispensa o prévio mandado judicial para ingresso no domicílio quando haja **visualização de sinais visíveis de flagrante delito, em momento anterior ao ingresso no domicílio**.

A interpretação da norma constitucional escrita no art. 5º, XI, da Constituição Federal foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 603.616/RO. A Corte Suprema fixou a tese de que *“a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”*.

Destarte, as fundadas razões acerca do cometimento de crime dentro do domicílio devem ser verificadas *ex ante*, não podendo a eventual constatação de crime permanente, em momento posterior ao ingresso desautorizado, convalidar a ilegalidade do ato.



RT

Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)

2017/CRIME

No caso concreto, de certa forma, as suspeitas dos policiais acabaram por se confirmar apenas após o ingresso na residência, diante da apreensão de quantidade razoável de entorpecentes. Contudo, não havia qualquer circunstância, imediatamente anterior ao ingresso na residência, que produzisse concreta suspeita de que naquele momento estaria ocorrendo situação de flagrante a autorizar o ingresso na residência sem mandado de busca e apreensão.

Por derradeiro, a ilegalidade da ação policial acarreta a nulidade da prova material, uma vez que obtida mediante violação da garantia fundamental de inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

Este é o entendimento manifestado por esta Terceira Câmara Criminal, cujos julgados destaco:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO REX 603.616/RO. Abordagem realizada por policiais militares já dentro da residência do réu, a partir de "denúncia" anônima. Apreensão de duas quantidades de maconha, uma delas pesando 604g e a outra 9,8g, além de R\$ 1.400,55. Réu que contrapõe a versão dos policiais de que teria ingressado no domicílio no momento da abordagem, alegando ter sido abordado dentro do seu domicílio, o que é confirmado por testemunha. Posse do entorpecente que é assumida pelo recorrente, alegando consumo pessoal e admitindo ter sido usuário contumaz da droga. Parecer do Ministério Público neste grau pelo reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar realizada. Fundadas razões não declinadas para o ingresso policial no domicílio. **O caráter permanente do delito não é suficiente para excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no REx nº 603.616. Repercussão geral. Teoria dos limites dos limites. Doutrina. Jurisprudência. Ilegalidade da ação policial que macula a prova material obtida mediante violação do domicílio, repercutindo nos demais elementos do processo. Absolvição que se impõe. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. (Apelação Crime Nº 70069507432, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/10/2016).**

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. Conforme se depreende dos autos, restou incontroverso que o réu foi abordado na frente de sua residência



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

sem portar qualquer material ilícito, tendo o entorpecente sido encontrado apenas após busca desautorizada em seu domicílio. **Ausente qualquer hipótese a excepcionar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, conforme previsto no artigo 5º, inciso XI, da CF, a prova obtida a partir de tal diligência é ilícita. A mera suspeita da prática delitiva decorrente de denúncia anônima não autoriza o ingresso na residência, mas apenas a realização de diligências e a representação por mandado judicial de busca. Precedentes da Câmara.** Absolvição decretada em face da ilicitude da prova da materialidade do delito. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70067414078, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 25/02/2016)

APELAÇÃO CRIME. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE PROVA ILÍCITA RECONHECIDA DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE DECRETADA. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. Abordagem policial realizada na residência de um dos acusados sem mandado judicial e nem autorização desse, mas baseada apenas em "denúncia anônima" realizada por ligação telefônica. Apreensão de uma pedra de crack, peso não especificado, e 38 gramas de maconha que estavam em poder dos acusados. A localização de droga após a entrada das autoridades policiais na residência não é suficiente para preencher o requisito constitucional estabelecido para possibilitar a limitação ao direito fundamental à privacidade, sem que se tenha verificado uma perseguição motivada ou mesmo alguma atitude suspeita antes do citado ingresso domiciliar. **Situação que não abarca o devido enquadramento na condição de "fundadas razões" nos moldes como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (RE 603.616). Reconhecida a ilicitude da prova da materialidade do delito em questão, torna-se impositiva a absolvição dos réus.** RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70070638267, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 23/11/2016)

Nesse contexto, a apreensão das drogas e das munições ocorreu de forma ilícita, posto que ao arripio da Lei e em flagrante desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, a teor do disposto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Restando ausente qualquer prova para a condenação obtida de meio lícito, torna-se impositiva a manutenção da sentença de absolvição do acusado.



RT
Nº 70075366450 (Nº CNJ: 0300760-70.2017.8.21.7000)
2017/CRIME

Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo, para absolver EDUARDO LUÍS CARDOSO das sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no artigo 386, incisos II, do Código de Processo Penal.

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70075366450, Comarca de Novo Hamburgo: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, PARA ABSOLVER EDUARDO LUÍS CARDOSO DAS SANÇÕES DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, E ARTIGO 12, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03 COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DE EDUARDO LUIS CARDOSO NA ORIGEM, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO."

Julgador(a) de 1º Grau: RICARDO CARNEIRO DUARTE

APELAÇÃO
CRIMINAL
70063851695



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603616, reconheceu, com repercussão geral (Tema 280), que, para legitimar o ingresso policial forçado em domicílio, sem mandado judicial, necessário haver, previamente, elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. Na espécie, a suspeita dos policiais de que foragido do sistema prisional estivesse naquele endereço justificaria, apenas, a representação por mandado judicial de busca e apreensão, pois nada havia, concretamente, naquele momento, a indicar a efetiva ocorrência de crime no local a ensejar justa causa para o ingresso forçado na residência, pois o mandado de prisão, por si só, não autoriza a violação de domicílio. Portanto, deve, nos termos do entendimento, com repercussão geral, do STF, ser reconhecida a nulidade da ação policial, da apreensão de droga e munições decorrente e, em face da declaração de ilicitude da prova (art. 157, *caput*, do CPP), manter-se a absolvição dos acusados por ausência de prova da materialidade e autoria dos delitos. **Apelo improvido.**

APELAÇÃO CRIME	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - REGIME DE EXCEÇÃO
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)	COMARCA DE RIO GRANDE
MINISTERIO PUBLICO	APELANTE
JADSON SOARES DA LUZ	APELADO
ALVARO LUIZ WIGG CASARIEGO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Terceira Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) E DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO.**

Porto Alegre, 05 de outubro de 2017.

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA,
Relator.

RELATÓRIO

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA (RELATOR)

Na Comarca de Rio Grande, o Ministério Público denunciou ALVARO LUIZ WIGG CASARIEGO e JADSON SOARES DA LUZ dando-os como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03 pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“1. No dia 22 de março de 2013, por volta das 12 horas, na residência da Rua Gramado, nº 2320, Cassino, nesta Cidade, os denunciados, em comunhão de vontades e conjugação de esforços com a adolescente Chaiane Vaz de Oliveira, tinham em depósito e guardavam, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 53 gramas de pasta-base de cocaína; 10 gramas de cocaína, divididas em dois invólucros; 100 gramas de crack, divididas em quatro invólucros; 9,4 gramas de crack, divididas em dois invólucros; 3,5 gramas de maconha e 11 gramas de cocaína, divididas em dois invólucros, drogas que causam dependência física e psíquica, conforme auto de apreensão e laudos de constatação de natureza de substâncias de fls.

O crime envolveu adolescente”.

“2. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados, em comunhão de vontades e conjugação de esforços possuíam e mantinham sob a sua guarda, no interior de sua residência, 12 (doze) cartuchos calibre 38, munição de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de apreensão de fls.

“Na ocasião, policiais civis tomaram conhecimento de que os denunciados estavam traficando drogas na Vila da Barra e no Cassino, e deslocaram-se, em diligência, até o imóvel supracitado para averiguar os fatos e prender Álvaro, foragido do sistema prisional. Chegando no local, avistaram a presença de Álvaro no imóvel preparando-se para fuga, resolvendo, então ingressar na residência para prendê-lo, quando encontraram a droga e a munição descritas, bem como a importância de R\$1.107,00 em espécie, duas balanças de precisão e diversos invólucros comumente utilizados para o embalamento de droga, efetuando, diante disso, a prisão em flagrante dos denunciados”.



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Os denunciados foram presos em flagrante delito em 22.03.2013 (fl. 25), sendo o respectivo auto homologado e convertida as prisões em preventivas (fls. 54/55 e 58/59).

Notificados (fls. 126/127), apresentaram os denunciados defesas preliminares (fls. 132/164), sendo a denúncia recebida em 25.06.2013 (fls. 184/185v.) e os réus devidamente citados (fls. 212/214v.).

Durante a instrução foram interrogados os réus e ouvidas às testemunhas (CDs de fls. 221 e 371).

Foi concedida a liberdade ao acusado JADSON, em 22.11.2013, no *Habeas Corpus* nº 70057593154 (fls. 330/334).

Convertido o debate oral em memoriais, foram esses apresentados às fls. 373/380v., 385/395 e 410.

Sobreveio sentença, publicada em 02.05.2014 (fl. 423v.), julgando improcedente o pedido contido na denúncia para absolver os réus ALVARO LUIZ WIGG CASARIEGO e JADSON SOARES DA LUZ da prática dos crimes previstos no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 416/423v.).

O Ministério Público interpôs apelação (fl. 427).

Em suas razões, o *parquet*, requereu a reforma da sentença para que os réus sejam condenados nos termos da denúncia, com a majorante prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, visto que há provas nos autos dando conta da autoria na pessoa dos réus. Sustentou que não ocorreu violação de domicílio no caso dos autos, pois os réus se encontravam em flagrante delito, legitimando a ação policial. Aduziu, também, a suficiência de provas do porte ilegal de munição pelos acusados, sendo impositiva a condenação dos réus como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei nº 10.826/03. Por fim, salientou que os réus são reincidentes, devendo ser aplicada a respectiva agravante (fls. 441/455).



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

O réu foi intimado da sentença (fls. 437/437v. 458/458v.).

Em contrarrazões, as defesas requereram o desprovimento do recurso ministerial (fls. 459/474 e 484/486).

Os autos foram distribuídos, em 09.03.2015, ao eminente Desembargador João Batista Marques Tovo (fl. 488).

Nesta instância, emitindo parecer, a Dra. Margarida Teixeira de Moraes, Procuradora de Justiça, opinou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 515/527).

Redistribuídos os autos, em regime de exceção, a este Relator em 10.04.2017.

É o relatório.

VOTOS

DR. JOSÉ RICARDO COUTINHO SILVA (RELATOR)

Trata-se de apelação ministerial interposta contra a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Rio Grande/RS que, acolhendo preliminar defensiva de nulidade da prova produzida, julgou improcedente a pretensão punitiva para absolver os réus JADSON SOARES DA LUZ e ÁLVARO LUIZ WIGG CASARIEGO da prática dos delitos de tráfico de entorpecentes e de posse de munições de uso permitido.

Entretanto, tenho que a prova foi bem analisada pelo ilustre Juiz de Direito, Dr. Roger Xavier Leal, ao proferir a sentença, não sendo verificada qualquer inovação em sede de apelação em relação aos pontos analisados em primeiro grau, pelo que transcrevo as razões lançadas pelo juízo de origem para evitar tautologia (fls. 416/423v.):

“Em preliminar, a defesa de Jadson arguiu a nulidade da prova porque entendeu ter ocorrido a violação de domicílio por parte dos policiais que efetuaram a prisão dos acusados, considerando que ingressaram na residência de Álvaro, sem ordem judicial. Destacou que os policiais narraram que já vinham recebendo denúncias de informantes no sentido que os acusados estariam traficando juntos.

Nesse cenário, os policiais civis entraram na residência do réu Álvaro, quando, em busca pessoal, localizaram em seu poder as drogas apreendidas. Posteriormente, nas buscas efetuadas no interior do imóvel, localizaram munições.

Argumentou a defesa de Jadson, ainda, que a denúncia é inepta, haja vista que narra que o réu Álvaro – a quem pertencia o imóvel onde ocorreu a abordagem - era



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

foragido do sistema prisional, quando, na verdade, Jadson era quem ostentava tal condição. Nesse sentido, ponderou que se os policiais pretendessem a prisão de Jadson, bastava que montassem campana no local e efetuassem a medida quando este saísse à rua.

Por fim, concluiu a defesa, diante dessas circunstâncias que desde o início da diligência, intencionavam entrar na residência sem ordem judicial.

O acolhimento das teses defensivas, ainda que apresentadas preliminarmente, demandam valoração da prova produzida no curso da instrução processual, motivo pelo qual passo, de imediato, a sua análise.

Os acusados foram presos em flagrante delito, respondendo ao presente feito pelos crimes de tráfico de drogas, majorado por envolver adolescente na prática delitiva, em concurso material com a posse de munição de uso permitido.

Conforme descrição dos fatos narrados na denúncia, os policiais civis tomaram conhecimento de que os denunciados estavam traficando drogas na Vila da Barra e no Cassino. Assim, após chegarem no local, avistaram Álvaro preparando-se para fugir, quando então, decidiram entrar na residência, local onde encontraram as drogas e a munição apreendidas, além de duas balanças de precisão e diversos invólucros utilizados para o embalamento da droga (auto de apreensão da fl. 17). Em poder de Jadson apreenderam, a quantia de R\$1.107,00, (auto de apreensão fl. 16), e, em poder de Álvaro, duas porções de crack, com peso aproximado 50 gramas, dois invólucros contendo aproximadamente 10 gramas de cocaína e um veículo Paraty, placa IGV 1959 (auto de apreensão fl. 18).

Ao final da instrução, ao ser interrogado, Jadson declarou que estava foragido do sistema prisional, pois estava no regime semiaberto e viajou para Uruguai para ver seus filhos. Referiu que quando foi preso, era a primeira vez que estava na residência onde ocorreram os fatos, pois havia acabado de chegar. Foi até este local levado por Chaiane, já que não poderia retornar a sua residência porque estava foragido. Alega que consigo fora apreendido aproximadamente R\$ 300,00, apenas. Negou que tivesse drogas em seu poder, afirmando que as drogas apreendidas estavam dentro da residência. Assim, quando os policiais acharam a droga e encontraram o acusado, afirmaram-lhe que responderia por esse tráfico também, porque estava foragido. Negou que estivesse traficando com Chaiane, afirmando que conheceu Álvaro no dia em que foi preso. Não soube dizer o que foi apreendido pelos policiais, porque não tinha conhecimento do que havia dentro da casa (CD fl. 371).

Álvaro Luiz, quando interrogado, admitiu a prática do crime, aduzindo que a droga estava realmente dentro da sua casa, além de trazer algumas trouxinhas de maconha consigo e um esmurrador, dentro do bolso. Referiu que Jadson e Chaiane não tinham conhecimento da droga que havia dentro da casa do interrogado, aduzindo que com Jadson foi apreendido apenas pouco mais de R\$ 1.000,00. Asseverou, ainda, que dentro de um envelope havia a quantia de R\$ 2.000,00, que eram economias oriundas do seu trabalho, durante o verão, o qual sequer foi relacionado pelos policiais. Contou que seu veículo, uma Paraty, estava no pátio da sua residência, pois já havia sofrido duas batidas, mesmo assim, foi conduzido pelos policiais até a Delegacia nesse veículo. Admitiu que possuía balança em sua casa, pois além de trabalhar com comida, também a utilizava para pesar a droga que comprava para seu consumo, a fim de não ser trapaceado. Admitiu ser usuário de drogas, há alguns anos, contando com a ajuda de sua família para as despesas domésticas. Por fim, referiu que no dia da abordagem, chegou no local para conversar com Jadson e Chaiane. Estavam conversando na sala,



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

quando bateram à porta. Ao dirigir-se à garagem, os policiais já estavam lá dentro, de arma em punho (CD fl. 371).

Inquirido, o policial civil Santiago Gonçalves Salvá declarou que Jadson, vulgo "Marinheiro", já era conhecido da Polícia como traficante, já tendo sido "pego" por tráfico. Na época do fato, Jadson estava foragido, quando chegou ao conhecimento dos policiais que ele continuava com o tráfico, na rua, sobretudo na Barra. Jadson, com o auxílio de sua companheira Chaiane, e do indivíduo conhecido por "Gordo Álvaro", em uma Paraty, cor vermelha, estariam traficando. Foram à procura de informações, quando descobriram que eles estariam na rua Gramado, no ABC 8, no Balneário Cassino. No dia do fato, foram à esta residência, o colega bateu, ouviram um barulho dentro da casa, e "Marinheiro" tentou sair pela porta lateral. Entraram na casa, pois "Marinheiro" estava com um mandado de prisão, e lá dentro estavam os três. Em poder de Álvaro foram apreendidos dois invólucros de crack, totalizando 50 gramas, além de dos invólucros de cocaína, totalizando 10 gramas. Em poder de "Marinheiro" foi apreendido dinheiro, consistente em mais de R\$ 1.000,00. No guarda-roupas de "Marinheiro" foram localizados 12 cartuchos, calibre 38, balança de precisão, pouco mais de 50 gramas de pasta básica de cocaína, 04 invólucros de crack, totalizando 100 gramas da droga; 10 gramas de cocaína e 10 gramas de crack. No quarto de Álvaro foi apreendida, ainda, uma balança de precisão. Destacou que as informações da última semana anterior à abordagem, davam conta de que os três estavam traficando na Barra. Não se recorda do que foi alegado pelos réus no momento da prisão. Jadson é traficante há anos, cumpre pena e fica foragido. Em resposta à defesa de Álvaro, o depoente afirmou que houve a constatação de que o veículo Paraty era utilizado no tráfico, a partir das informações que receberam. Referiu que não se recorda da realização de campanas, mas acredita que sim. Asseverou que Jadson ficou, aproximadamente, um mês na rua, porém na última semana "encorparam a investigação" quando chegaram ao nome de Álvaro. Um dos meios pelos quais chegaram ao endereço de Álvaro, foi através da placa do veículo Paraty. Ao final, afirmou que a Polícia não identifica seus informantes para preservar a vida deles. Não tinham mandado de busca para o endereço, mas sim mandado de prisão para Jadson. Quando bateram à porta, devido a "correria" lá dentro, tiveram a convicção necessária para o ingresso na residência (CD fl. 371).

O policial civil Guilherme Pereira Bitencourt relatou que uma semana antes da prisão dos acusados, o policial Santiago começou a receber diversas informações no sentido de que Jadson, conhecido por "Marinheiro", o qual estava foragido há aproximadamente um mês, estava, sobretudo nos fins de tarde, inda à Barra, na companhia do indivíduo que, na época, identificaram apenas como "Gordo Álvaro," e Chaiane, namorada de Jadson, fazer entrega de drogas, em um veículo Pálio, cor branca, ou em uma Patary, cor vermelha. Conseguiram obter o número da placa desses veículos e, a partir de então, chegaram ao endereço da casa no ABC, onde eles estavam. Foram até a residência, a qual, na porta da frente tinha uma janelinha com uma cortina. O depoente abriu a cortina, quando Jadson o enxergou e correu para o lado, mas os policiais Santiago e Willian estavam entrando pela porta ao lado, quando pegaram ele. Destacou que Álvaro também estava na casa. Na revista, o policial Willian encontrou droga com Álvaro e dinheiro com Jadson. Realizadas buscas, dentro do quarto do casal Jadson e Chaiane, que ali moravam, foram encontrados drogas, balança, munição de revólver calibre 38. No quarto de Álvaro, foram encontrados balança de precisão e objetos eletroeletrônicos sem procedência. Diante de tais



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

circunstâncias, os acusados receberam voz de prisão. Referiu que tinha conhecimento do nome de Jadson e da fama dele na região da Barra, mas pessoalmente não. Asseverou que foram ao local para cumprir o mandado de prisão de Jadson, que estava foragido, mas já tinham a informação da droga. Afirmou que só existia essa informação, mas não houve investigação. Em resposta à defesa, acerca de terem realizado campana, a fim de constatarem se o veículo Paraty estava sendo utilizado, respondeu que não. A residência era do pai de Álvaro e não tinham mandado de busca para o local (CD fl. 371).

As declarações do policial civil Willian Paré da Costa seguiram no mesmo sentido dos demais policiais ouvidos na instrução, no que tange à origem da suspeita de tráfico de drogas por Jadson, conhecido por "Marinheiro". Jadson, juntamente com Chaiane, sua companheira à época, e Álvaro, estavam traficando na Barra e no Cassino. Obtiveram, assim, informações de que poderiam localizar Jadson, foragido, na residência de Álvaro. No dia do fato, quando entraram na residência, a partir da informação do policial Guilherme, no sentido de que Álvaro estava tentando fugir, o depoente o abordou e efetuou a revista pessoal. Dentro do bolso do moletom que Álvaro vestia, o depoente encontrou 04 invólucros, sendo que dois deles, totalizavam aproximadamente 50 gramas de crack, os outros dois invólucros tratavam-se de cocaína, com peso aproximado, cada um, de 5 gramas. Chaiane também estava na residência no momento da abordagem e, dentro da casa, no quarto onde "Marinheiro" dormia, foram encontrados mais drogas, munição, dinheiro, embora não se recorde da quantia, além de balança. Constataram, naquela ocasião, que o imóvel era de Álvaro, quando este contou que estava alugando o imóvel para Jadson, o que lhes causou certa estranheza, porque as coisas do casal estavam em um quarto, e as coisas de Álvaro em outro. Em resposta à defesa, declarou que não tinham mandado de busca para o endereço dos acusados, mas, em virtude da condição de foragido de Jadson e este ter tentado empreender fuga do local, efetuaram a prisão (CD fl. 371).

A testemunha Chaiane Vaz de Oliveira afirmou que já conhecia Álvaro e que pediu a casa dele emprestada para ficar com Jadson, seu companheiro, por alguns dias. Chegaram no local por volta das nove horas, e, ato contínuo, chegaram os policiais, os quais encontraram a droga no quarto. Aduziu que Álvaro estava na casa porque ele entregaria a chave para a ela e Jadson. Pelo que se recorda, os policiais encontraram cocaína, crack, bala de revólver. Referiu que embora a depoente e Jadson fossem usuários de drogas, não tinham nenhuma substância entorpecente consigo, nos seus corpos. Tudo estava com Álvaro. Acredita que com Jadson pegaram apenas R\$ 200,00, mas havia dinheiro junto com as drogas também. Referiu que chegou a responder na infância e juventude por esse fato, ficando internada de março até junho, aproximadamente, mas após, foi solta. Asseverou que quando Álvaro foi fechar a porta da casa, após a depoente e Jadson terem entrado, bateram à porta e, quando ele foi abrir, a Polícia entrou na residência. Por fim, esclareceu que conhecia Álvaro das festas, e que Álvaro e Jadson conheceram-se no dia do fato (CD fl. 371).

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal assegura: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

A partir do disposto no presente dispositivo constitucional, a inviolabilidade domiciliar somente poderá ser mitigada quando presente o consentimento do



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

morador, a situação de flagrante delito, desastre ou situação de perigo capaz de dar ensejo à prestação de socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

No caso dos autos, os policiais não possuíam ordem judicial para ingresso na residência localizada na rua Gramado, nº 2320, Cassino, nesta Cidade. Entretanto, a fim de aferir no caso concreto a presença da situação de flagrante, é preciso que a apreciação do feito se dê com especial atenção, de forma que se evite a chancela do Poder Judiciário, por menor que seja, a eventual atuação arbitrária, com excessos, dos agentes públicos.

É recorrente na jurisprudência pátria – e incontroverso na doutrina – que o crime de tráfico de drogas, quando praticado em algumas de suas modalidades, tais como “manter em depósito, guardar, trazer consigo”, configura crime permanente. Logo, seja qual for o momento da abordagem, considerando tais condutas nucleares, havendo apreensão de drogas em seu poder e demonstração de que essa substância destinava-se à entrega a terceiros, em desacordo com determinação legal e regulamentar, consumado estará o delito.

No entanto, a ciência jurídica não é uma ciência exata, não admitindo conclusões absolutas, ou fórmulas prontas para as mais variadas hipóteses de acontecimentos da convivência humana e, conseqüentemente, resultados absolutos a tais equações.

Assim, embora na maioria dos casos que se apresentam ao Poder Judiciário, quando há apreensão de drogas em poder de determinados indivíduos, em contexto semelhante ao acima descrito, configurada está a flagrância. Não é possível concluir que, em resultado a uma diligência policial, havendo apreensão de drogas em poder de alguém, sempre estará configurado o flagrante de tráfico de drogas, independentemente dos meios empregados por tais agentes no cumprimento da providência investigatória. Admitir isso, seria admitir também a possível atuação arbitrária, ao arrepio da lei, por parte de policiais, em dadas circunstâncias, a fim de que se obtenha sempre o sucesso da diligência, ao custo de relegar a um plano abstrato – formal, tão somente – as garantias constitucionais – sejam quais forem.

A fim de se evitar que a persecução penal seja exercida a qualquer custo, e que, assim, macule as garantias asseguradas aos cidadãos pela Carta Magna, necessária a aferição criteriosa sobre as circunstâncias fáticas que envolveram o flagrante, sobretudo quando constatado o ingresso em residência alheia fora das demais hipóteses legais.

Para tanto, alguma circunstância, algum fato deve ocorrer antes do ingresso na residência do suspeito ou terceiro, que faça surgir a convicção de que esteja ocorrendo, ou prestes a ocorrer a prática de algum crime. Tal acontecimento deve ocorrer, portanto, antes, e não após a entrada no domicílio, pois é este fato que legitimará a referida atuação. Logo é um pressuposto temporal.

Em outras palavras, mas neste sentido:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA MATERIAL. ABSOLVIÇÃO. A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, art. 5º, inc. XI); excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), nos termos do § 1º do art. 240 do CPP, o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito. O mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

situação de flagrante seja percebida ex ante pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, não se tratava de averiguação de denúncia atual e específica, acerca da ocorrência de tráfico naquele momento (a significar ausência de fato indiciado e delimitação temporal), tampouco de indicação de qualquer característica do suposto traficante. Também não há referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, movimentação típica de comercialização de drogas, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro. Os policiais apenas avistaram os réus, "conversando", um do lado de fora e o outro no lado de dentro da residência, e resolveram abordá-los. Detido, dentro da casa, seu domicílio, foi feita a revista pessoal, quando encontram um revólver em sua cintura. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, ipso facto, carente de fundamento racional apriorístico e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional. Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057621542, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 19/12/2013) (Grifou-se)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA. 1. O ingresso de policiais em residências, mesmo diante de informações anônimas da prática de delitos, é permitida apenas quando houver, antes da entrada na casa, certeza da situação de flagrante. A mera suspeita, como a decorrente de notícia criminis anônima, autoriza unicamente a observação do local, como forma de recolher elementos outros sobre a existência do delito e sua autoria. Precedentes da Câmara. 2. No caso, não havia certeza da situação de flagrante. Os policiais avistaram o réu ingressando na residência quando resolveram abordá-lo, por acreditar que estava em "atitude suspeita". Acusado abordado já dentro da casa. Ilicitude da prova produzida por indevida inobservância da garantia da inviolabilidade do domicílio. Absolvição decretada. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime, nº 70055188718, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 28/11/2013). (Grifou-se)

Semelhante ao caso dos autos, o seguinte julgado:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. PROVA ILÍCITA. Inviolabilidade do domicílio. Os policiais adentraram na residência do réu sob a justificativa de cumprimento de mandado de prisão de terceiro, que não foi encontrado. Contudo, nem mesmo é acostado aos autos o mandado de prisão, a fim de que se verificasse se o endereço ali constante condiz com o local da residência do réu. Aliás, há no mínimo dúvida sobre o objetivo principal da diligência, na medida em que os próprios policiais referiram que havia "denúncia"



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

de tráfico no local. A casa, como ASILO INViolável do indivíduo, implica a necessidade do prévio mandado de busca e apreensão, caso contrário a residência/domicílio não seria ASILO. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição do acusado por ausência de provas da existência do fato. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. . (Apelação Crime Nº 70052698347, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 01/02/2013)

A partir da narrativa dos próprios policiais responsáveis pela prisão dos acusados, estes já vinham recebendo a informação – oriunda de informantes da Polícia não identificados – de que o acusado Jadson, após foragir do sistema prisional, há, aproximadamente, um mês, estava traficando drogas em conjugação de esforços e comunhão de vontades com o corréu Álvaro e com uma adolescente.

Em suas declarações, o policial Santiago afirmou que na última semana “encorpavam as investigações”. Logo, é possível deduzir que os acusados Jadson e Álvaro já vinham sendo investigados pela Polícia Civil em tempo superior a uma semana, pelo menos. Referiu, também, que embora não se recorde com clareza, provavelmente realizaram, sim, campanas no local indicado como o ponto do tráfico.

Além disso, o policial Santiago afirmou que a partir da placa do veículo Paraty, cor vermelha, pertencente ao réu Álvaro, foi possível chegar ao seu endereço. Esta informação foi narrada pelos demais policiais e consiste, por evidente, em ato investigatório prévio a abordagem policial.

Considerando-se que Jadson era foragido do sistema prisional, e diante das informações anônimas da traficância, que apontavam que os acusados faziam entrega de drogas na Barra, os policiais rumaram diretamente ao endereço, e, mesmo sem estarem munidos de autorização judicial, “entraram no pátio da residência. O policial bateu à porta, quando ouviu uma correria no interior da casa, vendo, pela janela da porta, MARINHEIRO tentando fugir pela porta lateral da residência” (conforme consta expressamente nas declarações dos policiais civis, quando da lavratura do APF, fls. 26-27, 28-29 e 30-31). Neste momento, os policiais Santiago e Willian entraram pelo portão do lado da casa, quando então abordaram Jadson.

Questionados durante a instrução processual, sobre o ingresso na residência de Álvaro sem ordem judicial, os policiais Santiago, Guilherme e Willian foram uníssonos ao afirmarem que não possuíam mandado de busca e apreensão, ressalvando, no entanto, que possuíam mandado de prisão para Jadson, por estar foragido, assim como destacaram que dirigiram-se ao local com a finalidade de prender Jadson, ante a informação de que naquele local ele estaria.

Disso depreende-se que os agentes públicos tinham conhecimento de que a residência era de Álvaro, que lá estava Jadson, além das informações anônimas de que naquele endereço ambos os réus estavam traficando.

Entretanto, havendo mandado de prisão expedido com relação a Jadson, tal ordem, por si só, não autoriza o ingresso dos policiais civis na residência de terceiro (Álvaro).

As suspeitas dos agentes públicos tinham por base apenas informações anônimas, sem qualquer interceptação telefônica, filmagem, abordagem de usuários, comprovação de campanas. Os próprios policiais admitiram que não se recordam muito bem se as campanas tinham ou não sido realizadas. As suspeitas, de certa forma, acabaram por se confirmar, diante da apreensão de quantidade razoável de entorpecentes na residência. Contudo, não havia qualquer circunstância,



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

imediatamente anterior ao ingresso na residência, que produziu concreta suspeita de que naquele momento estaria ocorrendo situação de flagrante a autorizar o ingresso na residência sem mandado de busca e apreensão.

Ainda que houvesse a suspeita da presença de apenado foragido na residência, tal situação não autorizaria o ingresso no imóvel sem observância do disposto no art. 293, do CPP, regra que, também, não foi, em princípio, corretamente observada no caso concreto.

“Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão”.

Dessa forma, entendo que a apreensão das drogas e das munições ocorreu de forma ilícita, posto que ao arrepio da Lei e em flagrante desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, a teor do disposto no artigo 157, caput, do Código de Processo Penal.

Autorizar a relativização de garantias constitucionais, afora as hipóteses legais, em virtude de eventual histórico de delitos ou mera suspeita, permite que decisões judiciais sejam permeadas pelo Direito Penal do Inimigo, e que tal indivíduo seja tratado como inimigo do Estado e não como cidadão, o que é inadmissível na ordem jurídico-penal brasileira.

Não havendo outras provas constantes no caderno processual, diversas daquelas que reconheço como produzidas por meios ilícitos, entendo que imperativa a incidência do princípio do in dubio pro reo.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido na denúncia, para absolver os acusados Álvaro Luiz Wigg Casariego e Jadson Soares da Luz, já qualificados, da prática dos crimes previstos no artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, e artigo 12, caput, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.”.

Verificou-se, portanto, a nulidade da abordagem policial por ausência de mandado judicial que autorizasse o ingresso na residência de ÁLVARO e a apreensão das drogas e das munições, violando-se o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603616, reconheceu, com repercussão geral (Tema 280), que, para legitimar o ingresso policial forçado em domicílio, sem mandado judicial, necessário haver, previamente, elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. *In verbis*:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL). – Grifo nosso.

Na espécie, a suspeita dos policiais de que o foragido do sistema prisional, JADSON, estivesse naquele endereço justificaria, apenas, a representação por mandado judicial de busca e apreensão, pois nada havia, concretamente, naquele momento, a indicar a efetiva ocorrência de crime no local a ensejar justa causa para o ingresso forçado na residência de ÁLVARO, pois o mandado de prisão, por si só, não autoriza a violação de domicílio.

Portanto, deve, nos termos do entendimento, com repercussão geral, do STF, ser reconhecida a nulidade da ação policial, da apreensão de droga e munições decorrente e, em face da declaração de ilicitude da prova (art. 157, *caput*, do Código de



JRCS
Nº 70063851695 (Nº CNJ: 0070547-36.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Processo Penal¹), impõe-se a manutenção da absolvição dos acusados por ausência de prova da materialidade e autoria dos delitos.

Voto, pois, por negar provimento ao apelo.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70063851695, Comarca de Rio Grande: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO."

Julgador(a) de 1º Grau: ROGER XAVIER LEAL

¹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

**EMBARGOS
INFRINGENTES
70072193113**



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO-CRIME. POSSE DE ARMA DE FOGO MUNICIADA COM NUMERAÇÃO RASPADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO.

Violação de domicílio. Embora tenha havido ingresso na residência sem mandado de busca e apreensão, a medida se deu em perseguição a um indivíduo, que se encontrava na condição de foragido, o qual, ao avistar a viatura, empreendeu fuga, invadindo pátios de diversas residências, tendo os policiais solicitado autorização de ingresso nas casas, razão pela qual chegaram até a moradia do acusado. Somente após ser franqueada a entrada dos policiais pelo réu é que eles entraram na sua residência, encontrando no quarto, a arma apreendida, como ele próprio confirmou. Assim, não há falar em absolvição por ilicitude da prova decorrente de violação de domicílio. Condenação mantida.

Prevalência do voto majoritário.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

SEGUNDO GRUPO CRIMINAL

Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)

COMARCA DE TAQUARA

FERNANDO DIAS DE SOUZA

EMBARGANTE

MINISTERIO PUBLICO

EMBARGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes do Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em desacolher os Embargos Infringentes, vencido o Dr. Mauro Borba que os acolhia.

Custas na forma da lei.



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE), DES. JULIO CESAR FINGER, DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES E DR. MAURO BORBA.**

Porto Alegre, 10 de fevereiro de 2017.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Fernando Dias de Souza, assistido pelo Dr. Régis Augusto Martins Xavier, Defensor Público, porquanto inconformado com o Acórdão de nº 70071222012, que negou provimento ao apelo defensivo, por maioria, vencido o Relator Doutor Mauro Borba, que lhe dava provimento, para o fim de absolver o réu, na forma do artigo 386, inciso VII, do Código Penal (fls. 167-172).

Nas razões recursais, o recorrente postulou, em suma, a prevalência do voto vencido (fls. 181-187).

Em seu parecer, o Procurador de Justiça, Dr. Silvio Miranda Munhoz, opinou pelo desacolhimento dos embargos infringentes (fls. 191-195).

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

Prolatou voto vencido o Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito Mauro Borba nos seguintes termos:

“(…) Em seu depoimento, o réu **Fernando Dias de Souza** admitiu a prática delitiva aduzindo que estava em casa, nos fundos do pátio e, ao ver o latido dos cães, se dirigiu até a frente da residência oportunidade



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

em que se deparou com os policiais na porta da frente. Que os agentes já estavam com arma em punho mandaram que ele ficasse “tranquilo”, revistando-o. Que os policiais requisitaram autorização para averiguar se o indivíduo que havia fugido estava na residência. Começaram a revirar as coisas achando o armamento, o qual estava guardado em cima do roupeiro. Sua mulher não presenciou as buscas posto que mandaram que ela esperasse na rua. Utilizava a arma para sua defesa pessoal em razão da alta criminalidade na região em que reside.

O **policial Anderson Emiliano Ferreira de Bôer** contou que estavam procurando um rapaz que estava foragido. Localizaram o indivíduo, o qual, ao avistar a viatura, empreendeu fuga. Que tal indivíduo costumava se esconder nas casas dos moradores da localidade. Realizaram as buscas nos pátios de outras residências. Ao chegar na casa do acusado, requisitaram autorização para adentrar na residência, oportunidade em que localizou uma arma de fogo em cima de um berço. Que o réu admitiu a propriedade do artefato. A esposa do acusado presenciou a averiguação. Havia um “pé” de maconha plantado nos fundos da casa.

O **policial Maurício Rivar** disse que possuíam informação de que um indivíduo foragido se escondia naquela localidade. Lá, ao avistar a viatura o indivíduo fugiu, pulando cercas e adentrando nos pátios. Começaram a realizar buscas nas casas, requisitando autorização para os moradores para verificar se o fugitivo não havia adentrado em alguma residência. Na casa do réu, pediram autorização e adentraram. Durante a averiguação, seu colega encontrou uma arma de fogo em um dos quartos. Indagaram o acusado, o qual admitiu a propriedade do artefato. Aprofundando as buscas, localizaram uma planta de maconha nos fundos do pátio. **Que não viu o fugitivo na casa do réu, tendo apenas percebido que o indivíduo tinha ido naquela direção.**

Em que pese o apelante tenha confessado a prática delitativa, o contexto probatório retratado expõe, claramente, a ocorrência de invasão de domicílio visto que os policiais realizaram buscas na casa do réu sem a devida autorização judicial.

Isso porque, conforme narrado pelo acusado, os policiais adentraram na residência e efetuaram as buscas, logrando êxito em encontrar uma arma de fogo, cuja estava guardada em cima de um guarda roupas.

Ainda que os policiais argumentem a necessidade de adentrar na casa do réu em razão de estarem no encalço de um fugitivo, tal situação não lhes autorizava averiguar e efetuar a busca na casa do acusado, a qual restou evidenciada considerando que os policiais, além da arma de fogo, encontraram uma planta de maconha nos fundos da casa do réu.

Não obstante, é de se salientar que o próprio policial Maurício Rivar disse que não visualizaram o fugitivo evadindo-se para casa do acusado, assim como o tal indivíduo sequer foi preso visto que os policias estavam envolvidos com o flagrante do réu.

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, inc. XI, da CF/88). E, para fazê-lo em caso de flagrante



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

delito, deve ser seguido o disposto no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário nº. 606.616/RO, com Repercussão Geral reconhecida (nº. 280)¹, assentou:

*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em **fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. (Grifei).*

Com efeito, os policiais não estão autorizados a invadirem domicílio alheio. Havendo qualquer suspeita, tal deve motivar a obtenção do mandado de busca e apreensão, jamais o ilegal e inconstitucional ingresso na residência.

Nesse sentido:

*EMBARGOS INFRINGENTES. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ABSOLVIÇÃO. No caso concreto, a apreensão da arma de fogo com numeração suprimida que sustenta toda a materialidade delitiva está fundada em prova absolutamente ilícita, pois obtida com violação à proteção do domicílio. **O ingresso de policiais em residências, mesmo diante de informações anônimas da prática de delitos, é permitida apenas quando os agentes tenham, antes da entrada na casa, certeza da situação de flagrante, não sendo a fuga do acusado ao avistar a aproximação da viatura elemento suficiente sobre a existência do delito e sua autoria.** Não há qualquer outro elemento de prova que poderia embasar a condenação que não o produzido ilegalmente apreendido, razão pela qual é impositiva a prevalência do voto minoritário, ao efeito de absolver o acusado do crime descrito na denúncia, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. EMBARGOS ACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70068050376, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 11/03/2016) (Grifei).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE E MANUTENÇÃO DE ARMAS DE FOGO. **INVASÃO DE DOMICÍLIO. ABSOLVIÇÃO.** Na fase policial, o réu declarou que colaborou com os policiais e mostrou onde estavam as armas apreendidas. Contudo, em juízo, relatou que, na data do fato, estava na lavoura quando os policiais chegaram a sua residência, local em que lhe encontraram, pedindo que ele colaborasse, mas já haviam arrombando a casa e procurado pelos objetos ilícitos. Efetivamente, havia desconfianças de que o réu estava mantendo sob sua guarda artefatos bélicos utilizados na prática de outros crimes investigados na localidade. **Contudo, estas circunstâncias não justificam a infringência à garantia constitucional, porque a lei indica qual a providência que deve ser***

¹ Julgado em 5/11/2015.



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

tomada: representação pela obtenção de mandado de busca e apreensão. Não é possível o Estado cometer a violação ao argumento de suspeitar de algum ou alguns indivíduos. Isso certamente acarretaria a possibilidade de ingressar em domicílios de pessoas inocentes. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70053366639, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/06/2014) (Grifei).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. **INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO.** Impetração mal instruída, o que não impede o exame do mérito da questão posta em causa, que é o constrangimento ilegal imposto ao paciente. Da decisão que homologou o flagrante, depreende-se que a Brigada Militar adentrou residência sem mandado de busca e apreensão, o que indica possível invasão de domicílio. Ao que consta dos autos, durante patrulhamento de rotina, policiais militares teriam perseguido o paciente, que fugiu e ingressou em uma residência. Inexistindo mandado de busca e apreensão, o ingresso na residência ocorrido sob o manto do "flagrante delito" somente pode ocorrer quando houver certeza da prática do crime. **A situação de flagrante delito deve ser, como tenho mencionado inúmeras vezes em decisões proferidas nessa matéria, certa, ou seja, antecipada com a qualidade da certeza. Considerando que pode não ter sido observado o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio, restam enfraquecidas, em certa medida, as circunstâncias autorizadoras da prisão.** ORDEM CONCEDIDA. POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70061515557, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/10/2014) (Grifei).

LEI Nº 10.826/03. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ART. 16, CAPUT. POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. LEI 11.343/06. ART. 28, CAPUT. POSSE DE DROGAS. EXISTÊNCIA DO FATO E AUTORIA. Apreensão de três cartuchos intactos calibre .9mm e treze cartuchos intactos calibre .45, todos de uso restrito, e três pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (IN)VALIDADE DA PROVA. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. Os policiais militares ingressaram na residência do réu para capturá-lo, sem mandado de busca e apreensão, por ele apresentar atitude suspeita ao fugir quando avistou a guarnição. Já no interior do domicílio, apreenderam a munição e os entorpecentes. **Informações anônimas autorizam apenas investigação, não permitindo o ingresso em casa alheia sem mandado. Se até para este são necessárias fundadas razões, como admitir que a mera suspeita autorize o ingresso na residência. Ausente outra prova, o resultado é a absolvição.** APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70064261027, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 28/01/2016) (Grifei).



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

No contexto do caso, nula a prisão em flagrante e a prova dela decorrente, porque absolutamente ilegais.
DOU PROVIMENTO ao apelo defensivo para absolver **Fernando Dias de Souza** do delito que lhe foi imputado na denúncia, na forma do artigo 386, VII, do CPP”.

O voto vencedor, da lavra do eminente Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, acompanhado do Desembargador Julio Cesar Finger, restou assim fundamentado:

“Vênia para divergir.

A reconstrução probatória, como operada, não revela a invasão do domicílio do acusado, tampouco ilegalidade do flagrante e da produção da prova.

Em seu interrogatório, o réu confessou o cometimento do delito e disse que os policiais pediram autorização para entrar na residência para realizar buscas atrás de um indivíduo. Relata que autorizou a entrada dos policiais no local e que eles localizaram uma arma de fogo (CD - fl. 133). Os depoimentos dos policiais militares Fernando Dias de Souza e Maurício Rivar são coerentes e uníssonos no sentido de que requisitaram autorização para o réu para verificar se o fugitivo estaria na residência, o que foi franqueado, ocasião em que foi localizada uma arma de fogo (CD – fl. 133).

Nestas condições, não há falar em nulidade no procedimento da prisão em flagrante do réu pelo delito de posse ilegal de arma de fogo. Ademais, consabido que, tratando-se de delito permanente, o ingresso no domicílio deu-se conforme os ditames do art. 5º, XI, da Constituição Federal, eis que o réu colocou-se em flagrante delito desde o momento em que adquiriu a arma de fogo e a manteve sob seu poder. Neste sentido, é o entendimento dos Tribunais Superiores, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 12 DA LEI N.º 10.826/2003). ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. MANDADO REFERENTE DELITO DIVERSO. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. EIVA NÃO CARACTERIZADA. (...) 2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina e jurisprudência. APONTADA OFENSA À INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO E AO DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DELITO. POSSIBILIDADE DE APREENSÃO AINDA QUE SEM ORDEM JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO. (...) 2. Ainda que assim não fosse, não se pode olvidar que nos casos de flagrante de crimes permanentes, como o tratado no presente writ, é permitido o ingresso na residência do acusado sem ordem judicial, com ou sem o seu consentimento, não se vislumbrando, com tal procedimento, ofensa às normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. 3. Recurso improvido.(RHC 39.530/PR, Rel.



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 18/09/2013).

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1ª Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. **Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial.** 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revolver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido (RHC 86082, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240).

Assim, não há falar em nulidade do flagrante, bem como não há ilegalidade nas provas que deste ato derivaram, não sendo verificada ofensa ao art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Desta forma, comprovado o cometimento do delito previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, pelo apelante, impositiva a condenação, como bem posta.

A operação de apenamento está correta.

Fixada a pena-base no mínimo legal, diante dos operadores do art. 59 do Código Penal, como examinados na sentença, definitiva na ausência de causas modificadoras. Regime inicial aberto. Multa também fixada no mínimo. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Nada a reparar.

Mantenho a doutra sentença condenatória por seus próprios e escorreitos fundamentos.

Nego provimento ao apelo".

A denúncia descreve a prática do seguinte fato delituoso:

"No dia 20 de abril de 2015, por volta das 17h15min, na Rua da Antena, n. 3713, Bairro Morro da Cruz, em Taquara (RS), o denunciado Fernando Dias de Souza possuía um revolver marca Taurus, calibre .38, com numeração raspada, municiado com 05 (cinco) cartuchos calibre .38 SPL,



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

marca FMFLB, com ponta ogival, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na oportunidade, os milicianos estavam em patrulhamento nas proximidades do endereço supracitado, momento em que avistaram um indivíduo com mandado de prisão expedido em seu desfavor. A guarnição passou a segui-lo por diversos pátios de casas nas redondezas, visto que empreendeu fuga ao avistá-los. Ato contínuo, ao adentrarem na residência do denunciado Fernando, com a sua permissão, a fim de procurar pelo fugitivo, avistaram em um berço o revólver acima referido. Ao ser indagado sobre a arma, o acusado admitiu que era sua”.

Com a respeitosa vênua do eminente colega que votou em sentido contrário, desacolho os embargos infringentes, devendo prevalecer o voto majoritário.

E, na espécie, restaram suficientemente demonstradas a materialidade e a autoria delitivas por meio da prova colacionada aos autos.

De fato, a apreensão da arma municiada com numeração raspada se deu com ingresso na residência do embargante, sem mandado de busca e apreensão; entretanto, de acordo com os relatos dos policiais, desde o Inquérito Policial, estavam eles diligenciando na captura de um indivíduo, que estava foragido, o qual, ao avistar a viatura, empreendeu fuga, invadindo pátios de diversas residências, tendo eles iniciado uma perseguição a esta pessoa, solicitando autorização de ingresso nas casas, razão pela qual chegaram até a moradia do acusado. Cumpre destacar que somente após ser franqueada a entrada dos policiais pelo réu é que eles entraram na sua residência, encontrando no quarto, a arma apreendida, como ele próprio confirmou.

Assim, no caso concreto, considerando que houve situação de perseguição a um indivíduo que se encontrava na condição de foragido, bem como que o ingresso na residência ocorreu com o consentimento do acusado, não há falar em absolvição por ilicitude da prova decorrente de violação de domicílio.

Pelo exposto, na esteira dos argumentos do voto vencedor, **desacolho** os embargos infringentes.

É o voto.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).



DVHR
Nº 70072193113 (Nº CNJ: 0429505-05.2016.8.21.7000)
2016/CRIME

DES. JULIO CESAR FINGER

Acompanho o eminente Relator, reiterando o voto proferido na Quarta Câmara Criminal, que foi no sentido de acompanhar o voto proferido pelo Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, colacionado pelo Relator.

DR. MAURO BORBA

Com devida vênua ao Relator, mantenho o entendimento quando do julgamento do apelo.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - Presidente - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70072193113, Comarca de Taquara: "POR MAIORIA, DESACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, VENCIDO O DR. MAURO BORBA QUE OS ACOLHIA."

Julgador(a) de 1º Grau: RAFAEL SILVEIRA PEIXOTO

APELAÇÃO
CRIMINAL
70067252577



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO.

Em que pese o acusado tenha consentido com a entrada dos policiais civis em sua residência, restou incontroverso que os policiais pediram a entrada com o fim específico de procurar um foragido da justiça, mas passaram a buscar drogas e armas na residência sem autorização. Inviolabilidade de domicílio que não abrange apenas o limite espacial da residência, mas também o limite da conduta do visitante que ali se encontra. Não é razoável permitir que alguém, pelo simples fato de ter sido autorizado a ingressar no domicílio, possa proceder qualquer tipo de diligência no local sem o consentimento do morador. Não suficiente, não houve qualquer investigação prévia a indicar a prática do delito por parte do réu. De igual forma, não restou caracterizada situação de flagrante delito que pudesse excepcionar a inviolabilidade do domicílio. Apreensão obtida por diligência ilegal. Prova ilícita. Absolvição decretada.

APELO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)

COMARCA DE SAPUCAIA DO SUL

EDMILSON DOS RAMOS DE CASTRO

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, deram provimento ao recurso, para absolver o réu, forte no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.



SMAB
Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO.**

Porto Alegre, 02 de março de 2016.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES,
Relator.

RELATÓRIO

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Adoto o relatório da sentença, no qual constou (fls. 158-165v):

O Agente Ministerial, com base no inquérito policial oriundo da 1ª Delegacia de Polícia desta Comarca, denunciou EDMILSON DOS RAMOS DE CASTRO, brasileiro, solteiro, nascido em 06.02.1984, em Sapucaia do Sul/RS, filho de Pedro de Castro e Eleanara dos Ramos de Castro, residente na travessa Carioca, 98, Carioca, nesta Comarca; imputando-lhe a prática do delito descrito no caput do artigo 33 da Lei Antidrogas. Narra a denúncia:

Até 22 de junho de 2012, cerca de 15h30min, a travessa Carioca, 68, Carioca, nesta cidade, EDMILSON DOS RAMOS DE CASTRO, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vendia, oferecia, tinha em depósito, trazia consigo, guardava, entregava para consumo e fornecia a droga a terceiros, com finalidade de narcotraficância.

Na ocasião, policiais militares, visando a atender denúncia de que havia um foragido da justiça escondido no endereço acima referido, deslocaram-se até o local, onde encontraram o denunciado, em frente à residência, e, com a sua autorização, ingressaram nela e iniciaram as buscas. Lá dentro, lograram encontrar, sobre o fogão, dentro de uma xícara de café, vinte e três pedras de crack, prontas para venda, pesando aproximadamente 3,3 g, e uma buchinha de cocaína, pesando aproximadamente 0,2 g, bem como, no quarto do denunciado, outra pedra de crack, essa maior, pesando aproximadamente 10 g, uma grande bucha de cocaína, pesando aproximadamente 31,4g, além da quantia de R\$ 63,00 em dinheiro, distribuída entre notas de diversos valores.

O denunciado foi preso em flagrante.



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Apreendida (fl. 06), a droga teve sua natureza preliminarmente constatada (fls. 18). Já houve remessa para perícia toxicológica definitiva.

Em 22.06.2012, o auto de prisão em flagrante foi homologado, tendo sido decretada a prisão preventiva do flagrado (fls. 31).

Notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar, com rol de testemunhas, às fls. 51/56.

A denúncia foi recebida em 06.08.2012, ocasião em que foi revogada a segregação cautelar (fls. 76 e verso).

Tendo o acusado comparecido em audiência, restou suprida a citação (fls. 123).

Ao longo da instrução, foram ouvidas três testemunhas de acusação, três testemunhas de defesa e, ao cabo, interrogou-se o acusado (Cds de audiovisual encartados às fls. 105, 120, 127 e 134). Homologou-se, ainda, a desistência da oitiva das demais testemunhas de defesa (vide termo de encerramento de audiência das fls. 104).

Certidão judicial de antecedentes encartada às fls. 135/135.

Encerrada a instrução e convertidos os debates, o Ente Ministerial apresentou memoriais pugnando pela condenação do réu nos termos requeridos na peça inicial, com a fixação de regime inicialmente fechado (fls. 138/141). A defesa do denunciado, por seu turno, ventilou a ilicitude das provas, diante da invasão de domicílio. Teceu consideração acerca do consentimento quanto a entrada dos policiais na residência. Aduziu que inexistia prova da efetiva traficância e pugnou pela desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006. Alternativamente, em caso de condenação, requereu a incidência da causa de redução de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

O réu foi preso no dia do fato 22.06.2012 (fl. 04), sendo expedido alvará de soltura em 06.08.2012 (fl. 79).

Sobreveio sentença de procedência da pretensão acusatória, para condenar **Edmilson dos Ramos de Castro** como incurso no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, à pena de **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão** (pena-base fixada em 05 anos, reduzida em 1/3 em razão do reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado), em regime inicial aberto, **substituída por duas restritivas de direitos**, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 salário mínimo, cumulado com multa de **333 dias-multa**. Assegurado ao réu o direito de apelar em liberdade (fls. 158-165v).

A sentença foi publicada em 18.08.2015 (fl. 165v).



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Intimado pessoalmente da sentença (fl. 193-v), o réu interpôs recurso de apelação (fl. 167).

Nas razões recursais, a defesa sustenta a ilicitude das provas, uma vez que o domicílio do apelante teria sido invadido pelos policiais. Ainda, afirma que prova dos autos não é suficiente para demonstrar a traficância imputada ao denunciado. Assim, requer a absolvição do acusado ou, subsidiariamente, a desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Caso mantida a condenação, pleiteia o redimensionamento da pena (fls. 168-185).

Com as contrarrazões (fls. 187-191), subiram os autos.

Nessa instância, emite parecer a Procurada de Justiça Denise Maria Duro Reis, opinando pelo conhecimento e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso – para o fim de desclassificar o delito para o de posse de drogas, reconhecendo-se, de ofício, a extinção da punibilidade (fls. 195-197v).

É o relatório.

VOTOS

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Eminentes colegas:

A defesa de **EDMILSON DOS RAMOS DE CASTRO** apela da sentença que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, impondo-lhe pena de 03 anos e 04 meses de reclusão. Suscita a ilicitude da prova, em face da invasão de domicílio.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Desde já, adianto que **assiste razão à defesa**.



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

Para introduzir o exame da questão, transcrevo a análise da prova feita pelo magistrado sentenciante:

O policial civil **CARLOS ROBERTO SANTOS DA SILVA** contou que haviam recebido uma denúncia de que um foragido da justiça – de nome Deivit Luis Pedroso – estava escondido no endereço da Travessa Carioca e que em razão disso foram até o local para averiguações. Lá chegando, os moradores estavam na frente da residência e franquearam a entrada. Referiu que durante a averiguação seu colega Neris encontrou, dentro de uma xícara, cerca de vinte e três pedras de crack. Lembrou que, amarrado na cortina do quarto, havia mais uma quantidade de drogas. Questionado, asseverou não conhecer o réu de outras ocorrências e não se recorda se o réu explicou a posse do entorpecente. Referiu que a casa que fica no mesmo terreno, mas na parte de trás, também foi revistada e que ao réu fora explicado o motivo pelo qual procederam a revista (denúncia de que um foragido da justiça estaria escondido ali). Sublinhou que o réu franqueou a entrada dos agentes policiais. Não recorda em qual local o dinheiro foi encontrado.

Na mesma linha é o relato do policial civil **FABIANO RAMIRES PEREIRA**, o qual acresce que, na época, havia uma investigação de tráfico de drogas em andamento. Recordou que, em razão de uma denúncia anônima que dava conta que um indivíduo foragido estaria escondido dentro de uma residência – indivíduo que já era alvo de investigação (Deivit Luis Pedroso), se deslocaram até o endereço onde o réu foi detido. Historiou que ao chegarem no local perceberam a existência de câmeras na residência, voltadas para a rua – a casa se situa, segundo relatou, no fim de um beco e as câmeras estariam viradas para a entrada do beco, em uma espécie de monitoramento. Asseverou que ao réu foi relatado o que estava acontecendo e que este franqueou a entrada na residência, negando dar abrigo ou mesmo conhecer o suposto foragido. Rememora terem feito uma busca no pátio, não logrando êxito em encontrar o foragido. Salientou que o réu ficou bastante nervoso a partir do momento em que passaram a fazer buscar no interior da residência. Assentou que foi seu colega quem, após vasculhar o local, encontrou entorpecentes. Realçou que dentro da casa encontraram o sistema de vigilância e que as câmeras estariam posicionadas estrategicamente para vigiar o beco, para o comércio de drogas. Mencionou já ter escutado falar do réu como traficante, mas em relação ao caso em tela não fora feito campana, por terem ido para prender o foragido, envolvido com o tráfico e assalto a banco.

JOSÉ LUIZ GUIMARÃES NERIS, igualmente policial civil, rememora que, na ocasião, receberam a informação de que um indivíduo teria deixado drogas na casa do réu e este as estaria vendendo na região. Asseverou que o réu permitiu a entrada na residência e que foi durante as buscas que encontrou, dentro de uma xícara, o entorpecente. Sublinhou, ainda, que outra quantidade de drogas foi encontrada amarrada na cortina do quarto. Mencionou haver câmeras de vigilância direcionadas para o beco. Referiu que estavam buscando também o indivíduo foragido, assaltante de banco, que já estava sendo investigado. Disse que não fizeram campana porque a ideia era pegar o foragido, que já estava com mandado de prisão expedido.



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

Se de um lado os relatos dos policiais civis convergem, de outro se lança a tese de que o réu e sua companheira seriam usuários de entorpecentes e que a droga encontrada se destinava unicamente ao consumo.

*No aspecto, **LUCIANE DA SILVA MATOS**, companheira do réu, asseverou ser usuária de entorpecentes há anos. Disse que no dia dos fatos a polícia entrou em sua casa sem autorização e que estava deitada quando da abordagem. Asseverou que a polícia não explicou o motivo pelo qual estava fazendo a revista. Confirmou que seu marido também é usuário e que a droga se destinava para consumo. Questionada, esclareceu que havia comprado drogas (crack) para consumo no fim de semana e que a droga estava escondida dentro de uma xícara, em cima do microondas. Negou ter cocaína, mas referiu lhe ter sido mostrada tal droga. Explicou que usa o crack misturado com maconha, mas não soube esclarecer porque não foi apreendida maconha ou cachimbo para o uso da droga.*

***ANDREA ESTER MARTINS**, testemunha de defesa, apontou saber que o acusado é usuário de entorpecentes (usaria cocaína e pedra com maconha). Confirmou que a companheira do réu também é usuária de drogas. Todavia, não presenciou, efetivamente, a ação dos policiais.*

*O antigo empregador do acusado, **JESUS VINICIUS NEPOMUCENO**, relatou que o réu prestava serviços para sua empresa. Mencionou que o acusado trabalhou como taxista em sua empresa há cerca de dois anos. Aduziu que nunca soube se o denunciado tinha problemas com drogas e que não se envolve na vida dos funcionários.*

*Por fim, ao ser interrogado, o denunciado **EDMILSON DOS RAMOS DE CASTRO** negou as acusações. Afirmou que estava na frente de sua casa, na companhia de de sua esposa e seu irmão menor, quando os policiais chegaram e pediram permissão para adentrar na sua residência, para procurar um indivíduo foragido. Disse ter permitido a entrada dos agentes. Mencionou que os policiais retornaram com a xícara na mão já dando voz de prisão e dizendo que ele seria traficante, conduzindo-o para a delegacia. Alegou que os entorpecentes não estavam embalados e que os comprara após o trabalho, no caminho para casa. Disse que seu cachimbo se encontrava no fogão e que sua esposa não sabia da sua bucha de cocaína escondida na cortina. Para finalizar, referiu que já fora envolvido com furto, mas nunca com tráfico.*

Com a devida vênia ao entendimento exposto pelo magistrado *a quo*, entendo que há indícios de que a prova possa ter sido obtida mediante violação do domicílio do réu.

Isso porque, conforme restou incontroverso nos autos, os policiais militares responsáveis pela ocorrência requereram ao réu a entrada em sua residência com o fim específico de procurar um indivíduo foragido.



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Nesse sentido, por óbvio, em que pese o acusado tenha “consentido” com a entrada dos agentes em seu domicílio, tal consentimento deu-se única e exclusivamente para o fim que lhe foi informado pelos policiais, qual seja, procurar um foragido.

Efetivamente, a Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do domicílio dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, prevendo, já no próprio artigo 5º, XI,¹ as exceções a esta garantia, dentre as quais se destacam o consentimento do morador, o flagrante delito e a autorização judicial.

No caso, como já mencionado, não houve qualquer manifestação de vontade de Edmilson no sentido de autorizar a realização de busca e apreensão por parte dos policiais civis em sua residência. Nessa linha, deve ser ressaltado que a inviolabilidade de domicílio não se refere ao simples limite espacial da residência, mas também sobre o limite da conduta do visitante que ali se encontra.

Ora, não é razoável permitir que alguém, pelo simples motivo de ter tido consentida sua entrada em uma residência, possa proceder qualquer tipo de diligência no local, independente da vontade do morador. Considerando que o agente policial profere o pedido de ingresso no domicílio informando um objeto específico para tanto, qualquer desvio nesse objeto prejudica o consentimento que recai sobre ele e, conseqüentemente, caracteriza violação ao domicílio.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

No caso, é evidente que os policiais foram autorizados tão somente a procurar por um indivíduo foragido, mas passaram a vasculhar a residência em busca de drogas e armas, sem o consentimento do réu.

Importante salientar os policiais não estavam em posse de mandado judicial ou diante de uma situação de flagrante delito que pudesse justificar a busca. Tanto é assim que o Policial Civil José Luiz Guimarães Neris refere em seu depoimento que ele e seus colegas fizeram a busca na residência por cerca de 30 minutos antes de achar qualquer entorpecente, o que indica que a droga não estava em local de fácil acesso, restando afastada a hipótese de flagrante delito *ex ante*.

Não suficiente, merece destaque que não havia qualquer investigação prévia sobre a pessoa do acusado de modo a apontar a prática do delito de tráfico de drogas por parte deste. O que havia era investigação sobre a pessoa de Deivit Luis Pedroso, cuja localização foi indicada como sendo a casa de Edmilson através de uma denúncia anônima. Ou seja, os indícios da prática do delito por parte do acusado eram extremamente frágeis, para não dizer inexistentes, e em hipótese alguma serviriam para autorizar a busca feita em sua residência.

Por fim, consigno ainda que ampliar o âmbito da exceção à inviolabilidade do domicílio com fundamento em cláusulas vagas e abstratas, como "*crime permanente*", conduz, inevitavelmente, à redução do nível de proteção da garantia constitucional, em uma indevida inversão de valores.

Dessa forma, caracterizada a ilegalidade da diligência que levou à apreensão das drogas, impositivo considerar tal apreensão como prova ilícita. Nesse sentido, diante da ausência qualquer outra prova acusatória idônea nos autos, tenho por bem absolver o réu, forte no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.



SMAB

Nº 70067252577 (Nº CNJ: 0410635-43.2015.8.21.7000)
2015/CRIME

Por tais fundamentos, voto por **dar provimento** ao recurso, para absolver o réu, forte no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - Presidente - Apelação Crime nº 70067252577, Comarca de Sapucaia do Sul: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA ABSOLVER O RÉU, FORTE NO ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: TAIS CULAU DE BARROS

APELAÇÃO
CRIMINAL
70058510298



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA MATERIAL. ABSOLVIÇÃO.

A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, art. 5º, inc. XI); excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), nos termos do § 1º do art. 240 do CPP, o juiz, previamente, determinará a *busca domiciliar*, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com *flagrante delicto*. O mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a *situação de flagrante seja percebida ‘ex ante’ pelo agente* que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio. No caso, a averiguação decorreu de informação sobre a presença de um foragido e a existência de armas e drogas no local. Os policiais afirmaram que não conheciam o réu e disseram que, durante o monitoramento, não perceberam movimentação característica de comércio de drogas. Comentaram que havia denúncias sobre possível ocorrência de tráfico de drogas na área, mas não eram precisas quanto ao local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, movimentação típica de comercialização de drogas, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro. Apenas avistaram o réu, saindo da casa com sua mãe, e, em face da notícia da presença de um foragido, resolveram abordá-lo. Nada de concreto até então. Porém, ainda assim, porque o réu correu para o interior da residência, foi perseguido e detido apenas quando já estava dentro da casa, seu domicílio. Somente nesse momento, foi feita a revista pessoal e, após, a revista no local, quando encontram armas, munição e drogas. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto*, carente de fundamento racional apriorístico e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional. Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-
02.2014.8.21.7000)

COMARCA DE CANOAS

VANDERLEI NASCIMENTO DE
PAULA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, dar provimento ao recurso e absolver o réu, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** e **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO.**

Porto Alegre, 29 de maio de 2014.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO,
Relator.

RELATÓRIO



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra VANDERLEI NASCIMENTO DE PAULA, dando-o como incurso nas sanções do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03 (1º Fato); artigo 16, caput, da Lei 10.826/03 (2º Fato); artigo 12, caput, da Lei nº 10.826/03 (3º Fato) e artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (4º Fato), cumulados com o artigo 71 do Código Penal, na forma do art. 61, I, também do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos:

“1º FATO:

Na data de 04 de junho de 2013, por volta das 20 horas, no Setor 1, Quadra S, número 12, em Canoas, o denunciado VANDERLEI NASCIMENTO DE PAULA trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar um revólver calibre 380, marca Colt, de numeração suprimida, de uso restrito, conforme auto de apreensão.

Na oportunidade, Policiais Militares deslocaram para o endereço suprarreferido, tendo em vista que receberam uma denúncia anônima dando conta de que, naquele endereço, um indivíduo foragido do sistema prisional mantinha em depósito significativa quantia de entorpecentes e armas de fogo.

Chegando no local indicado, os agentes públicos permaneceram de campana, a fim de monitorar o local, ocasião em que visualizaram a chegada do denunciado que, ao perceber a presença dos policiais, empreendeu fuga para o interior da residência.

Ato contínuo, o denunciado foi abordado e revistado. Durante a revista pessoal, em sua cintura, foi localizada e apreendida a arma de fogo acima mencionada.

2º FATO:



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Na data de 04 de junho de 2013, por volta das 20 horas, no Setor 1, Quadra S, número 12, em Canoas, o denunciado VANDERLEI NASCIMENTO DE PAULA mantinha em depósito sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar cinco munições calibre 556; onze munições calibre 357; um revólver marca Smith Wesson Magnum, calibre 357; número de série BHH7507; um revólver marca Rossi, calibre 32 de numeração suprimida, uma pistola marca Browning Fabrique Nationale, calibre 9mm Short, número de série 16094, de uso restrito, conforme auto de apreensão.

Nas mesmas circunstâncias e, em continuidade ao 1º fato delitivo, no interior da residência do denunciado, foram apreendidas armas de fogo e munições, acima discriminadas. Cumpre ressaltar que estavam alocadas no interior de um guarda roupas, escondidas embaixo das roupas.

3º FATO:

Na data de 04 de junho de 2013, por volta das 20 horas, no Setor 1, Quadra S, número 12, em Canoas, o denunciado VANDERLEI NASCIMENTO DE PAULA possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar 12 munições calibre 38, de uso permitido, conforme auto de apreensão.

Nas mesmas circunstâncias e, em continuidade ao 1º e 2º fato delitivo, na residência do denunciado foram apreendidas as munições acima referidas.

4º FATO:

Na data de 04 de junho de 2013, por volta das 20 horas, no Setor 1, Quadra S, número 12, em Canoas, o denunciado VANDERLEI NASCIMENTO DE PAULA tinha em depósito, para fins de comercialização e entrega a consumo alheio, cocaína, na forma de uma pedra de crack, pesando aproximadamente 1004,40g, sendo essa substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, de uso proscrito no Brasil, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante auto de apreensão do inquérito policial incluso.

Nas mesmas circunstâncias e, em continuidade ao 1º, 2º e 3º fato delitivo, na residência do denunciado, foi



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

localizada a quantidade expressiva de droga apreendida. A substância foi encontrada dentro de uma bolsa que estava no interior de uma guarda roupas.

Durante a abordagem também foi apreendida uma balança de precisão; um recipiente plástico contendo pólvora; uma Garrucha, calibre 22, sem funcionamento; seis cópias de certificados de registro de arma de fogo; uma câmera de monitoramento, bem como um aparelho celular marca Sony.

Em seguimento, o denunciado foi preso em flagrante delito. A substância foi apreendida e submetida à análise preliminar.”

A denúncia foi recebida em 8 de outubro de 2013 (fls.137/138).

Após regular trâmite processual, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a ação penal, para condenar o réu como incurso nas sanções do artigo 16, caput, da Lei 10.826/03 (1º, 2º e 3º fatos) e artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (4º fato) à pena de 11 anos e 7 meses de reclusão e ao pagamento de 658 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato (fls. 200/210).

Inconformado, o réu apela.

Em razões recursais, alega, em preliminar, nulidade dos depoimentos prestados pelos policiais, pois antes do início da audiência, no saguão do Fórum, combinaram o que seria dito. No mérito, defende a inexistência de prova para a condenação (fls. 218/227).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 228/232).

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 239/243).

É o relatório.

VOTOS

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Tenho que é de ser reconhecida a ilicitude das provas obtidas e, em consequência, ser declarada sua nulidade, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois a apreensão se deu no domicílio do réu sem autorização judicial e ausente situação de flagrância.

No caso, *não encontro*, no caso dos autos, *situação fática que autorizasse a severa restrição de um direito fundamental* – a inviolabilidade do domicílio – que se operou no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé, modo a comprometer a prova da materialidade do delito de tráfico.

Adianto, em estilo sumular, minha conclusão: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas, tenho que, no *caso concreto*, as *circunstâncias da abordagem*, na forma admitida pelas próprias declarações dos policiais, *não evidenciam situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu*, durante a noite, sem permissão e sem mandado de busca a apreensão.

A Constituição Federal não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que à noite, para fazer cessar prática delitiva, em caso de flagrante – ou desastre, ou para prestar socorro, tudo isso sem determinação judicial (artigo 5º, LXI, CF). O crime de tráfico de drogas é permanente, podendo a prisão em flagrante ocorrer, inclusive no período noturno, independentemente da expedição de mandado judicial, determinação judicial que, aliás, só pode ser cumprida durante o dia.

Para além da paráfrase do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, é de recuperar que a regra é a inviolabilidade (a casa como asilo do indivíduo), restringindo-se a tutela constitucional naqueles casos elencados no próprio dispositivo, que funcionam, então, como elementos excepcionais, como tais devendo ser interpretados e aplicados, sempre em harmonia com o programa normativo, que é de proteção do indivíduo.¹ Vale dizer que, se

¹ “A conhecida imagem de que a casa de alguém é o seu castelo (*my home is my castle*, como de há muito dizem ingleses e americanos) dá conta da importância da inviolabilidade



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito.²

O ambiente vital, que confere horizonte de sentido à ordem jurídica em análise, é o Estado democrático de direito, que procura conciliar os dois corações do atual Estado Constitucional, o princípio majoritário (governo da maioria, com soberania popular), e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, inclusive da minoria. Em traço largo, afirmados constitucionalmente os direitos fundamentais, limitá-los e restringi-los é tarefa cometida, *a priori*, ao legislador e, na dinâmica social, ao Poder Judiciário – em ambos os casos, sob escrutínio do princípio da proporcionalidade (não seria demais lembrar que a dogmática da proibição de excesso decorre da necessidade de estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia administrativo, questão datada e localizada nos estados germânicos ao longo do século XIX). Daí a noção de *reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais*, nomeadamente as intervenções restritivas do processo penal. A privação da liberdade, a mais intensa intervenção estatal, em face da presunção de inocência, pressupõe trânsito em julgado de sentença condenatória. As exceções, prisão temporária e preventiva, passam, sempre, pelo prévio crivo jurisdicional. O flagrante, pela óbvia inviabilidade de controle anterior – verificado o *perigo na demora*, por qualquer do povo e mormente pelos

do domicílio para a dignidade e livre desenvolvimento da pessoa humana. Com efeito, a íntima conexão da garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal. Já por tal razão não é de surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e a amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo W. S., Luiz G. Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 401.

² Pra uma noção conceitual da categoria conhecida como *limites aos limites dos direitos fundamentais*, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 394-404.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

agentes estatais no exercício do poder de polícia –, é imediatamente submetido ao juiz.

No que pertine ao caso, *recolher prova*, investigar por meio de escuta telefônica e busca domiciliar, por exemplo, traduz evidente afetação, *ingerência em direitos fundamentais*. Já se vão formando algumas ideias força, fruto de relativa convergência doutrinária³ e de precedentes judiciais (especialmente alemães), aplicáveis à *atividade jurisdicional de ingerência*: (i) a competência, em regra, é do juiz, sendo excepcionalmente cometida aos órgãos de investigação (e mais ainda, acrescento, ao órgãos de policiamento ostensivo); (ii) a regra é a intervenção judicial prévia, sendo excepcional a intervenção judicial após o início da execução da medida; (iii) “Importando uma transferência excepcional de competência, em que a garantia da proteção judicial do direito cede perante o imperativo policial de urgência para a investigação e, desempenhando a reserva de competência atribuída ao juiz uma função de proteção dos direitos fundamentais, o conceito de perigo na demora exige interpretação restritiva, devendo a sua aplicação ser controlada pelo tribunal, com apelo aos princípios e técnicas já desenvolvidos no direito administrativo (e em especial no direito policial) relativamente aos conceitos indeterminados”.

Trata-se de *densificar critérios* que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de *objetivar o controle judicial*, idealmente prévio, às vezes *a posteriori, de atuação do Estado-Polícia*, sobrecarregado, na minha sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de proteção a perseguição penal dos

³ Sigo a síntese conclusiva de MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 433-51.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

delinquentes no interesse da comunidade. Assim que a *inadmissibilidade de provas ilícitas*, que devem ser desentranhadas do processo, na esteira do art. 157 do CPP, é concreto desafio ao *controle judicial posterior apto a expurgar as provas produzidas com violação ou restrição desproporcional a direitos fundamentais*. Vale dizer, só devem subsistir, a amparar o provimento jurisdicional, provas produzidas de acordo com as regras do jogo. À látera e empiricamente, penso que a efetividade do sistema penal passa muito pelo aperfeiçoamento da colheita da prova, por razões de eficiência e justiça.

No escopo de encontrar diretrizes materiais para aferição do caso concreto, que permitam coerência dogmática, e ciente de que um acórdão é um poderoso ato de comunicação, passando significativa mensagem à jurisdição de primeiro grau e às polícias, avanço. Se a intervenção do juiz em regra deve ser prévia à restrição, cabe-lhe igualmente “o controle da verificação dos pressupostos da situação de perigo na demora no caso de intervenção dos órgãos de investigação em sua substituição”. E há duplo risco de frustração da reserva do juiz de ingerência: (a) transformar a exceção (controle posterior) em regra; (b) emprestar excessiva ambiguidade e vagueza aos parâmetros legais que autorizam as intervenções. Permito-me, ainda, destacar quatro tópicos para deslindar o caso em apreço: (i) “Os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, em conjugação com o princípio da legalidade, obrigam o juiz a indicar os concretos fundamentos com que justifica a autorização da medida restritiva de direitos, isto é, com base em que *concreta suspeita (factos indiciados e delimitação temporal dos mesmos)* se impõe a medida de investigação restritiva do direito. Não basta a invocação da norma legal, tão-pouco a mera repetição das palavras da lei.”; (ii) “O conceito de *perigo na demora* deve ser interpretado de modo restritivo. Os órgãos de investigação apenas devem poder agir se, efectivamente, se verificar perigo na demora. A *situação de*



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

perigo terá, portanto, de ser *demonstrada com base em factos concretos*.”; (iii) “A decisão judicial de *validação* de uma medida restritiva de direitos deve assegurar os *mesmos padrões de exigência* impostos à medida de *autorização* (...); (iv) “A verificação de perigo na demora tem de ser *judicialmente sindicável*”.⁴

Escorados em tal gramática, é de voltar os olhos para o processado. Em síntese, a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito – nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas *ex ante*), pelo juiz.

No caso, contudo, os elementos presentes nos autos não são suficientes para comprovar a ocorrência de situação de flagrante perceptível do ponto de vista dos policiais, que se encontravam fora da residência do réu – reitero que o respectivo juízo cognitivo, para ser racional e controlável, só pode aceitar-se *ex ante*. Tampouco se cogita da licitude da diligência policial para realizar busca domiciliar, nos termos do artigo 240, § 1º, “a”, do Código de Processo Penal,⁵ pois sequer foi mencionado que o réu estaria sendo investigado por tráfico de drogas e nem por outros delitos.

As declarações dos policiais que participaram do flagrante foram unânimes no sentido de que receberam informação sobre a presença

⁴ MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 449-50 – grifei.

⁵ Art. 240, §1º, “a”, CPP. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

de um foragido e a existência de armas e drogas no local. Então, monitoraram a área, até que, ao sair da casa, junto com sua mãe, para levar o lixo, o réu avistou a viatura e correu para dentro da residência, quando foi perseguido e, já dentro da casa, foi detido. O policial Paulo Fernando disse que o réu saiu com sua mãe, avistou a viatura e correu para o interior da casa, sendo abordado. O policial Willy Wander disse que avistaram o réu e a mãe saindo com sacos de lixo. Então, ele, que estava escondido atrás de um árvore, foi em direção ao acusado, mas ele entrou correndo na casa, foi perseguido e detido.

O que se tem, então, do teor das próprias declarações dos policiais, é que o réu estava no pátio da casa dele, quando os agentes estatais decidiram abordá-lo. Os policiais disseram que foram ao local para averiguar informações sobre a presença de um foragido. No entanto, todos referem que não conheciam o réu; um deles menciona que conhecia apenas o irmão dele. Também disseram que enquanto estiveram em frente à casa do réu, não perceberam movimentação característica de comércio de drogas. Comentaram que havia denúncias sobre possível ocorrência de tráfico de drogas na área, mas não eram precisas quanto ao local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção a qualquer atitude suspeita, externalizada em atos concretos, movimentação típica de comercialização de drogas, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro. Apenas avistaram o réu, saindo da casa com sua mãe, e, em face da notícia da presença de um foragido, resolveram abordá-lo. Nada de concreto até então. Porém, ainda assim, porque o réu correu para o interior da residência, foi perseguido e detido apenas quando já estava dentro da casa, seu domicílio. Somente nesse momento, foi feita a revista pessoal e, após, a revista no local, quando encontram armas, munição e drogas.

A situação revela *mera suspeita*. O fato ocorreu durante a noite, por volta das 20 horas.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Afigura-se no processado, na sensibilidade deste julgador, diligência policial que se origina possivelmente de *premissa inaceitável* em nosso sistema constitucional, o *direito penal do autor* (o réu encontrava-se no pátio da sua casa), cujo mecanismo, simplificado, parte de informes pretéritos, no mais das vezes anônimos, que assentam a etiqueta de que o indivíduo “é” traficante (no caso, provável foragido). A seguir, quando aleatoriamente a polícia depara-se com “o” traficante, vislumbra “atitude” suspeita, que autorizaria, neste contexto, busca pessoal. Às vezes, apreende drogas com “o” suspeito. Quando a quantidade e as particularidades não são notórias em si, amiúde “o” traficante transmuda-se em, no máximo, “o” usuário – na baliza do Poder Judiciário. Efeitos colaterais: a dúvida instala-se com demasiada facilidade, pela ausência de outros elementos de convicção (que não “o” conhecimento incontestável dos policiais), gerando as naturais desclassificações e absolvições; e nas largas malhas da dúvida, é certo que muitos traficantes encontram guarida. O sistema, assim, permite-se conviver com injustiças e ineficiência.

Observo que o marco legal aponta via diversa, tendo como *pedra angular o direito penal do fato*. Assim, não a atitude suspeita, mas apenas “*fundada suspeita* de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados” *autoriza busca pessoal*, na exata dicção do § 2º do art. 240 do CPP. Implicando *séria restrição da intimidade*, direito fundamental (CF, art. 5º, inciso X), a rigor deveria, no plano ideal, também ser precedida de mandado judicial, mas o perigo na demora, a autorizar a diligência policial, já vai considerado pelo legislador no art. 244, nos casos de prisão, ou de (repete-se a locução) “fundada suspeita” de que esteja na posse de arma ou de outro corpo de delito, ou quando a medida for desdobramento de busca domiciliar. *Suspeita*, para ser fundada, é intuitivo, *precisa fundar-se*, amparar-se em *elementos objetivos* – sem descurar nuances subjetivas, desde que *externalizáveis* (daí o direito penal do fato) –,



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

ainda que indiciados. O foco, nesta hipótese, não seria “o” traficante, mas *condutas e atos, minimamente circunstanciados* e que, na experiência policial, no “id quod plerumque fit”, ou até mesmo na intuição sagaz do agente estatal, constituem *motivação idônea*, é dizer, *racional*, para a *ingerência em direito fundamental*. Ademais, o pressuposto para a busca pessoal autônoma sem mandado, naturalmente, é que o sujeito objeto da medida esteja em via pública, salvo prisão e desdobramento de busca domiciliar, bem como, naturalmente, fuga da abordagem, o que pode substanciar “fundada suspeita”.

Quanto à *busca domiciliar*, a exigência é robustecida, lógica e axiologicamente, somente sendo deferida quando *fundadas razões* a autorizem e para as *finalidades elencadas* nas alíneas “a” a “h” do citado art. 240 do CPP. A motivação, agora, a par de idônea e racional, é necessariamente concreta e com grau apertado de fundamentação.⁶ Por outro lado, salvo situação muito peculiar, cujo ônus demonstrativo é de quem a alegar, de uma busca pessoal (ainda que exitosa) não se passa, num salto pelos direitos e garantias fundamentais, a uma busca domiciliar.

Num terceiro patamar de intervenção, o caso de *flagrante delito*, em que a *urgência*, o perigo na demora, faz com que o sistema constitucional delegue a *qualquer do povo a possibilidade de restringir o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio*. Se a premência e a

⁶ A distinção também é explorada por AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 626, consideradas *fundadas razões* “aquelas externadas por meio de motivação concreta quanto à sua ocorrência e amparadas, senão em início de prova, ao menos em indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida. Divergem, como se vê, das razões que autorizam a *busca pessoal*, para as quais é suficiente a existência de *fundada suspeita* de que alguém esteja na posse dos objetos mencionados em lei (art. 240, § 2º, do CPP), parâmetro este de ordem mais subjetiva e que *dispensa fundamentação ou a indicação de motivos concretos*” (gizei a expressão final) – ressalvo que, pese mais subjetivo o parâmetro da busca pessoal, ao revés do autor citado, tenho convicção de que, como consignei, *necessita igual de motivação idônea, racional, a escorar-se em condutas e atos minimamente circunstanciados*.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

emoção da vida real nem sempre permitem juízo prudente e ponderação cautelosa, o *mínimo que se exige*, pena de esvaziar a garantia, é que a *situação de flagrante seja percebida 'ex ante' pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada*. Do contrário, o que se tem são fundadas razões (para solicitar mandado de busca domiciliar) ou mera suspeita (a indicar que se deve aprofundar a investigação). Em nenhum dos casos, o sistema constitucional autoriza a violação do domicílio. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante, vênia aos que pensam diversamente, é mero *acaso*, mas *não creio que o Estado democrático de direito jogue dados com seus cidadãos*. Não percebida a situação de flagrante, visto que o executor da ingerência não consegue justificar racionalmente porque sua crença era pelo menos verossímil, *não há como sindicat a proporcionalidade da medida* – na ausência de circunstâncias minimamente externalizadas que permitam aferição intersubjetiva. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto, irracional* e, portanto, *desborda das regras do jogo*. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de *provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional*.

Nem é justo para com o agente policial, gize-se, colocá-lo, pressionado pela mídia e pela sociedade, na disjuntiva do tudo ou nada: há de arriscar-se no escuro (no caso dos autos, literalmente, pois na calada da noite); se encontrar algo, honra ao mérito; se infrutífera a busca, sujeita-se a responder por ilícita violação de domicílio. Avento, todavia e noutra linha, que se estiver de boa fé e na prossecução de legítimo interesse público, na *percepção*, ainda que errônea, de um *caso de flagrante*, então a *sistemática do erro é suficiente para dar conta do problema*, cabível, sindicadas as



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

circunstâncias, que a sociedade assuma o risco (que sempre pode ser indenizado, no cível, ao morador inocente).⁷

No contexto dos autos, pese a boa-fé dos policiais, *não há elementos objetivos e racionais a caracterizar, 'ex ante', situação de flagrância, na perspectiva do quem está fora da residência*. Daí porque, em sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal, *desautorizada estava a invasão da casa/domicílio*, por qualquer um, aí incluídos os policiais, cujo ingresso, repito, autoriza-se apenas nas exceções permitidas pelo preceito constitucional (flagrante delito, desastre, prestação de socorro e cumprimento, durante o dia, de mandado judicial).

Neste contexto, a prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio é ilícita, não porque ausente mandado de busca e apreensão, mas sim porque ausentes, no momento da diligência, mínimos elementos indiciários da ocorrência do delito cujo estado flagrancial se protraí no tempo em face da natureza permanente e, assim, autoriza o ingresso na residência sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio. Acresce que, sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes (nomeadamente na figura estática de manter em depósito drogas), a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a

⁷ Certo que noutra intencionalidade e em horizonte diverso (liberdade de expressão e crimes contra a honra/privacidade), desenvolvi o instituto da *prossecação de interesses legítimos* – e creio que alguma analogia é viável – causa de justificação que o direito penal português foi buscar na Alemanha e que se enquadra na categoria dogmática das causas de exclusão da ilicitude, assente no princípio do *risco permitido* integrado com a *ponderação de interesses* (WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, *passim*). Quanto à dimensão cível, confira-se: Reexame Necessário Nº 70042897314, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 22/06/2011.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

consumação de um delito instantâneo, como um homicídio, ou de desmesurada indignidade, como a tortura, por exemplo.

De novo, à exaustão. A mera informação, de que o réu é traficante, gravita na esfera das suposições. É estática e não passa de etiqueta acoplada ao ser humano. Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, *não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio* – parece-me solar o vício lógico do *non sequitur*. Diversamente, a situação de flagrante, mesmo de um crime permanente, é dinâmica, e demanda, para sua mínima caracterização, amparo em fatos concretos e atuais, que não de ser, ao menos, passíveis de exteriorização e individualização.

A informação acerca de eventual traficância no local, embora possa autorizar a abordagem policial, na via pública, para averiguação (caracterizando-se fundada suspeita), não serve, por si só, como indicativo suficiente da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial.

Não se está aqui a afirmar a ocorrência de abuso, arbitrariedade ou mesmo má-fé na atuação policial. Não se pretende, de forma alguma, nunca é demais deixar claro, enfraquecer a atuação policial. Nesta senda, agrego dois considerandos. Primeiro, desimporta a etiqueta verbal, pois é repetida a fórmula, em depoimentos judiciais, de que o sujeito estava em *atitude suspeita*, quando, no mais das vezes, o conceito é de *fundada suspeita*, que deflui perfeitamente do contexto da abordagem (cabe, é claro, às partes do processo penal, acusação e defesa, controverterem, eventualmente, tal circunstância, de modo a esclarecê-la). Segundo, a *percepção da situação de flagrante é suficiente para desencadear uma série*



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

de atividades policiais dinâmicas, inclusive nos desdobramentos usuais de perseguição em caso de fuga.⁸

Resta, ainda, verificar se a solução preconizada colidiria com os precedentes dos tribunais superiores e desta Corte. Respondo negativamente, parecendo-me que a decisão aventada coaduna-se com tal jurisprudência. Início pelo paradigma do STF. Trata-se do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 86.082-6, Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 05/8/2008, unânime. Em suma, a alegação de prova ilícita (denúncia anônima e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio) foi afastada em face do estado de flagrância decorrente do crime permanente (tráfico de substância entorpecente). Da simples leitura da ementa percebe-se que o flagrante resultou de *diligências policiais após denúncia anônima*, com “elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal”, sendo que revolver o substrato fático-probatório era inviável em sede de *habeas corpus*.

Do voto da eminente Relatora, extrai-se que as *investigações* começaram com uma denúncia anônima (ligação de telefone celular dando conta de que um avião com grande quantidade de maconha acidentara-se ao aterrar numa fazenda das proximidades), em função da qual os policiais formaram uma equipe com dois veículos e, no caminho, cruzaram com uma

⁸ “Relativamente ao *flagrante* como escusa permissiva da invasão domiciliar desautorizada, é preciso ter em mente que este se classifica em *próprio*, *impróprio* e *presumido*. (... [discorre sobre as hipóteses do artigo 302, incisos I, II, III e IV, do CPP]) Pois bem, para fins de ser realizada a busca domiciliar sem ordem judicial, basta que se considere o agente em situação de flagrância, não importando qual a modalidade de flagrante tenha se operado na espécie concreta, visto não fazer a Constituição Federal nenhuma ressalva a respeito.” (AVENA, *op. cit.*, p. 628). No mesmo sentido: “A Constituição estabelece exceções à inviolabilidade, que não é absoluta. A qualquer momento é lícito o ingresso no domicílio alheio em caso de flagrante delito, conceito que cabe ao legislador definir. A polícia, dando perseguição ao agente que acabou de cometer um crime, e que se homiziou na sua casa, pode adentrá-la. Quebrado o flagrante, contudo, a invasão é proibida.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Direitos Fundamentais em espécie” In *Curso de Direito Constitucional*. MENDES, Gilmar (org)/COELHO, Inocêncio Mártires. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 483).



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

camionete tripulada por dois suspeitos que, em fuga, jogaram fora um pedaço da fuselagem de um avião. Ao chegarem à fazenda, encontraram o avião e 470kg de maconha escondida no mato, coberta por lona preta. Nos autos, ainda, informação da polícia civil de “uma ligação anônima” que referia, na localidade de Pindayassu, ter visualizado diversas vezes uma aeronave pousar numa das granjas, fora da temporada de plantio e pulverização de arroz, indicando alguma atividade ilícita. Neste contexto, o STF considerou que os dados repassados ao policial civil (oriundos de denúncia anônima) “ensejaram a realização de diligência policial, sendo que no trajeto ao local indicado *sobrevieram elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal.* (...) Há elementos que apontam, no caso concreto, para a situação de flagrância (...) a autorizar que os policiais possam adentrar o domicílio das pessoas suspeitas sem necessidade de ordem judicial para o fim de reprimir e fazer cessar a prática delituosa.”.

Como se vê, uma distância oceânica do caso dos autos, sendo o único elemento comum o conceito dogmático de crime permanente a revestir o tráfico (nalgumas modalidades do tipo de conduta múltipla previsto no art. 33 da Lei de Drogas). Fica claro, então, como afirmei antes, que a natureza de crime permanente não autoriza flagrante sem que se perceba, via elementos concretos (ainda que indiciários), mercê de diligências policiais (ou até do acaso), a situação de flagrância.

Destaco, a seguir, decisão do STJ no *Habeas Corpus* nº 188.195 – DF, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/10/2011. No caso, os policiais adentraram na residência do réu sem mandado judicial e apreenderam 314 latas metálicas de *merla* (um composto do alcalóide cocaína), substância que era mantida em depósito e que perfazia um toda de mais de 9kg de massa bruta, além de outras porções de crack e de outra forma compactada do alcalóide. Refere o voto do Relator que o Tribunal *a quo*, ao rejeitar a preliminar que buscava o reconhecimento



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

de que a prova era ilícita, destacara as *circunstâncias da situação de flagrante*. Provocados por denúncia anônima, dirigiram-se os policiais ao local da apontada traficância, “e, ao avistarem por debaixo do portão da casa uma lata com formato igual àquela utilizada para guardar merla, adentraram na residência (...) os policiais avistaram, por baixo do portão, em uma fresta, em cima da caixa de gordura, uma lata semelhante à usada para guardar merla”. Daí a conclusão, ratificada pelo STJ, de que não houve irregularidade/ilegalidade “na conduta dos policiais que tinham o dever de verificar a veracidade da denúncia, e, diante de fortes indícios da prática do crime no interior da residência do réu, realizaram o flagrante. Desta feita, a diligência realizada foi apenas uma das etapas da apreensão de droga, precedida inicialmente pela denúncia anônima que culminou por ser devidamente confirmada”.

Mais uma vez, mercê de diligência policial, colheu-se indício visual da existência de drogas, sempre *ex ante* ao ingresso no domicílio, ou seja, a situação de flagrante foi percebida pelos agentes policiais, da perspectiva de quem está fora da casa.

Finalmente, refiro dois precedentes desta Câmara cuja similitude dispensa maiores comentários: Apelação crime nº 70042588988, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/11/2011 e Apelação crime nº 70049459191, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012.⁹

⁹ APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. A prova produzida sob contraditório judicial não permite embasar a decisão condenatória, pois derivada da ilícita apreensão de drogas no quarto de hotel onde estava hospedada uma das acusadas. No caso, os policiais, ao avistarem a ré saindo o hotel, abordaram-na, mas com ela não encontraram nada. Entretanto, porque tinham recebido denúncias anônimas de que no local ocorria tráfico de entorpecentes, subiram até o quarto do hotel, nele ingressaram, não achando nada, e depois ingressaram também no quarto ao lado, onde localizaram pedras de crack. *A autorização constitucional de ingresso em domicílio alheio nos casos de flagrante delito depende da existência de indícios concretos da prática*



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Expostos tais parâmetros e fundamentada a análise do caso em exame, concluo que, demonstrado que os policiais ingressaram na residência do réu, durante a noite, sem mandado judicial e sem permissão para tanto, não perceptível situação de flagrante, maculada está a legalidade do ato, o que *vicia as apreensões* e, por consequência, *afeta*, no contexto dos autos, o *reconhecimento da materialidade* do delito de tráfico.

Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso e absolver o réu, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

do crime no local e no exato instante. Ausente esses indícios, o ingresso no local depende de autorização judicial. Afora isso, no caso concreto, há dúvida relevante sobre quem seria o responsável pelo quarto onde foi localizada a droga, se as acusadas ou se um casal de homossexuais, abordados juntamente com a ré, mas liberados porque sem registros policiais. Dúvida essa que, na ausência de identificação dos homossexuais pela polícia, e também porque não identificada a recepcionista do hotel pelos policiais, deve ser resolvida em favor da defesa. Ausência de apreensão de quaisquer instrumentos utilizados na traficância. Presença de indícios concretos do uso de drogas no local. Insuficiência de provas válidas a impor a absolvição das acusadas. RECURSO PROVIDO. Grifou-se.
APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA E INSUFICIENTE. INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. 1. No âmbito criminal, a prova, para dar suporte a um juízo condenatório, há de ser lícita, robusta e consistente. No caso dos autos, com base em uma comunicação anônima, os policiais abordaram o réu que trafegava em um veículo e com ele teriam encontrado uma bucha de cocaína. Em razão disso, ingressaram, sem o seu consentimento, no quarto do hotel onde o acusado tinha estabelecido seu domicílio, e lá teriam encontrado dois tabletes da mesma droga. 2. Ausência de indícios *concretos e convergentes* de que o *quarto do hotel era um ponto de tráfico, ou mesmo da existência de drogas no local. Abordagem do acusado na rua. Ausente qualquer justificativa para o ingresso desautorizado dos policiais no domicílio do réu. Ilicitude que contamina o restante do contexto probatório.* Absolvição decretada. APELO PROVIDO. Grifou-se.



JWN

Nº 70058510298 (Nº CNJ: 0043592-02.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70058510298, Comarca de Canoas: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E ABSOLVERAM O RÉU, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA POR ESTE PROCESSO. SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO"

Julgador(a) de 1º Grau: ANDREA REZENDE RUSSO

APELAÇÃO
CRIMINAL
70053352407



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. POSSE DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO.

Violação de domicílio. Há séria dúvida sobre ter ocorrido invasão de domicílio. Os policiais estavam perseguindo foragido da polícia que adentrou na residência. O ingresso na residência ocorreu à noite, em afronta ao art. 293 do Código de Processo Penal e art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Ausência do Ministério Público. O representante do Ministério Público esteve ausente na audiência em que foram ouvidas duas testemunhas, dados nos quais a condenação restou respaldada. O modelo de Estado Democrático de Direito prevê que a jurisdição seja exercida na forma da imparcialidade do julgador. E a imparcialidade, no seu sentido formal, somente pode ser exercida se houver a obediência ao procedimento legal. A prova produzida nesta audiência não pode ser utilizada para corroborar a condenação. Precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

Insuficiência de provas. O réu, na fase policial, ficou em silêncio e, em juízo, foi declarado revel e, portanto, não interrogado. A arma de fogo foi encontrada embaixo de um colchão no interior de uma residência em que havia diversas pessoas. O réu, segundo consta nos autos, teria dito aos policiais, **informalmente**, quando preso, que a arma de fogo lhe pertencia, porém a única testemunha cujo depoimento é válido não se recordou desse fato. Impossibilidade de respaldar a condenação em dados exclusivamente colhidos durante o inquérito policial – art. 155 do Código de Processo Penal.

Atipicidade. A absolvição também se respalda na atipicidade do fato. A conduta de possuir irregularmente arma de fogo e munição de uso permitido é atípica, tendo em vista que a Portaria nº 797/11 admite a entrega dos artefatos pelos proprietários e possuidores. Ainda, o art. 69 do Decreto nº 5.123/04 e o art. 32 da Lei nº 10.826/03 presumem a boa-fé dos possuidores, inexistindo prazo específico para o término do procedimento de entrega dos artefatos.

APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-
90.2013.8.21.7000)

COMARCA DE IJUÍ

JEFERSON LUIS SANTANA AZORIO

APELANTE

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso para absolver o réu do delito descrito no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003, com fulcro no art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR)** **E DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO.**

Porto Alegre, 19 de setembro de 2013.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Na sentença, o Dr. Eduardo Giovelli consignou o seguinte relatório:

O MINISTÉRIO PÚBLICO, por seu representante legal, denunciou **JEFERSON LUIS SANTANA AZORIO**, já qualificado à fl. 02, por infração ao art. 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, porque:

“No dia 27 de novembro de 2010, por volta das 22h40min, na Avenida São Luis, nº 2053, no bairro Getúlio Vargas, em Ijuí/RS, o denunciado (...) mantinha sob sua guarda a espingarda, calibre 36, sem marca aparente, coroa de madeira, de tiro unitário simples, numeração 150974 (...), acabamento oxidado, em condições normais de uso e funcionamento, conforme exame pericial de constatação de funcionamento de arma de fogo da fl. 35/36; e um cartucho intacto de uso permitido, ambos sem numeração e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Na oportunidade, o denunciado mantinha sob sua guarda a arma e fogo e a munição supracitadas, as quais foram apreendidas por Policiais Militares no interior da supramencionada residência.”

Houve prisão em flagrante do réu, cujo auto restou homologado à fl. 17, sendo concedida liberdade provisória do réu, após manifestação do Ministério Público (fls. 73/74).

A denúncia foi recebida no dia 16/05/2011 (fl.83 e verso).

O réu, citado (fl. 85-v-86), apresentou resposta à acusação (fl. 87). Sobreveio decisão pela não aplicação do artigo 397, do CPP (fl. 88).

Aportou o Laudo do Instituto-Geral de Perícias referente à arma apreendida (fls. 89/92). Decretada a revelia do acusado, por ter mudado de endereço sem comunicar o juízo (fl. 100). Durante a instrução do processo foram inquiridas três testemunhas (fls. 105/106 e 119/120).

Antecedentes criminais atualizados (fl.123).

Em memoriais, o Ministério Público postulou a procedência da ação penal, por entender comprovadas autoria e materialidade delitivas. Disse que na data do fato não vigia mais a *abolitio criminis* temporária do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, razão pela qual a conduta do réu é típica.

A defesa, por sua vez, requereu a total improcedência da ação penal e a conseqüente absolvição do réu, sustentando que o Decreto 7.473/2011 estabeleceu nova campanha de entrega de armas, não estabelecendo termo *a quo* para que os cidadãos entreguem as armas à autoridade competente, caracterizando nova *abolitio criminis* em relação ao crime pelo qual foi denunciado o réu.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Acrescento que restou o réu condenado como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei nº 10.826/2003, às penas de 1 ano de detenção, no regime aberto, e 10 dias-multa, no valor unitário de 1/10 do salário mínimo vigente na data do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (fls. 133-139).

O réu, pelo Dr. Marcos Vinícius Martins, Defensor Público, interpôs recurso de apelação requerendo a absolvição do acusado, com base no art. 386, III, do Código Penal, pela *abolitio criminis*, e, subsidiariamente, postulou o redimensionamento da pena imposta, com o reconhecimento da atenuante de menoriade do agente e a exclusão ou a minoração da pena de multa (fls. 141-156).

O Ministério Público, pelo Dr. Valério Cogo, Promotor de Justiça, requereu a manutenção da sentença (fls. 158-166), e, em segunda instância, pelo Dr. Roberto Neumann, Procurador de Justiça, opinou pelo parcial provimento do recurso para que seja reduzida a pena pecuniária devido à condição social do réu (fls.166-169).

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

I. Invasão de domicílio

Verifica-se que a apreensão da arma de fogo e a prisão do réu ocorreram com inobservâncias às normas da inviolabilidade de domicílio.

Inicialmente cabe destacar que o fato ocorreu à noite, às **22h40min**, conforme consta na denúncia. Extrai-se das peças produzidas no inquérito policial e da palavra dos policiais em juízo que os agentes estavam perseguindo um foragido da polícia. Neste ponto cabe explicitar uma



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

imprecisão: consta no boletim de ocorrência (fl. 8) que foi solicitado o apoio da viatura policial em um local “onde teria uma motocicleta na condição de furtada”, tendo havido perseguição ao provável “foragido”; por outro lado, nas declarações policiais (fl.17) consta que “foram solicitados para dar apoio à viatura P2, pois estavam averiguando uma motocicleta conduzida por um suposto foragido da polícia”. A segunda versão, de que havia perseguição a um foragido da justiça, está respaldada também nas declarações de fls. 18-19. De qualquer modo, consta nas declarações policiais de fl. 17 que a motocicleta não era furtada.

Nas declarações dos policiais Juliano Martins e Edson Maurício há informação de que, após o referido indivíduo adentrar na casa, os agentes ali também ingressaram (fls. 18-19). Apenas a policial Caroline menciona que houve pedido para entrada na residência (fl. 17). Tal autorização, contudo, não foi mencionada em juízo.

Não está suficientemente claro nos autos quem seria o proprietário do imóvel, mas o policial Juliano, em juízo, afirmou que o réu se identificou como responsável pela casa (fl. 105).

Com efeito, há séria dúvida sobre não ter sido respeitado o procedimento constitucional e legal para o ingresso na residência. Ainda que houvesse um indivíduo foragido no local, não foi atendido o art. 293 do Código de Processo Penal:

Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; **sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.**



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

A respeito da garantia da inviolabilidade de domicílio assim já me manifestei:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. NULIDADE SUPERADA. ABSOLVIÇÃO. Uso de algemas. Verificado que o réu permaneceu algemado durante a audiência de instrução, sem que tenha sido consignada justificativa. Violação à Súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Nulidade não declarada porque o mérito é mais favorável. Reconhecimento da nulidade por maioria. Ausência de prova da materialidade. O laudo pericial apenas identificou a presença de canabinoides, característicos da espécie vegetal Cannabis Sativum. Este vegetal é previsto na lista E como possível de originar substâncias psicotrópicas ou entorpecentes. Entretanto, na Lista F2 da Portaria 344/98 da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - que delimita as substâncias de uso proscrito no Brasil não há menção à canabinoides, somente a THC (Tetraidrocanabinol) - sobre o que não houve menção no exame realizado. Nesses termos, é permitida conclusão de que o material apreendido pode não se tratar ou conter substância entorpecente. A prova criminal deve ser clara, escorreita. No caso a prova pericial deve indicar que se trata da substância prevista nas normas da ANVISA, sob pena de gerar dúvida. Nesse caso, a prova pericial, descaracterizada, não possibilita a condenação. Decisão por maioria. Inviolabilidade do domicílio. Não restou demonstrada a situação de flagrante delito apta a excepcionar a proteção conferida por força do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Havendo suspeita da prática de delito em algum domicílio/residência é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. A lei não permite atalhos, nesse caso e, somente no caso de haver certeza da prática de ilícito penal é que fica autorizada a exceção do inciso XI do art. 5º da Constituição. E, para ter certeza, o policial deve ter tido condições de visualizar a prática do ilícito, ou de ouvir ruídos ou vozes nesse sentido. Noutras situações, impõe-se a obtenção do prévio mandado judicial. A casa, como ASILO INVOLÁVEL do indivíduo, implica a necessidade do prévio mandado de busca e apreensão, caso contrário a residência/domicílio não seria ASILO. Deste modo, corolário lógico é a ilicitude da prova e, com sua inutilização, impõe-se a absolvição dos acusados por ausência de provas da existência do fato. Teoria dos limites/restrições dos direitos fundamentais e limites dos limites. Se os direitos fundamentais não são absolutos, existem direitos que não se sujeitam a reservas legais, outros que se sujeitam a reservas legais simples e outros, ainda, que se sujeitam a reservas legais qualificadas. De qualquer modo, havendo restrições diretas ou indiretas, o princípio regente é o da reserva de lei restritiva e, sobretudo, o princípio da interpretação restritiva. O direito consignado no inciso XI do art. 5º da Constituição, portanto, não pode receber interpretação ampliativa de modo a viabilizar violações do domicílio, do asilo, sem base constitucional.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

NULIDADE SUPERADA. DECISÃO POR MAIORIA. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053376927, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/09/2013)

Este contexto fragiliza, pois, a acusação e corrobora a absolvição por insuficiência de provas, como será a seguir demonstrado.

II. Ausência do Ministério Público

Destaco que o representante do Ministério Público não esteve presente na audiência realizada na data de 19 de março de 2013, na qual foram ouvidas duas testemunhas (fls. 105-107).

Com efeito, em que pese o posicionamento anterior, no sentido de que a ausência do órgão acusador configura nulidade, após profunda reflexão passei a reconhecer que a prova produzida sem a presença da acusação deve ser desconsiderada, não servindo a fundamentar a condenação.

É imperioso destacar que na solenidade em que comparece a testemunha e não o representante do Ministério Público deve o magistrado indagar a defesa sobre o interesse na oitiva da testemunha e, havendo, passar, de pronto, a palavra ao defensor para elaboração de seus questionamentos. Apenas de forma suplementar, nos moldes do parágrafo único do artigo 212 do Código de Processo Penal, pode proceder à inquirição de forma **complementar**, mas nunca atuando em substituição ao acusador constitucionalmente estabelecido.

Na atual configuração do processo penal democrático, considerando os ditames de um sistema acusatório, as funções de acusador e julgador são previamente estabelecidas e delimitadas, não podendo haver a substituição de um pelo outro. Assim, a **gestão da prova** deve ficar adstrita as partes e não ao julgador.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

A propósito, insta transcrever trecho da obra de Aury Lopes

Júnior:

A mudança foi muito importante e adequada, para conformar o CPP à estrutura acusatória desenhada na Constituição que, como visto anteriormente ao tratarmos dos sistemas processuais, retiro do juiz o papel de protagonista da instrução. Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático.

Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, complementar a inquirição.

(...)

A situação é ainda mais grave quando o Ministério Público não está na audiência e, diante da ausência do acusador, assume o juiz esse papel, formulando as perguntas. Neste caso, mais do que protagonista, o juiz assume uma postura substitutiva do acusador, em flagrante incompatibilidade com o sistema acusatório, a imparcialidade e a própria igualdade de armas¹.

Assim, a redação do art. 212 do Código de Processo Penal é clara e de fácil compreensão. Todavia, a resistência revela que é dificultoso o abandono da lógica inquisitória, que deve ser superada com a adoção dos postulados de um sistema democrático-acusatório. De nada adianta uma simples mudança legislativa sem uma ruptura paradigmática, apta a ensejar o alcance da finalidade da norma.

Nestes termos, não tendo sido observada a mudança procedimental, tem-se a **falta de iniciativa do órgão acusador na produção da prova**. Cabe ressaltar que a ausência do Ministério Público

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 651-655.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

viola até mesmo o princípio do contraditório, que pressupõe a presença das duas partes – defesa e acusação. . Há precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre constante do julgamento do REsp 1259482/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011.

No ponto, transcrevo ainda precedente do Des. Nereu José Giacomolli:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DA ACUSAÇÃO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROVA INVÁLIDA. ABSOLVIÇÃO. A ausência do Ministério Público da audiência de instrução, quando devidamente intimado e nos casos de ação penal de iniciativa pública, conduz à ausência de provas válidas a autorizar a procedência da denúncia. A substituição da atividade acusatória pelo magistrado inviabiliza o efetivo contraditório e desequilibra a estrutura acusatória do processo. Precedentes do STJ e dessa Câmara Criminal. No caso, houve uma única audiência de instrução, na qual foram inquiridos dois policiais, estando ausente o Promotor de Justiça, sem que houvesse produção de outros elementos de prova. Absolvição decretada. APELO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70052753704, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 23/05/2013)

Desta forma, cabe analisar o restante do conjunto probatório, a fim de se verificar se existem elementos para a condenação do réu.

III. Materialidade

A existência do fato está demonstrada pelo auto de apreensão de uma espingarda calibre 36, nº 150974, e de um cartucho também calibre 36 (fl. 11). Foi formulado o Laudo Pericial DF-24646/2010 (fls. 38-39) que concluiu que “a arma questionada encontra-se em condições de uso e funcionamento”. A também arma foi encaminhada à Seção de Química-Legal e, no Laudo Pericial nº Q-10723/2011 (fls. 90-91), afirmou-se que “o seu número de série, gravado originalmente pelo fabricante na região pósterio-inferior do bloco usinado, apresentava-se inalterado, na seguinte



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

disposição: **150974**. As gravações identificadoras da arma estavam desgastadas pela ação do tempo e uso de o acabamento foi descaracterizado”.

IV. Autoria

O réu não foi interrogado em juízo em razão da decretação da sua revelia (fl. 100). A revelia foi adequadamente decretada, uma vez que, quando colocado em liberdade (fl. 77 v.), o réu indicou o seu endereço e prestou compromisso de não modificá-lo sem comunicação ao juízo. Após, foi citado no mesmo local (fl. 86). Todavia, no memento da tentativa de intimação para proposta da suspensão condicional do processo, não foi mais localizado no local (fl. 96). Incidente, então, a previsão do art. 367 do Código de Processo Penal. Perante a autoridade policial, o réu utilizou do seu direito de permanecer em silêncio (fl. 20).

Desconsiderando-se a prova produzida na audiência de fls. 105-107, resta apenas o depoimento da testemunha Caroline (fls. 119-120), policial militar, que pouco se recordou acerca do fato. Essa testemunha referiu que havia diversas pessoas na residência em que foi encontrada a arma de fogo. Quando questionada sobre se o réu aduziu ser o proprietário da arma de fogo, **respondeu que não se recordava** (fl. 120).

Cabe ressaltar que, na fase policial, a autoria foi imputada ao réu porque ele teria, informalmente, dito que era o dono da arma de fogo aos policiais (fls. 17-19), inclusive a Caroline. Corroborando a insuficiência probatória, contudo, cumpre esclarecer que o artefato foi encontrado embaixo de um colchão e não diretamente na posse do réu (fl. 20)

Conforme se verifica, inexiste prova judicial para corroborar a condenação do acusado. Elementos meramente indiciários, por outro lado,



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)

2013/CRIME

não podem fundamentar, exclusivamente, a condenação, na previsão do art. 155 do Código de Processo Pena.

Por essas razões, impositiva a absolvição do acusado por insuficiência de provas.

V. Tipicidade

Outro fundamento que impõe a absolvição do acusado é a própria atipicidade de possuir arma de fogo. Com efeito, dispõem os artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/03:

Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei.

Parágrafo único. Para fins do cumprimento do disposto no caput deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na forma do § 4º do art. 5º desta Lei.

(...)

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Após o advento da Lei nº 11.922/09, ficou estabelecido, em seu art. 20, que *“Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5º e o art. 30, ambos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003”*. Destarte, constata-se que o prazo derradeiro supracitado se refere tão somente ao art. 30 do Estatuto do Desarmamento, direcionado aos possuidores e proprietários que almejam regularizar a posse dos artefatos bélicos.



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Entretanto, a entrega das armas de fogo, munições e acessórios por seus possuidores e proprietários continua possibilitada, tendo em vista a edição da Portaria nº 797, de 5 de maio de 2011. Este dispositivo normativo, inclusive, não prevê prazo específico para o término do respectivo procedimento.

Ademais, mister se faz destacar que o Decreto nº 7.473/11 alterou o Decreto nº 5.123/04 – que regulamenta o Estatuto do Desarmamento – alterando a redação de seu art. 69: *“Presumir-se-á a boa fé dos possuidores e proprietários de armas de fogo que espontaneamente entregá-las na Polícia Federal ou nos postos de recolhimento credenciados pelo Ministério da Justiça”*. Desta forma, o decreto regulamentador, tal qual a Lei nº 10.826/03, presume a boa-fé dos possuidores de armas de fogo

Destarte, a legislação tornou atípica a conduta descrita no tipo do art. 12 do Estatuto do Desarmamento. No caso concreto, o réu foi denunciado por possuir arma de fogo de uso permitido e munição *“em desacordo com determinação legal ou regulamentar”*. Assim, esta hipótese denunciada é atípica (fl. 2-2v.)

A despeito de a conduta ser formalmente tipificada no artigo supramencionado, é impossível negar vigência aos dispositivos que presumem a boa-fé do possuidor – o que configura verdadeira *“abolitio criminis”* da norma. Inicialmente, o que se constata é uma antinomia da presente legislação, mas a legalidade da norma penal, enquanto garantia do cidadão frente à ingerência do Estado em sua liberdade, implica a interpretação mais favorável ao réu.

Desse modo, a absolvição do réu também impõe-se com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

VI. Dispositivo



DVHR

Nº 70053352407 (Nº CNJ: 0059865-90.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolver o réu do delito descrito no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003, com base no art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70053352407, Comarca de Ijuí: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER O RÉU DO DELITO DESCRITO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI 10.826/2003, COM BASE NO ART. 386, III E VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: EDUARDO GIOVELLI

APELAÇÃO
CRIMINAL
70054293717



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

APELAÇÃO CRIME. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILCITUDE DA PROVA MATERIAL. ABSOLVIÇÃO.

A inviolabilidade do domicílio é a regra (CF, art. 5º, inc. XI). Excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com *flagrante delicto*. O mínimo que se exige, pena de esvaziar a garantia, é que a *situação de flagrante seja percebida 'ex ante' pelo agente* que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada. Dizer que nos crimes de natureza permanente, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio. Embora conste que os policiais estavam fazendo campana no local e teriam avistado "movimentação intensa de pessoas", o que se tem, do teor das próprias declarações dos policiais, é que na residência do réu estava apenas o seu filho, quando os agentes estatais ingressaram na residência. As circunstâncias, embora pudessem autorizar a busca domiciliar, para averiguação (caracterizando-se fundadas razões, eis que teriam notícia de que foragido estaria escondido no local), não serviam, por si só, como indicativos suficientes da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto*, carente de fundamento racional apriorístico e, portanto, desborda das regras do jogo. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional. Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu.

RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-
27.2013.8.21.7000)

COMARCA DE SÃO LEOPOLDO



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

MIGUEL DE ARCANJO
NASCIMENTO

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, absolver o réu. Proferiu declaração de voto o Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO.**

Porto Alegre, 05 de setembro de 2013.

DES. JAYME WEINGARTNER NETO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra MIGUEL DE ARCANJO NASCIMENTO, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 33 da Lei 33 da 11.343/06 e 16 da Lei 10.826/03, pela prática dos seguintes fatos delituosos:



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

1º fato

No dia 07 de outubro de 2011, por volta das 11h30min, na Rua Carlos Loureira de Araújo, 325, no interior da oficina mecânica Chapecó, bairro Feitoria, nesta cidade, o denunciado guardou e tinha em depósito, para consumo pessoal, duas petecas de cocaína, totalizando a quantia de 4,68 gramas, droga de uso proscrito no território nacional e que causa dependência psíquica e física, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme laudo toxicológico da fl. 190.

Na ocasião, policiais militares, em atendimento a denúncias anônimas de que o local acima indicado seria ponto de tráfico de drogas, dirigiram-se até o endereço, observaram por vários minutos a movimentação até a chegada de um veículo no qual do qual o motorista, após descer do carro, movimentou-se como se estivesse colocando uma arma de fogo na cintura, razão pela qual foi abordado. Em revista pessoal e do veículo, os policiais localizaram droga antes referida.

Ainda, na posse do denunciado, além da droga e da arma de fogo, havia uma folha de caderno com vários valores anotados, R\$ 4.507 (quatro mil quinhentos e sete reais) em notas trocadas e R\$ 3,05 (três reais e cinco centavos) em moedas, conforme auto de apreensão da fl. 78 do Inquérito Policial.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar do primeiro fato, o denunciado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, arma de fogo de uso restrito, qual seja, pistola semiautomática 9mm, marca FMH1 POWER, de fabricação argentina, número de série 354765, acabamento oxidado, bem como vinte e cinco (25) munições de calibre 9mm. 38,. 0.40, conforme auto de apreensão (fl. 78 do Inquérito Policial).

Ao agir, após realizarem a abordagem descrita no primeiro fato, os policiais apreenderam a arma de fogo e munições acima descritas na posse do denunciado, que foi preso em flagrante.

A arma é capaz de efetuar disparos, conforme auto de constatação de funcionamento da arma de fogo (fl. 102 do Inquérito Policial).



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Houve aditamento da denúncia aos efeitos de desclassificar a conduta do acusado para porte de drogas, mantendo o delito de posse de arma de fogo de uso restrito.

Após regular instrução, sobreveio sentença de procedência da ação penal, condenando Miguel de Arcanjo Nascimento como incurso nas sanções do artigo 16, "caput", da Lei 10.826/03, à pena de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa no valor mínimo; e artigo 28 da Lei 11.343/06 à pena de 01 (um) mês de prestação de serviços à comunidade (fls. 262/264).

Inconformado, o réu busca a reforma da decisão. Em razões, sustenta que a droga lhe pertencia, pois é usuário de substância entorpecente. No tocante à arma, aduz que não lhe pertencia e que estava guardando para um amigo. Discorre acerca de como foi efetuada a prisão em flagrante, bem como do abuso de autoridade. Ao final, requer seja declarado no dispositivo quantas horas semanais terá de prestar serviços à comunidade (fls. 278/284).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 285/288).

Nesta instância, o Dr. Procurador de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 290/293).

É o relatório.

VOTOS

DES. JAYME WEINGARTNER NETO (RELATOR)

Tenho que é de ser reconhecida a ilicitude das provas obtidas e, em consequência, ser declarada sua nulidade, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois a apreensão se deu no domicílio do réu sem autorização judicial e ausente situação de flagrância.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

No caso, *não encontro*, no caso dos autos, *situação fática que autorizasse a severa restrição de um direito fundamental* – a inviolabilidade do domicílio – que se operou no exercício do poder de polícia, ainda que de boa-fé, modo a comprometer a prova da materialidade do delito de tráfico.

Adianto, em estilo sumular, minha conclusão: sem desconsiderar a natureza permanente do delito de tráfico de drogas, tenho que, no *caso concreto*, as *circunstâncias da abordagem*, na forma admitida pelas próprias declarações dos policiais, *não evidenciam situação de flagrância a autorizar o ingresso na residência do réu*, durante a noite, sem permissão e sem mandado de busca a apreensão.

A Constituição Federal não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que à noite, para fazer cessar prática delitativa, em caso de flagrante – ou desastre, ou para prestar socorro, tudo isso sem determinação judicial (artigo 5º, LXI, CF). O crime de tráfico de drogas é permanente, podendo a prisão em flagrante ocorrer, inclusive no período noturno, independentemente da expedição de mandado judicial, determinação judicial que, aliás, só pode ser cumprida durante o dia.

Para além da paráfrase do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, é de recuperar que a regra é a inviolabilidade (a casa como asilo do indivíduo), restringindo-se a tutela constitucional naqueles casos elencados no próprio dispositivo, que funcionam, então, como elementos excepcionais, como tais devendo ser interpretados e aplicados, sempre em harmonia com o programa normativo, que é de proteção do indivíduo.¹ Vale dizer que, se

¹ “A conhecida imagem de que a casa de alguém é o seu castelo (*my home is my castle*, como de há muito dizem ingleses e americanos) dá conta da importância da inviolabilidade do domicílio para a dignidade e livre desenvolvimento da pessoa humana. Com efeito, a íntima conexão da garantia da inviolabilidade do domicílio com a esfera da vida privada e familiar lhe assegura um lugar de honra na esfera dos assim chamados direitos da integridade pessoal. Já por tal razão não é de surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e a amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

há limites ao direito fundamental em tela, e há, também há limites para tais limites, de maneira que não reste esvaziado o conteúdo garantista do preceito.²

O ambiente vital, que confere horizonte de sentido à ordem jurídica em análise, é o Estado democrático de direito, que procura conciliar os dois corações do atual Estado Constitucional, o princípio majoritário (governo da maioria, com soberania popular), e a proteção aos direitos e garantias fundamentais, inclusive da minoria. Em traço largo, afirmados constitucionalmente os direitos fundamentais, limitá-los e restringi-los é tarefa cometida, *a priori*, ao legislador e, na dinâmica social, ao Poder Judiciário – em ambos os casos, sob escrutínio do princípio da proporcionalidade (não seria demais lembrar que a dogmática da proibição de excesso decorre da necessidade de estabelecer parâmetros racionais de controle ao exercício do poder de polícia administrativo, questão datada e localizada nos estados germânicos ao longo do século XIX). Daí a noção de *reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais*, nomeadamente as intervenções restritivas do processo penal. A privação da liberdade, a mais intensa intervenção estatal, em face da presunção de inocência, pressupõe trânsito em julgado de sentença condenatória. As exceções, prisão temporária e preventiva, passam, sempre, pelo prévio crivo jurisdicional. O flagrante, pela óbvia inviabilidade de controle anterior – verificado o *perigo na demora*, por qualquer do povo e mormente pelos agentes estatais no exercício do poder de polícia –, é imediatamente submetido ao juiz.

constitucionais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo W. S., Luiz G. Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 401.

² Pra uma noção conceitual da categoria conhecida como *limites aos limites dos direitos fundamentais*, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 394-404.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

No que pertine ao caso, *recolher prova*, investigar por meio de busca domiciliar, por exemplo, traduz evidente afetação, *ingerência em direitos fundamentais*. Já se vão formando algumas ideias força, fruto de relativa convergência doutrinária³ e de precedentes judiciais (especialmente alemães), aplicáveis à *atividade jurisdicional de ingerência*: (i) a competência, em regra, é do juiz, sendo excepcionalmente cometida aos órgãos de investigação (e mais ainda, acrescento, ao órgãos de policiamento ostensivo); (ii) a regra é a intervenção judicial prévia, sendo excepcional a intervenção judicial após o início da execução da medida; (iii) “Importando uma transferência excepcional de competência, em que a garantia da proteção judicial do direito cede perante o imperativo policial de urgência para a investigação e, desempenhando a reserva de competência atribuída ao juiz uma função de proteção dos direitos fundamentais, o conceito de perigo na demora exige interpretação restritiva, devendo a sua aplicação ser controlada pelo tribunal, com apelo aos princípios e técnicas já desenvolvidos no direito administrativo (e em especial no direito policial) relativamente aos conceitos indeterminados”.

Trata-se de *densificar critérios* que devem reger a atividade policial (certamente submetida à proporcionalidade e num primeiro momento postos pelo legislador) e no sentido de *objetivar o controle judicial*, idealmente prévio, às vezes *a posteriori, de atuação do Estado-Polícia*, sobrecarregado, na minha sensibilidade, entre deveres de atuação e prevenção na segurança pública, de um lado; e de produção de provas hábeis a instruir a persecução penal, por outro, já que é inteiramente legítima e decorre de um dever geral de proteção a persecução penal dos delinquentes no interesse da comunidade. Assim que a *inadmissibilidade de provas ilícitas*, que devem ser desentranhadas do processo, na esteira do

³ Sigo a síntese conclusiva de MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 433-51.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

art. 157 do CPP, é concreto desafio ao *controle judicial posterior apto a expurgar as provas produzidas com violação ou restrição desproporcional a direitos fundamentais*. Vale dizer, só devem subsistir, a amparar o provimento jurisdicional, provas produzidas de acordo com as regras do jogo. À látera e empiricamente, penso que a efetividade do sistema penal passa muito pelo aperfeiçoamento da colheita da prova, por razões de eficiência e justiça.

No escopo de encontrar diretrizes materiais para aferição do caso concreto, que permitam coerência dogmática, e ciente de que um acórdão é um poderoso ato de comunicação, passando significativa mensagem à jurisdição de primeiro grau e às polícias, avanço. Se a intervenção do juiz em regra deve ser prévia à restrição, cabe-lhe igualmente “o controle da verificação dos pressupostos da situação de perigo na demora no caso de intervenção dos órgãos de investigação em sua substituição”. E há duplo risco de frustração da reserva do juiz de ingerência: (a) transformar a exceção (controle posterior) em regra; (b) emprestar excessiva ambiguidade e vagueza aos parâmetros legais que autorizam as intervenções. Permito-me, ainda, destacar quatro tópicos para deslindar o caso em apreço: (i) “Os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, em conjugação com o princípio da legalidade, obrigam o juiz a indicar os concretos fundamentos com que justifica a autorização da medida restritiva de direitos, isto é, com base em que *concreta suspeita (factos indiciados e delimitação temporal dos mesmos)* se impõe a medida de investigação restritiva do direito. Não basta a invocação da norma legal, tão-pouco a mera repetição das palavras da lei.”; (ii) “O conceito de *perigo na demora* deve ser interpretado de modo restritivo. Os órgãos de investigação apenas devem poder agir se, efectivamente, se verificar perigo na demora. A *situação de perigo* terá, portanto, de ser *demonstrada com base em factos concretos*.”; (iii) “A decisão judicial de *validação* de uma medida restritiva de direitos deve



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

assegurar os *mesmos padrões de exigência* impostos à medida de *autorização* (...); (iv) “A verificação de perigo na demora tem de ser *judicialmente sindicável*”.⁴

Escorados em tal gramática, é de voltar os olhos para o processado. Em síntese, a inviolabilidade do domicílio é a regra; excepcionalmente, diante de “fundadas razões” (fatos indiciados e delimitados temporalmente), o juiz, previamente, determinará a busca domiciliar, que deve ser feita de dia; ainda mais excepcionalmente, diante do perigo na demora, agente estatal no exercício do poder de polícia, à noite, poderá ingressar na casa de alguém, quando se depare com flagrante delito – nesta última hipótese, a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas *ex ante*), pelo juiz.

No caso, contudo, os elementos presentes nos autos não são suficientes para comprovar a ocorrência de situação de flagrante perceptível do ponto de vista dos policiais, que se encontravam fora da residência do réu – reitero que o respectivo juízo cognitivo, para ser racional e controlável, só pode aceitar-se *ex ante*. Tampouco se cogita da licitude da diligência policial para realizar busca domiciliar, nos termos do artigo 240, § 1º, “a”, do Código de Processo Penal,⁵ pois sequer foi mencionado que o réu estaria sendo investigado por tráfico de drogas e nem por outros delitos.

O réu, em juízo, assumiu a propriedade da droga apreendida, mas disse que era para seu consumo próprio. Afirmou que é usuário de drogas. Contou, ainda, que a arma apreendida pertencia a um indivíduo de nome Flávio, cliente da sua oficina. Alegou que Flávio iria fazer uma

⁴ MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 449-50 – grifei.

⁵ Art. 240, §1º, “a”, CPP. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

mudança naquele dia e pediu para que ele guardasse a arma em sua casa. Relatou que, no dia dos fatos, abriu a oficina, localizada na parte da frente do terreno onde fica a residência do apelante, deixou-a sob os cuidados de um funcionário e foi até o escritório de sua contadora juntamente com sua companheira. Disse que recebeu um telefonema de seu filho, única pessoa que permaneceu na residência da família, afirmando: “pai, vem embora, que eu tô algemado”. Contou que, ao chegar em casa, viu que o “guri tava algemado, daí cheguei e disse não mesmo pode tirar a algema do meu guri e bota em mim aqui, daí dei os braços pra ele, eles botaram a algema, daí já tavam lá em cima quando eu cheguei, já tavam lá em cima” (fl. 215).

As declarações dos policiais que participaram do flagrante são contraditórias. Relataram que tinham informações (denúncias não identificadas, anônimas, rumores – o que enfraquece o teor informativo, mormente quando não circunstanciadas) de que um foragido da polícia, procurado em Sapucaia do Sul, estaria se escondendo na oficina do apelante (declarações de Leandro Correa). Já o policial civil Rodrigo Sperry Cezar relatou que foi chamado para a ocorrência às pressas e que não sabia o motivo da diligência. Contou, também, que passaram algumas vezes em frente a casa do apelante e que não presenciou a alegada “movimentação de pessoas” no local. Disse, ainda, que “isso ficou mais a cargo do delegado que sabia das denúncias e que tava por dentro da ocorrência” (fl. 201 v). Ambos os policiais relataram que fizeram as buscas tanto na oficina quanto na residência do apelante e que este chegou ao local após terem ingressado. Rodrigo afirmou, inclusive, que havia uma criança na parte de cima da residência, não recordando se havia mais alguém na casa.

O que se tem, então, do teor das próprias declarações dos policiais, é que na residência do réu estava apenas o seu filho, quando os agentes estatais teriam avistado “movimentação de pessoas” e ingressaram



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

na residência. Tanto que houve aditamento à denúncia, para excluir o tráfico fora a notícia (anônima), de que foragido estaria escondido no local

Embora conste que estavam fazendo campana no local, a exceção da alegada “movimentação intensa de pessoas”, não há menção à qualquer atitude suspeita externalizada em atos concretos, ato suspeito de entrega sub-reptícia de substância a terceiro, prévia abordagem de usuários na posse de drogas e confirmação da aquisição no local.

Afigura-se no processado, na sensibilidade deste julgador, diligência policial que se origina possivelmente de *premissa inaceitável* em nosso sistema constitucional. Ressalto que no tocante ao abuso de autoridade consta, nos autos, a existência de *notitia criminis* ao Ministério Público.

No caso de *flagrante delicto*, em que a *urgência*, o perigo na demora, faz com que o sistema constitucional delegue a *qualquer do povo a possibilidade de restringir o direito fundamental de inviolabilidade do domicílio*, se a premência e a emoção da vida real nem sempre permitem juízo prudente e ponderação cautelosa, o *mínimo que se exige*, pena de esvaziar a garantia, é que a *situação de flagrante seja percebida ‘ex ante’ pelo agente que vai operar a ingerência constitucionalmente autorizada*. Do contrário, o que se tem são fundadas razões (para solicitar mandado de busca domiciliar) ou mera suspeita (a indicar que se deve aprofundar a investigação). Em nenhum dos casos, o sistema constitucional autoriza a violação do domicílio. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante, vênha aos que pensam diversamente, é mero *acaso*, mas *não creio que o Estado democrático de direito jogue dados com seus cidadãos*. Não percebida a situação de flagrante, visto que o executor da ingerência não consegue justificar racionalmente porque sua crença era pelo menos verossímil, *não há como sindicat a proporcionalidade da medida* – na ausência de circunstâncias minimamente externalizadas que permitam



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

aferição intersubjetiva. A entrada em casa alheia, nesta situação, torna-se, *ipso facto, irracional* e, portanto, *desborda das regras do jogo*. E não pode, o aleatório subsequente (eventual apreensão de drogas, ou de armas, por exemplo), determinar a licitude de *provas produzidas durante intervenção que, à partida, não se amparava em permissivo constitucional*.

Nem é justo para com o agente policial, gize-se, colocá-lo, pressionado pela mídia e pela sociedade, na disjuntiva do tudo ou nada: há de arriscar-se no escuro (no caso dos autos, literalmente, pois na calada da noite); se encontrar algo, honra ao mérito; se infrutífera a busca, sujeita-se a responder por ilícita violação de domicílio. Avento, todavia e noutra linha, que se estiver de boa fé e na prossecução de legítimo interesse público, na *percepção*, ainda que errônea, de um *caso de flagrante*, então a *sistemática do erro é suficiente para dar conta do problema*, cabível, sindicadas as circunstâncias, que a sociedade assuma o risco (que sempre pode ser indenizado, no cível, ao morador inocente).⁶

No contexto dos autos, pese a boa-fé dos policiais, *não há elementos objetivos e racionais a caracterizar, 'ex ante', situação de flagrância, na perspectiva do quem está fora da residência*. Daí porque, em sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal, *desautorizada estava a invasão da casa/domicílio*, por qualquer um, aí incluídos os policiais, cujo ingresso, repito, autoriza-se apenas nas exceções permitidas pelo preceito constitucional (flagrante

⁶ Certo que noutra intencionalidade e em horizonte diverso (liberdade de expressão e crimes contra a honra/privacidade), desenvolvi o instituto da *prossecução de interesses legítimos* – e creio que alguma analogia é viável – causa de justificação que o direito penal português foi buscar na Alemanha e que se enquadra na categoria dogmática das causas de exclusão da ilicitude, assente no princípio do *risco permitido* integrado com a *ponderação de interesses* (WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, *passim*). Quanto à dimensão cível, confira-se: Reexame Necessário Nº 70042897314, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 22/06/2011.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

delito, desastre, prestação de socorro e cumprimento, durante o dia, de mandado judicial).

Neste contexto, a prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio é ilícita, não porque ausente mandado de busca e apreensão, mas sim porque ausentes, no momento da diligência, mínimos elementos indiciários da ocorrência do delito cujo estado flagrancial se protraí no tempo em face da natureza permanente e, assim, autoriza o ingresso na residência sem que se fale em ilicitude das provas obtidas ou em violação de domicílio. Acresce que, sendo o perigo na demora vetor decisivo para que o flagrante autorize a entrada no domicílio, nos crimes permanentes (nomeadamente na figura estática de manter em depósito drogas), a intensidade desta razão diminui, já que, em tese, viável socorrer-se de mandado judicial, diferente da intervenção para evitar-se a consumação de um delito instantâneo, como um homicídio, ou de desmesurada indignidade, como a tortura, por exemplo.

Dizer que nos crimes de natureza permanente, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrante se mantém, o que é dogmaticamente correto, *não significa dizer que vaga suspeita de prática de crime de tráfico de entorpecentes coloca o suspeito em estado de flagrância e, assim, afasta o direito à inviolabilidade do domicílio* – parece-me solar o vício lógico do *non sequitur*. Diversamente, a situação de flagrante, mesmo de um crime permanente, é dinâmica, e demanda, para sua mínima caracterização, amparo em fatos concretos e atuais, que não de ser, ao menos, passíveis de exteriorização e individuação.

As circunstâncias do caso concreto (informação acerca de eventual traficância no local, bem como suspeita da presença de foragido na residência do apelante e constatação de movimentação característica de eventual comércio de drogas, sem qualquer outro elemento concreto), embora pudesse autorizar a busca domiciliar, para averiguação



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

(caracterizando-se fundadas razões), não servia, por si só, como indicativos suficientes da prática do delito a caracterizar a situação de flagrância que tornaria lícito o ingresso no interior do domicílio, sem consentimento do morador e sem mandado judicial.

Quanto à *busca domiciliar*, a motivação, a par de idônea e racional, é necessariamente concreta e com grau apertado de fundamentação.⁷

Não se está aqui a afirmar a ocorrência de abuso, arbitrariedade ou mesmo má-fé na atuação policial. Não se pretende, de forma alguma, nunca é demais deixar claro, enfraquecer a atuação policial. Nesta senda, agrego dois considerandos. Primeiro, desimporta a etiqueta verbal, pois é repetida a fórmula, em depoimentos judiciais, de que o sujeito estava em *atitude suspeita*, quando, no mais das vezes, o conceito é de *fundada suspeita*, que deflui perfeitamente do contexto da abordagem (cabe, é claro, às partes do processo penal, acusação e defesa, controverterem, eventualmente, tal circunstância, de modo a esclarecê-la). Segundo, a *percepção da situação de flagrante é suficiente para desencadear uma série de atividades policiais* dinâmicas, inclusive nos desdobramentos usuais de perseguição em caso de fuga.⁸

⁷ A distinção também é explorada por AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 626, consideradas *fundadas razões* “aquelas externadas por meio de motivação concreta quanto à sua ocorrência e amparadas, senão em início de prova, ao menos em indícios relativamente convincentes quanto à necessidade da medida. Divergem, como se vê, das razões que autorizam a *busca pessoal*, para as quais é suficiente a existência de *fundada suspeita* de que alguém esteja na posse dos objetos mencionados em lei (art. 240, § 2º, do CPP), parâmetro este de ordem mais subjetiva e que *dispensa fundamentação ou a indicação de motivos concretos*” (gizei a expressão final) – ressalvo que, pese mais subjetivo o parâmetro da busca pessoal, ao revés do autor citado, tenho convicção de que, como consignei, *necessita igual de motivação idônea, racional, a escorar-se em condutas e atos minimamente circunstanciados*.

⁸ “Relativamente ao *flagrante* como escusa permissiva da invasão domiciliar desautorizada, é preciso ter em mente que este se classifica em *próprio, impróprio e presumido*. (... [discorre sobre as hipóteses do artigo 302, incisos I, II, III e IV, do CPP]) Pois bem, para fins de ser realizada a busca domiciliar sem ordem judicial, basta que se considere o agente em



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Resta, ainda, verificar se a solução preconizada colidiria com os precedentes dos tribunais superiores e desta Corte. Respondo negativamente, parecendo-me que a decisão aventada coaduna-se com tal jurisprudência. Início pelo paradigma do STF. Trata-se do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 86.082-6, Rio Grande do Sul, Segunda Turma, Relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 05/8/2008, unânime. Em suma, a alegação de prova ilícita (denúncia anônima e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio) foi afastada em face do estado de flagrância decorrente do crime permanente (tráfico de substância entorpecente). Da simples leitura da ementa percebe-se que o flagrante resultou de *diligências policiais após denúncia anônima*, com “elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal”, sendo que revolver o substrato fático-probatório era inviável em sede de *habeas corpus*.

Do voto da eminente Relatora, extrai-se que as *investigações* começaram com uma denúncia anônima (ligação de telefone celular dando conta de que um avião com grande quantidade de maconha acidentara-se ao aterrar numa fazenda das proximidades), em função da qual os policiais formaram uma equipe com dois veículos e, no caminho, cruzaram com uma camionete tripulada por dois suspeitos que, em fuga, jogaram fora um pedaço da fuselagem de um avião. Ao chegarem à fazenda, encontraram o avião e 470kg de maconha escondida no mato, coberta por lona preta. Nos autos, ainda, informação da polícia civil de “uma ligação anônima” que referia, na localidade de Pindayassu, ter visualizado diversas vezes uma

situação de flagrância, não importando qual a modalidade de flagrante tenha se operado na espécie concreta, visto não fazer a Constituição Federal nenhuma ressalva a respeito.” (AVENA, *op. cit.*, p. 628). No mesmo sentido: “A Constituição estabelece exceções à inviolabilidade, que não é absoluta. A qualquer momento é lícito o ingresso no domicílio alheio em caso de flagrante delito, conceito que cabe ao legislador definir. A polícia, dando perseguição ao agente que acabou de cometer um crime, e que se homiziou na sua casa, pode adentrá-la. Quebrado o flagrante, contudo, a invasão é proibida.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Direitos Fundamentais em espécie” In *Curso de Direito Constitucional*. MENDES, Gilmar (org)/COELHO, Inocêncio Mártires. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 483).



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

aeronave pousar numa das granjas, fora da temporada de plantio e pulverização de arroz, indicando alguma atividade ilícita. Neste contexto, o STF considerou que os dados repassados ao policial civil (oriundos de denúncia anônima) “ensejaram a realização de diligência policial, sendo que no trajeto ao local indicado *sobrevieram elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal*. (...) Há elementos que apontam, no caso concreto, para a situação de flagrância (...) a autorizar que os policiais possam adentrar o domicílio das pessoas suspeitas sem necessidade de ordem judicial para o fim de reprimir e fazer cessar a prática delituosa.”.

Como se vê, uma distância oceânica do caso dos autos, sendo o único elemento comum o conceito dogmático de crime permanente a revestir o tráfico (nalgumas modalidades do tipo de conduta múltipla previsto no art. 33 da Lei de Drogas). Fica claro, então, como afirmei antes, que a natureza de crime permanente não autoriza flagrante sem que se perceba, via elementos concretos (ainda que indiciários), mercê de diligências policiais (ou até do acaso), a situação de flagrância.

Destaco, a seguir, decisão do STJ no *Habeas Corpus* nº 188.195 – DF, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/10/2011. No caso, os policiais adentraram na residência do réu sem mandado judicial e apreenderam 314 latas metálicas de *merla* (um composto do alcalóide cocaína), substância que era mantida em depósito e que perfazia um toda de mais de 9kg de massa bruta, além de outras porções de crack e de outra forma compactada do alcalóide. Refere o voto do Relator que o Tribunal *a quo*, ao rejeitar a preliminar que buscava o reconhecimento de que a prova era ilícita, destacara as *circunstâncias da situação de flagrante*. Provocados por denúncia anônima, dirigiram-se os policiais ao local da apontada traficância, “e, ao avistarem por debaixo do portão da casa uma lata com formato igual àquela utilizada para guardar merla, adentraram na residência (...) os policiais avistaram, por baixo do portão, em uma fresta,



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

em cima da caixa de gordura, uma lata semelhante à usada para guardar merla”. Daí a conclusão, ratificada pelo STJ, de que não houve irregularidade/ilegalidade “na conduta dos policiais que tinham o dever de verificar a veracidade da denúncia, e, diante de fortes indícios da prática do crime no interior da residência do réu, realizaram o flagrante. Desta feita, a diligência realizada foi apenas uma das etapas da apreensão de droga, precedida inicialmente pela denúncia anônima que culminou por ser devidamente confirmada”.

Mais uma vez, mercê de diligência policial, colheu-se indício visual da existência de drogas, sempre *ex ante* ao ingresso no domicílio, ou seja, a situação de flagrante foi percebida pelos agentes policiais, da perspectiva de quem está fora da casa.

Finalmente, refiro dois precedentes desta Câmara cuja similitude dispensa maiores comentários: Apelação crime nº 70042588988, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/11/2011 e Apelação crime nº 70049459191, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012.⁹

⁹ APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA INSUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. A prova produzida sob contraditório judicial não permite embasar a decisão condenatória, pois derivada da ilícita apreensão de drogas no quarto de hotel onde estava hospedada uma das acusadas. No caso, os policiais, ao avistarem a ré saindo o hotel, abordaram-na, mas com ela não encontraram nada. Entretanto, porque tinham recebido denúncias anônimas de que no local ocorria tráfico de entorpecentes, subiram até o quarto do hotel, nele ingressaram, não achando nada, e depois ingressaram também no quarto ao lado, onde localizaram pedras de crack. *A autorização constitucional de ingresso em domicílio alheio nos casos de flagrante delito depende da existência de indícios concretos da prática do crime no local e no exato instante. Ausente esses indícios, o ingresso no local depende de autorização judicial.* Afora isso, no caso concreto, há dúvida relevante sobre quem seria o responsável pelo quarto onde foi localizada a droga, se as acusadas ou se um casal de homossexuais, abordados juntamente com a ré, mas liberados porque sem registros policiais. Dúvida essa que, na ausência de identificação dos homossexuais pela polícia, e também porque não identificada a recepcionista do hotel pelos policiais, deve ser resolvida em favor da defesa. Ausência de apreensão de quaisquer instrumentos utilizados na traficância. Presença de indícios concretos do uso de drogas no local. Insuficiência de provas válidas a impor a absolvição das acusadas. RECURSO PROVIDO. Grifou-se.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Expostos tais parâmetros e fundamentada a análise do caso em exame, concluo que, demonstrado que os policiais ingressaram na residência do réu, sem mandado judicial e sem permissão para tanto, não perceptível situação de flagrante, maculada está a legalidade do ato, o que *vicia as apreensões* (da droga e da arma) e, por consequência, *afeta*, no contexto dos autos, o *reconhecimento da materialidade* do delito previsto na Lei 10.826/03.

Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu.

Por essas razões, voto por dar provimento ao recurso e absolver o réu, com fundamento no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO

Acompanho o eminente Relator.

Com efeito, sobre o tema já venho me manifestando, considerando ilegal a violação do domicílio de investigados sem que haja a

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA ILÍCITA E INSUFICIENTE. INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO. 1. No âmbito criminal, a prova, para dar suporte a um juízo condenatório, há de ser lícita, robusta e consistente. No caso dos autos, com base em uma comunicação anônima, os policiais abordaram o réu que trafegava em um veículo e com ele teriam encontrado uma bucha de cocaína. Em razão disso, ingressaram, sem o seu consentimento, no quarto do hotel onde o acusado tinha estabelecido seu domicílio, e lá teriam encontrado dois tabletes da mesma droga. 2. Ausência de indícios *concretos e convergentes* de que o *quarto do hotel era um ponto de tráfico, ou mesmo da existência de drogas no local. Abordagem do acusado na rua. Ausente qualquer justificativa para o ingresso desautorizado dos policiais no domicílio do réu. Ilicitude que contamina o restante do contexto probatório.* Absolvição decretada. APELO PROVIDO. Grifou-se.



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

certeza do cometimento da prática de um ilícito ou seguindo o figurino legal, com mandado de busca e apreensão.

Não há como deixar de reconhecer ilegalidade nessa prática, sob pena de omissão frente ao desrespeito de dispositivo constitucional e direito fundamental.

Nesse sentido, colaciono precedente de minha relatoria no qual já expressei posicionamento semelhante:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. POSSÍVEL DESRESPEITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. LIBERDADE CONCEDIDA. TEORIA DOS LIMITES /RESTRICÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES DOS LIMITES. A paciente, que é primária, se encontra segregada desde 31 de maio de 2013, pela suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e posse de arma de fogo. Foi apreendida na residência em que se encontrava a paciente a quantia de 648 gramas e 102 gramas de substância não identificada no auto de apreensão (segundo as informações prestadas trata-se de crack e cocaína, respectivamente), duas balanças de precisão, 50 munições calibre 32, 67 munições de calibre 38, 1 faca de cozinha com resquícios de crack, R\$ 60,00, um revólver Rossi, além de outros objetos. Inviolabilidade do domicílio. A residência/domicílio como ASILO. Pelos documentos acostados há dúvida sobre se houve respeito ao direito fundamental à inviolabilidade de domicílio da paciente. A suspeita da ocorrência de ilícito não legitima o ingresso em residência sem autorização judicial. Havendo a suspeita da prática de um delito, é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. A lei não permite atalhos e somente no caso de haver certeza da prática de ilícito penal é que fica autorizada a exceção do inciso XI do art. 5º da Constituição. Noutras situações, impõe-se a obtenção do prévio mandado judicial. Doutrina sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Citações da Constituição dos Estados Unidos e da Lei Fundamental da Alemanha a respeito da inviolabilidade do domicílio, a título de acréscimo à fundamentação, pois a primeira data de mais 200 anos e a segunda de mais 60 anos. Teoria dos limites /restrições dos direitos fundamentais e limites dos limites. Se os direitos fundamentais não são absolutos, existem direitos que não se sujeitam a reservas legais, outros que se sujeitam a reservas legais simples e outros, ainda, que se sujeitam a reservas legais qualificadas. De qualquer modo, havendo restrições diretas ou indiretas, o princípio regente é o da reserva de lei restritiva e, sobretudo, o princípio da interpretação restritiva. O direito



JWN

Nº 70054293717 (Nº CNJ: 0153998-27.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

consignado no inciso XI do art. 5º da Constituição, portanto, não pode receber interpretação ampliativa de modo a viabilizar violações do domicílio, do asilo, sem base constitucional. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70055401046, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 01/08/2013)

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70054293717, Comarca de São Leopoldo: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E ABSOLVERAM O RÉU, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROFERIU DECLARAÇÃO DE VOTO O DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO."

Julgador(a) de 1º Grau: PATRICIA PEREIRA KREBS TONET