



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TENTATIVA DE INGRESSO EM CASA PRISIONAL COM SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE.**

**Crime impossível.** Verificada a ineficácia absoluta do meio utilizado para consumação do fato. A indispensável e rigorosa revista pessoal na entrada da casa prisional torna ineficaz o meio utilizado.

**Crime de mera conduta.** A jurisprudência e a doutrina apontam expressões nucleares do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que possibilitam a forma tentada.

**Aplicação crítica da lei, não acrítica.** Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina.

**Deficiência do Estado.** A deficiência do Estado na sua infra-estrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida, uma vez que o sistema prisional se auxilia da organização interna que permite nas casas prisionais.

**Interrogatório.** Violação à ampla defesa, porque deve ser o último ato da instrução. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

**Absolvição por fundamento diverso pelo vogal e Presidente.**

**APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70051788081

COMARCA DE PORTO ALEGRE

LEIDI VALERIA FERREIRA

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, por maioria, em dar provimento ao recurso para absolver a ré, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vencido o relator que negava provimento. Lavrará o acórdão o Des. Diógenes.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE)**.

Porto Alegre, 23 de maio de 2013.

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO,**  
Relator.

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,**  
Revisor e Redator.

## RELATÓRIO

### **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (RELATOR)**

O Ministério Público ofereceu denúncia contra LEIDI VALÉRIA FERREIRA, 25 anos de idade à época do fato, pela prática de tráfico ilícito de drogas. Homologado auto de flagrante e mantida a segregação (f. 44). Posteriormente, foi relaxada a prisão (f. 51). Notificada, ela apresentou defesa preliminar (f. 86).

Denúncia recebida em 21 de junho de 2011 (f. 94).



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

No curso da instrução, a ré foi interrogada (f. 113), sendo posteriormente inquiridas Lázara Francisca Faria Fonseca (f. 115), Rildo dos Santos Rodrigues (f. 116) e Débora Cristiane Schimdt Pereira (f. 146).

Antecedentes criminais certificados (f. 149).

Oferecidos memoriais (f. 150 e 155), sobreveio sentença (f. 160) que julgou procedente a ação penal para condenar a ré a cumprir um (01) ano, onze (11) meses e dez (10) dias de reclusão, em regime inicial aberto, pena substituída por prestação de serviços à comunidade e por multa, fixada no mesmo quantitativo da pena pecuniária cumulativa, e a pagar cento e noventa e quatro inteiros e quarenta e quatro centésimos (194,44) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, como incurso no artigo 33, § 4º, em combinação com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Publicação em 10 de agosto de 2012 (f. 169).

Intimada pessoalmente da sentença (f. 173), a ré apela.

Razões (f. 178) e contrarrazões (f. 181) oferecidas.

Subida dos autos.

Neste grau, parecer do ilustre Dr. Roberto Neumann, Procurador de Justiça, no sentido do desprovimento do apelo (f. 186).

Autos conclusos.

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (RELATOR)**

#### **1. IMPUTAÇÃO**

A imputação fática está assim narrada na inicial:

(...)



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*No dia 26 de outubro de 2010, por volta das 08h40min, na Av. Rocio, no interior do Presídio Central, nesta Cidade, a denunciada trazia consigo, para o fim de comércio, aproximadamente 183,19,00g de cocaína processada na forma de crack e 13,28g de Cannabis Sativa, vulgarmente conhecida como maconha, substâncias entorpecentes que determinam dependência (conforme laudo de constatação da natureza da substância de fls. 28/29 do Auto de Prisão em Flagrante), sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.*

*Na ocasião, a denunciada estava no interior do serviço de revista feminina das visitantes do Presídio Central as policiais responsáveis pela revista encontraram no interior de sua vagina, dentro de um preservativo, a droga acima referida (auto de apreensão da fl. 24 do Auto de Prisão em Flagrante).*

*(...)*

## 2. DEFESA

No interrogatório (f. 113), a ré admitiu a posse das substâncias, dizendo que pretendia entregá-las a seu companheiro, o qual se encontrava no Presídio Central e era usuário. Em apoio (f. 178), a defesa técnica está a postular absolvição por insuficiência de prova.

## 3. SENTENÇA

Veja-se como a sentença fundamentou a condenação:

*(...)*

**É O RELATÓRIO.**

**DECIDO.**

*A materialidade do fato está consubstanciada no auto de apreensão de fl. 29, nos laudos de constatação da natureza das substâncias de fls. 33 e 34, nos laudos toxicológicos definitivos de fls. 67 e 69 e no auto de exame de corpo de delito de fl. 71.*

*A acusada, quando interrogada, admitiu a prática do fato:*

*“J: O que a senhora tem a falar sobre esse fato? I: Foi que o meu companheiro tinha me pedido, só que eu sempre disse que não, eu nunca tinha me envolvido com isso, daí um dia ele me pediu que eu levasse, que estava desesperado, porque ele é usuário, daí eu resolvi levar, só que foi a primeira vez, daí eu tava muito nervosa e a soldada percebeu, foi aonde eu tirei e dei pra ela ali, até porque não tem porquê esconder, já estava ali, ela mesmo pode confirmar para a senhora.*

*J: O seu companheiro está preso há quanto tempo? I: Agora ele foi para o semi-aberto, mas já faz quatro anos.*

*J: Por que ele está preso? I: A senhora sabe que eu nem sei doutora.*

*J: Não é por droga? I: Pra dizer bem à verdade para a senhora eu não sei, porque quando eu o conheci a gente já tinha dado umas namoradas assim, depois quando a gente começou a ficar junto mesmo, que eu saiba, é por roubo, pelo que ele me contou.*

*J: E ele se viciou dentro ou fora do sistema penitenciário? I: Não, ele já era usuário.*

*J: A senhora trabalha? I: Eu trabalho em serviços gerais na ACM.*

*J: É com carteira assinada? I: Sim.*



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

J: E a senhora vive com ele há quanto tempo? I: Há dois, que eu resolvi visitar ele faz dois anos.

J: A senhora não é viciada, não tem nenhum tipo de vício em droga? I: Não.

J: Dada a palavra ao Ministério Público:

MP: Toda essa quantidade era para ele, para o consumo dele ou ele ia comercializar lá dentro? I: Olha, ele me disse que era pra ele.

MP: E a senhora transportou isso embalado em papel laminado, isso apitou o pórtico ou foi só o seu nervosismo? I: Foi só o meu nervosismo mesmo.

MP: Quem lhe deu essa droga? I: Foi um rapaz de moto lá na minha casa.

MP: Mas a senhora sabia o que tinha dentro? I: Eu sabia que era droga, mas eu não abri, não mexi, não fiz nada.

MP: Nada mais.

J: Dada a palavra à Defesa, nada perguntou. Nada mais.”

**A policial militar Lázara Francisca Faria Fonseca relatou:**

“J: A senhora recorda desse fato? T: Eu estava na sala de revista no dia.

J: Como foi que a ré caiu na revista? T: Ela foi selecionada junto com as demais para a revista.

J: Essa seleção foi uma seleção aleatória ou ela apresentou algum sinal que os senhores notaram? T: Foi aleatória.

J: A senhora não lembra se ela estava se apresentando nervosa? T: Não.

J: Quando encontrada essa droga com ela, o que ela disse? T: Não lembro o que ela disse.

J: Além da senhora, quem estava nessa revista? T: Pois agora eu fiquei na dúvida de quem estava comigo no dia dessa revista. Pra mim seria a Débora e a outra seria a Keli, se não me engano.

J: Dada a palavra ao Ministério Público, nada perguntou. Dada a palavra à Defesa:

D: Quem fez a revista pessoal na ré? T: A revista pessoal a gente não faz a revista nela, ela mesmo faz o agachamento e a gente só olha, quando ela abriu o canal apareceu o preservativo, daí ela tirou.

D: Ela alegou alguma coisa no momento? T: Não, só tirou.

D: Nada mais.

J: Nada mais.”

**A policial militar Débora Cristiane Schimdt Pereira relatou:**

“J: A senhora lembra desse fato?

T: Sim, ela ficou para a revista íntima, nem todas ficam mas ela ficou. E foi encontrado dentro da vagina dela.

J: A senhora referiu que ela ficou, mas nem todas ficam, tinha algum motivo ou foi por acaso?

T: Por acaso, as colegas já acharam ela meio nervosa, mas foi por acaso.

J: Ela não era uma pessoa conhecida de vocês?

T: Ela visitava lá.

J: Ela já tinha ido outras vezes lá visitar?

T: Sim.

J: E conforme consta aqui, havia crack e maconha? Não sei se a senhora lembra.

T: É, eu lembro.

J: Pelo MP.

MP: Ela justificou se ia entregar essa droga pra alguém lá dentro?

T: Eu não recordo. Ela disse que tava levando para um amigo que estava lá dentro se eu não me engano.

MP: Ela chegou a dizer que era pra ela?

T: Não.

MP: E essa droga estava onde mesmo?

T: Na vagina.

MP: Fizeram a revista íntima então.

T: Sim.

J: Pela defesa.

D: Ela sabe dizer se era pra mais alguma pessoa que ela ia entregar?

T: Eu não lembro, são muitas visitas, fica difícil de lembrar. Algumas visitam 5, 6, então fica complicado lembrar. Na ocorrência era pra um amigo só que ela levada.”

**A testemunha de defesa se limitou a abonar a conduta da acusada.**



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*Nesse contexto, indubitável que se encontrava a ré levando as drogas para o interior do presídio quando ia visitar seu companheiro, estando a admissão disso em conformidade com a prova produzida e com o auto de apreensão.*

*Desnecessário que haja prova presencial de mercancia, bastando o tão-só transporte da substância entorpecente para entrega a terceiro para a caracterização do tipo penal imputado:*

*Tóxico. Tráfico de maconha. Certeza da materialidade e da autoria do delito, impossibilitando a pleiteada absolvição ou reconhecimento do crime na forma tentada. Inexigibilidade de entrega da droga ou prova efetiva de mercancia, por tratar-se de crime de perigo abstrato. O transportar o tóxico, com a finalidade de entrega a terceiro, configura, por si só, o delito de tráfico na sua forma consumada. Tratando-se de delito de ação múltipla, configurada uma das condutas do art. 12 da Lei Antitóxicos, tem-se o crime por consumado. pena privativa de liberdade fixada com adequação à espécie. Apelo improvido.*

*(Apelação-Crime nº 70000875203. 1ª Câmara Criminal do TJERGS. Rel. Des.*

*Ranolfo Vieira. J. em 21.06.2000, un. "in" RJTJERGS 202/178). Grifo nosso.*

*Portanto, indiferente se a droga seria ou não para o consumo do companheiro da acusada, o que não restou demonstrado, bem como, diante das expressivas quantidades de substâncias entorpecentes transportadas, ou seja, 183,19 gramas de "crack", possibilitando, por sua natureza, o fracionamento em grande número de porções (uma grama pode ser dividida em cerca de cinco pedras para comercialização), bem como 13,28 gramas de maconha, evidenciado, claramente, que as substâncias se destinavam a abastecer o comércio ilícito dentro do estabelecimento prisional.*

*De outro lado, sem qualquer ressonância na prova a alegação da defesa quanto à possibilidade de ter sido a ré ameaçada para fazer o transporte da substância entorpecente para dentro do presídio, cabendo à denunciada, se, realmente, estivesse em risco, ao invés de cometer a conduta criminosa, denunciar a situação à autoridade competente para as providências cabíveis.*

*Logo, não poder ser acolhida a alegação, estando ausente prova para demonstrar coação irresistível ou inexigibilidade de outra conduta:*

*APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA. PESSOA ESTRANHA AO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA MULTA. DESCABIMENTO.*

*1. Não cabe ao juízo determinar exame de dependência toxicológica de quem não é réu no processo. 2. Ré flagrada levando drogas para o presídio, sob a alegação de que sofreu coação moral irresistível, pois seu filho sofria ameaças no interior do cárcere não afasta sua responsabilidade, haja vista deveria ter avisado a direção para troca de estabelecimento penal. 3. Considerando as disposições constitucionais sobre os crimes hediondos verifica-se que incompatível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, que exigem tratamento mais rigoroso, consoante disposto no artigo 5, incisos XLIII, em boa hora resolvida pela Lei n.º 11.343/06, que no artigo 44, veda a benesse. 4. A multa é pena cumulativa prevista no preceito secundário do tipo descabendo sua exclusão pelo princípio da reserva legal. PRELIMINAR REJEITADA. NEGADO PROVIMENTO.*

*(Apelação Crime Nº 70019284934, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 19/07/2007). Grifo nosso.*

*APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. APREENSÃO NA REVISTA. CONDENAÇÃO. Caracteriza o crime do art. 33 da Lei 11.343/06, a visitante que tenta entrar no presídio com 22 gramas de maconha e 05 gramas de crack, escondidas na calcinha e percebidas durante a revista íntima. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A causa excludente de culpabilidade deve ser de tamanha magnitude que impeça*



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*absolutamente o agente de agir conforme o direito, restando apenas a conduta ordenada pelo coator. Não se verifica no caso, onde a defesa não logrou provar o alegação (art. 156 do CPP). ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. COMPROVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. As circunstâncias do caso revelam que a ré tinha ciência do que estava tentando introduzir no estabelecimento prisional. O dolo de levar maconha e crack é facilmente perceptível nas atitudes da acusada, já que, ao cair o pacote de drogas no chão durante a revista, tratou de tentar escondê-las, pisando em cima. O tentar esconder o que trazia denuncia a ciência da ré a respeito da ilicitude da sua conduta. Além disso, seu desespero, tão logo apreendida a droga, se justifica, porque tinha ciência de que, encontrada, seria acusada de tráfico. APENAMENTO. PENA-BASE. AFASTAMENTO DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. Levando-se em conta o que determina o art. 42 da Lei 11.343/06, em face da quantidade e diversidade de droga encontrada com a ré, impositivo o afastamento da pena-base do mínimo legal, devendo ser fixada em 05 anos e 06 meses. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. ÍNDICE. Inexistindo indicativos de que a acusada se dedicasse à atividade ilícita ou fizesse parte integrante de alguma organização criminosa e sendo primária e de bons antecedentes, impositivo o reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Com relação ao índice, a fração de 2/3 melhor atende os objetivos da pena, devendo ser mantida. SANÇÃO PECUNIÁRIA CUMULATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. Segundo entendimento pacífico nesta Corte, a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 também deve ser implicado à sanção pecuniária cumulativa, que, no caso, vai reduzida para em 200 dias-multa, no valor unitário mínimo. PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS*

*(Apelação Crime Nº 70032418329, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 16/12/2009). Grifo nosso.*

*Em vista disso, plenamente demonstradas a materialidade e a autoria do delito imputado, bem como, tendo sido o crime praticado no ingresso nas dependências de estabelecimento prisional, incidente, também, a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06.*

*De outro lado, a ré é primária, não tem antecedentes de tráfico, não havendo prova de que se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.*

*Assim, faz jus à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*

*Tratando-se de tráfico de entorpecentes privilegiado e não estando esse expressamente abarcado no rol de crimes elencados pelo art. 1º da Lei 8.072/90, não incide a restrição ao regime inicial de cumprimento de pena previsto naquela lei, devendo sua fixação observar os parâmetros do art. 33 do Código Penal:*

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. AFASTADA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. 1. Para a configuração da coação moral irresistível, deve o coacto estar submetido à insuportável pressão do coator, capaz de impossibilitar conduta diversa (art. 22 do CP). 2. O contexto probatório é suficiente a alicerçar a condenação da apelante por tráfico de drogas. Apreensão da droga corroborada pela própria confissão da ré de que pretendia adentrar no presídio transportando maconha para o seu companheiro. A alegação de que a droga seria destinada para consumo próprio - dela e de seu companheiro - não prevalece diante da assertiva de que porção da droga não seria compartilhada e ficaria com o companheiro no presídio. 3. O reconhecimento da privilegiadora do tráfico afasta a hediondez do delito, permitindo que a estipulação do regime de cumprimento de pena se dê com base na análise dos pressupostos previstos no art. 33 do CP, notadamente porque a acusada fez jus à substituição da pena prisional substituída por restritivas de direitos. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70048062889, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 28/06/2012). Grifo nosso.*



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*LEI 11.343/06. ART. 33, CAPUT, C/C, ART. 40, III. Prova suficiente quanto à existência do fato e autoria. A ré levava para o interior da penitenciária, aproximadamente 40,81g de `cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, com o fim de fornecer a terceiro apenado. DECLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28. Para tanto, não basta a simples alegação da condição de usuário. MAJORANTE. Evidenciada a majorante do art. 40 da Lei 11.343/06, uma vez que a ré estava dentro do presídio com a droga. MINORANTE. A fração de redução, pela incidência do § 4º do artigo 33, deve considerar a variedade e quantidade de droga. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Reconhecida a figura do tráfico privilegiado, não incidem as regras mais rigorosas destinadas ao tráfico tradicional. Tratamento diferenciado dado pela Lei ao agente primário. Conciliação das disposições favoráveis do artigo 33, § 4º, observando que as regras restritivas do art. 44 referem-se apenas a algumas figuras penais. Fixação do regime considerando o disposto no Código Penal. No caso, o aberto, considerando a quantidade da pena. Precedentes desta Terceira Câmara e do STF. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.*

*(Apelação Crime Nº 70046752689, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 14/06/2012). Grifo nosso.*

**No mesmo sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:**

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I – O Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido (sete invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas na aplicação do redutor na fração de 1/3. II – A fixação do quantum de redução da pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada na natureza e na quantidade de entorpecente apreendido, aspectos não considerados na aplicação da pena-base. III – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto. IV – Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal. V – Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (HC 111247, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012).*

*Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Paciente condenado à pena de um ano e oito meses de reclusão. 3. Pedido de fixação de regime aberto para início do cumprimento da pena. Possibilidade. Paciente que cumpre os requisitos previstos no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal. 4. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Precedente do Plenário (HC n. 97.256/RS). 5. Necessidade de análise dos requisitos dispostos no art. 44 do CP. 6. Superação da Súmula 691. Ordem deferida. (HC 111694, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012).*

**A denunciada admitiu perante este juízo a prática do fato imputado, pelo que incidente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal).**





DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*ISSO POSTO, julgo procedente a ação penal para condenar LEIDI VALÉRIA FERREIRA nas penas do art. 33, "caput", com a incidência de seu parágrafo 4º, e do art. 40, inc. III, todos da Lei nº 11.343/06.*

*Passo a dosar a pena.*

*A ré é primária. A culpabilidade está bem determinada, visto que imputável, consciente da ilicitude de sua conduta, sendo-lhe exigível comportamento diverso, em conformidade com o direito. A personalidade não evidencia anormalidade. Os antecedentes e a conduta social foram abonados. O motivo não ficou comprovado. As circunstâncias e as consequências do crime não apresentam particularidades. Não há, na espécie, influência de comportamento de vítima.*

*Diante das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão, deixando de operar a redução pela atenuante reconhecida por já ter fixado a pena no mínimo cominado (Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça). Outrossim, aumento a pena, pela causa de aumento reconhecida (art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06), em um sexto, ficando em 05 anos e 10 meses de reclusão, que reduzo, considerando a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em dois terços, passando a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras. A pena pecuniária vai fixada, inicialmente, em 500 dias-multa, que majoro, pela causa de aumento reconhecida, em um sexto, para 583,33 dias-multa e reduzo de dois terços pela causa de diminuição acima mencionada, passando a 194,44 (cento e noventa e quatro inteiros e quarenta e quatro centésimos) dias-multa, na razão de um trigésimo do salário mínimo nacional vigente à época do fato, corrigida quando do pagamento.*

*Iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal).*

*Não obstante a vedação pelos arts. 33, § 4º, e 44, "caput", da Lei nº 11.343/06 da substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, o plenário do Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação, cabendo, em cada caso, a análise pelo juízo da presença dos requisitos subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, como já vinha entendendo aquele Tribunal:*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e*



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.*

*(HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113). Gifos nossos.*

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA, RESTRITIVA DE DIREITOS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, o HC n. 93.857, Cezar Peluso, DJ de 16.10.09 e o HC n. 99.888, de que fui relator, DJ de 12.12.10. 2. Progressão de regime assegurada na sentença. Ausência de interesse de agir. Ordem concedida para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos. (HC 97500, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/05/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-02 PP-00389 RB v. 22, n. 561, 2010, p. 38-39). Grifo nosso.*

*Assim, diante do quantitativo da pena aplicada, sendo a ré primária, presentes os requisitos do art. 44 e § 2º do Código Penal e entendendo serem às mais adequadas ao fato e às condições pessoais da condenada, substituo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da pena carcerária imposta, conforme for provido pelo juízo da execução, cumulada com multa, que fixo no mesmo quantitativo acima, que deve ser com aquele acrescido.*

*Custas pela condenada.*

*(...)*

#### 4. DISCUSSÃO

*A recorrente pede absolvição a dizer que [1] a única prova contra a R. são os depoimentos dos policiais, que não lograram êxito em comprovar que a mesma é traficante, [2] a ré é primária, exerce atividade*



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

lícita e possui residência fixa, tendo levado a droga para seu companheiro, porque *foi obrigada*, [3] o destinatário da droga era usuário. Conclui a pedir absolvição.

O recurso não prospera.

A prova não se resume aos ditos dos policiais, pois ela própria admitiu a posse da droga e sua destinação, *para uso de terceiro*, o que configura o tipo objeto da condenação. As condições pessoais favoráveis foram devidamente consideradas na fixação branda da pena. E nada está a indicar que ela tenha agido ao abrigo de coação moral irresistível, *tampouco seu relato*.

Por mais benevolente que se queira ser com as esposas de presidiários que, por solidariedade a seus companheiros, resolvem introduzir no cárcere alguma quantidade de droga a pedido deles, *para traficarem ou usarem* – no caso concreto, a quantidade parece indicar a primeira hipótese – no ergástulo, não é possível discriminar ou considerar atípicas suas condutas.

As penas foram aplicadas com parcimônia.

**POSTO ISSO**, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

#### **DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (REVISOR E REDATOR)**

Rogando vênias ao eminente Relator, encaminhando divergência.

**O caso dos autos – tenho dito e repetido – patenteia uma brutal perversidade do Estado. A ré é primária, nascida em 1985.**

**Inicialmente, o fato.** A ré pretendia fazer uma visita no presídio e, segundo a hipótese acusatória, foi surpreendida quando levava no interior de sua vagina a substância ilícita apreendida – 183,19 gramas de crack e 13,28 gramas de maconha –, para entregar a seu companheiro.



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

**Agora, o direito.** Na espécie, verificada está a *ineficácia absoluta do meio* utilizado, visto que, para entrar no estabelecimento prisional, a apelante seria submetida a minuciosa inspeção.

Imperioso, portanto, o reconhecimento da atipicidade da conduta, ante o que estabelece o artigo 17 do Código Penal, por se tratar de crime impossível.

Por outro lado, pode-se cogitar da hipótese de posse de substância entorpecente, que consubstanciaria tipicidade. Contudo, segundo a hipótese acusatória constante da denúncia, a droga seria entregue “para o fim de comércio”, este o elemento típico pretendido demonstrar. Aí, então, é que se verifica a ineficácia do meio, à medida que, naquelas condições, a droga não entraria no estabelecimento prisional, pois realizada revista pessoal.

Em conformidade ao texto legal, a doutrina e a jurisprudência, a expressão nuclear do tipo “trazer consigo” determina a existência de delito de mera conduta, ou seja, não seria necessário o resultado da ação, bastando a conduta prevista.

Impõe-se, contudo, interpretar o texto legal com vistas à sua adequada aplicação. Em primeiro lugar convém perceber que, em determinadas expressões do tipo do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, segundo a doutrina e a jurisprudência, é possível a tentativa, uma vez que a ação delituosa pode ser decomposta no tempo e nos atos. Tem sido assim com o verbo “adquirir”. O sujeito pode ser surpreendido tentando adquirir.

No caso dos autos, indubitavelmente, a ação que teria, segundo a denúncia, sido praticada pela recorrente seria a de “trazer consigo”. Todavia, o fato apontado na versão acusatória, na sua peculiaridade e complexidade, indica que o “trazer consigo” tinha a finalidade de ingressar no estabelecimento prisional, mediante visita.



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

Nesses termos, o fato, na sua amplitude, implica a possibilidade de desdobramento, não cabendo ao julgador adotar o raciocínio da simplicidade, o raciocínio da repetição, o raciocínio que decorre da ausência de interpretação e de maior reflexão.

Ora, quando a lei pretende punir o “trazer consigo” busca a sua aplicação em casos outros, como os de que o acusado transporte em seu veículo substâncias entorpecentes não destinadas ao uso, ou de que traga consigo substâncias entorpecentes com finalidade de tráfico.

**A discussão e a doutrina.** Cabe maior digressão para expor melhor o que se busca dizer. Em Teoria dos Precedentes Judiciais, Francisco Rosito transcreve Theodor Viehweg, nesses termos:

A função dos topoi, tanto gerais como especiais, consiste em servir a uma discussão de problemas. Segue-se daí que sua importância tem de ser muito especial naqueles círculos de problema em cuja natureza está não perder nunca o caráter problemático. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os topoi, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento<sup>1</sup>.

A seu turno, o constitucionalista Luís Roberto Barroso expressa que o “*constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito*”<sup>2</sup>.

Adiante nesta obra, Luís Roberto Barroso destaca:

---

<sup>1</sup> APUD, ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 295.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 121.



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível, ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas<sup>3</sup>.

No caso dos autos, como se viu, pretendia a recorrente ingressar na casa prisional portando drogas em seu corpo. A toda evidência que, uma vez submetida à revista pessoal, a substância seria, logicamente, encontrada e apreendida.

Ademais, vale ressaltar que o direito penal, na célebre alusão de Roxin, é a “ultima ratio”, ou seja, deve haver uma intervenção mínima do Estado na liberdade individual e, ainda, somente quando não houver alternativa diversa.

Mas, cumpre ainda perquirir das razões pelas quais se aplica a lei nesses termos. O sistema prisional brasileiro atualmente se estabelece em um verdadeiro caos de organização, ou seja, padece de uma deficiência absurda. Os presos ficam recolhidos em pavilhões, ou em espaços submetidos à sua própria facção ou organização interna. O Estado se ausenta. Existe, ainda, uma deficiência absurda de infra-estrutura de pessoal e de tecnologia. Tudo isso resulta na edição de uma lei e da sua aplicação, de forma genérica, que pretende dar a solução para a deficiência do Estado brasileiro. Assim, a lei, na sua aplicação, procura justificar o fato de o

---

<sup>3</sup> Idem, ib., pág. 128.



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

Estado, por suas instituições prisionais, não ter condições de, com segurança e num sistema lógico, concluir pela absoluta impossibilidade de ser localizada substância entorpecente nas casas prisionais.

**O Estado Brasileiro soluciona a sua deficiência punindo.**

E, ainda, como o Estado está ausente, é deficiente, os indivíduos presos ficam à mercê das facções que existem e são toleradas no interior das casas prisionais, até como auxiliares do sistema prisional. Devem, então, esses apenados tentar trazer substâncias entorpecentes para dentro do presídio, sob pena de sofrerem severas represálias pelos chefes das facções.

E o Judiciário, noutras interpretações, com a máxima vênia, participa dessa simulação, aplicando o direito e prestando uma justiça que, no dizer de José Luís Barroso, decorre de uma interpretação “acrítica”.

**A jurisprudência.** O Desembargador Nereu José Giacomolli também comunga dessa solução, mas por fundamento diverso, conforme ementa que transcrevo, em que menciona a dignidade da pessoa humana.

*TRÁFICO DE DROGAS. MULHER QUE TENTA INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM DROGA NA CAVIDADE ANAL. ABSOLVIÇÃO.*

*O poder de polícia do Estado e a persecutio criminis não são absolutos. Encontram limites na convencionalidade, na constitucionalidade e na legalidade. A interferência nas esferas da dignidade e da integridade física submete-se, para fins de prova criminal, às reservas legais e jurisdicionais. No caso, a interferência adveio de notícia criminis anônima e houve condução coercitiva à realização da invasividade.*

*APELAÇÃO PROVIDA (A.C. 70051956548, julgada em 9 de maio de 2013).*

**Essa, portanto, a perversidade do sistema: prende, pune e condena mulheres que estavam tentando ingressar no presídio com**



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

**substâncias entorpecentes. Vale dizer: prende pessoas em razão de outros presos e em razão da ineficiência do sistema prisional e do Estado.**

Por fim, observe-se que não se trata de declarar inconstitucional parte do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Para ficar perfeitamente claro, o que se pretende dizer é que não incide, no caso dos autos, em aplicação racional e razoável, o texto legal.

Nesses termos e por essas razões, considero atípica a conduta da recorrente.

**O momento do interrogatório.** Uma coisa a mais seria importante observar: a recorrente foi interrogada no primeiro momento da instrução (fl. 113). Todavia, cumpria que fosse interrogada no final da instrução, ou que, pelo menos, fosse oportunizado novo interrogatório, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que impõe o princípio da ampla defesa e do contraditório, inclusive para a defesa pessoal. Transcrevo:

*EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AP 528 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00001 RT v. 100,*





DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

*n. 910, 2011, p. 348-354 RJSP v. 59, n. 404, 2011, p. 199-206).*

Contudo, supero essa matéria que seria preliminar, pois entendo que, no mérito, pronuncio decisão mais favorável à recorrente e não seria lógico impor nova instrução, ou pelo menos novo interrogatório e nova sentença, quando o caso, no final, será de absolvição.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso e absolver a ré, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

#### **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (PRESIDENTE)**

Com a devida vênia do eminente Relator, estou acompanhando o Revisor, embora por fundamento distinto.

No caso, a ré foi detida em flagrante quando tentava ingressar no estabelecimento prisional onde seu namorado estava recolhido com substâncias entorpecentes embaladas em um preservativo e escondidas no seu canal vaginal.

É verdade que o tipo penal do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 é de conteúdo múltiplo, na medida em que elencou diversos verbos nucleares a fim de caracterizar as condutas típicas. Nessa senda, mesmo realizando mais de uma ação descrita no tipo penal – como no caso em apreço, *adquirir, guardar, transportar e trazer consigo* – comete o agente um único crime, pois o bem jurídico lesado (saúde pública) é o mesmo.

Nesse sentido explica GILBERTO THUMS e VILMAR PACHECO:



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

A lei elencou 18 verbos no art. 33, *caput*, 14 verbos no seu § 1º, bem como vários outros nos diversos tipos penais, procurando com isso cercar todas as possibilidades de condutas relacionadas a drogas para considerá-la típica.

Por outro lado, **é preciso compreender que, mesmo realizando o agente vários comportamentos descritos nos tipos, num único contexto fático, incidirá apenas uma vez na lei repressiva, visto que o bem jurídico lesado é o mesmo: a saúde pública.** Exemplificando: o agente que for flagrado na rua vendendo cocaína e que também traz consigo maconha e haxixe, bem como ainda guarda em casa certa quantidade de LSD, na verdade, praticou várias condutas típicas, mas sofrerá sanção única pela infringência ao art. 33, porque o crime é contra a saúde pública e não contra um número indiscriminado de pessoas. (*Nova Lei de Drogas. Crimes, Investigação e Processo*. 3ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 48).

Também não é menos verdade que diversas condutas, dentre elas, *guardar e trazer consigo*, para fins de comércio, é uma modalidade permanente, protraindo o momento consumativo no tempo e no espaço, razão pela qual não admitem a tentativa.

Nesse sentido sustenta Rogério Sanches Cunha:

“Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, *expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar, etc.*). A multiplicidade de condutas parece inviabilizar a tentativa” (*in* GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*, 2007, p. 148).

No mesmo sentido, Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

“Como regra, o crime de entorpecentes não admite tentativa, tendo em vista a multiplicidade de verbos que permite tipificar a conduta já consumada em face de comportamento anterior. Exemplificando: se o agente está vendendo a droga, mas ainda não a entregou ao adquirente e é preso, não se pode falar em



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

tentativa de “vender”, eis que já se encontra consumada a conduta de “trazer consigo ou ter em depósito” a droga para fornecimento a terceiro”. (*Nova Lei de Drogas. Crimes, Investigação e Processo*, 2008, p. 36).

A configuração do crime não se dá somente pela tipicidade e ilicitude, mas também pela presença do elemento culpabilidade. Este se relaciona com o autor e com toda a complexidade social e cultural.

Nova orientação da Terceira Câmara Criminal, embora a questão esteja sendo discutida, portanto, sem unanimidade, com precedente de Relatoria do Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, os casos de “tentativa” de ingresso no interior do presídio com drogas nas cavidades (anal ou vaginal), para fins de entrega a terceiros, ensejariam absolvição.

Nesse sentido:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ATIPICIDADE. Autoria. Suficientemente comprovada pela confissão do réu de que estava na posse da substância entorpecente e pelos relatos dos agentes penitenciários. Crime impossível. Os agentes penitenciários afirmaram que é feita uma revista pessoal nos presos quando estes retornam à casa prisional de benefícios externos, ocasião em que foi encontrada a droga em poder do réu, em sua roupa íntima. Vale destacar que, para retornar ao estabelecimento prisional, o réu teria que, invariavelmente, se submeter à rigorosa revista. Crime de mera conduta. A jurisprudência e a doutrina apontam expressões nucleares do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que possibilitam a forma tentada. Aplicação crítica da lei, não acrítica. Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina. Deficiência do Estado. A deficiência do Estado na sua infra-estrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida. Uma vez que o sistema prisional se auxilia da organização interna que permite nas casas prisionais, deve atentar para a imposição de ordens a apenados que saem em gozo de benefícios e que tentam reingressar portando substâncias entorpecentes, as quais, em situações normais,



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

jamais deixariam de ser apreendidas. APELO PROVIDO.  
(Apelação Crime Nº **70051562023**, Terceira Câmara Criminal,  
Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan  
Ribeiro, Julgado em 13/12/2012)

Tenho, contudo, no caso concreto, presente a invalidade da prova.

Segundo a Constituição Federal, o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem na dignidade da pessoa um de seus fundamentos (art. 1º, III, CF). O respeito à integridade física e moral se infere do art. 5º, XLIV, da CF. Portanto, o corpo (ser) recebe proteção constitucional. Tal proteção, potencializa-se, uma vez confrontada com o domicílio (possuir), como regra, inviolável, salvo quando houver flagrante delito, prestação de socorro ou por determinação judicial (art. 5º, XI, CF). Também, ninguém pode ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF). Por isso, o corpo da pessoa recebe potencialidade protetiva maior que a vida privada, a honra, a imagem (art. 5º, X, CF), à casa (art. 5º, XI, CF), à correspondência ou da própria comunicação telefônica (art. 5º, XII, CF). No que tange à casa e a comunicação telefônica há reserva legal e jurisdicional!!!!

As esferas de dignidade são irrenunciáveis e a limitação a direitos fundamentais não podem fragilizar a dignidade da pessoa, embora aferível em cada situação concreta (Sarlet). Constitui-se a dignidade, em base antropológica (Canotilho), princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais (Sarlet). Essa base humana adentra no processo penal como limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não-violação das esferas de dignidade, de não-aceitação de violação, bem como positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade. A oficialidade estatal existe em face do sujeito, servindo ao ser humano e não este aos “aparelhos



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

político-organizatórios” (Canotilho). Isso atinge o *thema probandum*, os meios de prova, a metodologia da busca da prova, em suma, a sua admissibilidade, bem como o plano da valoração, ou seja, de sua consideração como válida ou não. Apesar da complexidade e pluralidade, das bases fáticas e normativas, das cargas valorativas dos sujeitos e da variedade de códigos funcionais, a rede protetiva e garantidora da eficácia dos direitos humanos, ou seja, o “paradigma antropológico do homem” (Canotilho) está em primeiro plano no processo penal, na centralidade e referencialidade necessárias.

No caso concreto, a droga estava em cavidade íntima da acusada, mas precisamente, em seu canal vaginal. A interferência nas cavidades íntimas, uma ingerência de alta invasividade, em face da proteção constitucional, submete-se à reserva legal (quais os delitos, em que situações, *v.g.*) e jurisdicional (decisão da autoridade judicial competente). O interesse público na *persecutio criminis* não se legitima na busca a qualquer preço ou custo da prova, sem a observância dos direitos fundamentais. Na interpretação de cada situação concreta, tanto poderá ser utilizada a proporcionalidade (necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito), quanto a razoabilidade (relação entre meios e fins).

É certo poder ser exercido o poder de polícia do Estado (revista), mas há limitações. Constatada a possibilidade de a imputada estar com droga em suas cavidades íntimas, o poder de polícia do Estado poderá impedir a sua entrada ou acompanhar os seus movimentos no interior do cárcere, limitar o direito de visita. Outras metodologias, não invasivas na esfera íntima das acusadas poderão ser utilizadas e providenciadas pelo Estado. A precariedade da metodologia (desnudar, total ou parcialmente a mulher, colocá-la de cócoras, fazê-la girar, movimentar-se nessa posição, *v.g.*) situa-se no medievo, inadmissível em pleno séc. XXI. A interferência



DVHR  
Nº 70051788081  
2012/CRIME

médica, no caso, ocorreu sob condução, em situação involuntária, sem previsão legal.

No caso concreto, destaco ter sido exatamente o que aconteceu, conforme relatou em juízo uma das agentes penitenciárias responsáveis pela revista íntima:

*D: Quem fez a revista pessoal na ré? T: A revista pessoal a gente não faz a revista nela, ela mesmo faz o agachamento e a gente só olha, quando ela abriu o canal apareceu o preservativo, daí ela tirou.*

Segundo o artigo 157 do CPP, consideram-se ilícitas as prova obtidas sem observância das normas constitucionais ou legais. No caso, nem sequer há previsão legal possibilitando a potencialidade da interferência. Há violação da normatividade constitucional. Por isso, penso ser inadmissível tal prova.

Retirada e destruída a prova considerada ilícita, nada mais resta com potencialidade probatória a dar supedâneo a um juízo condenatório, pois tudo o mais decorre do flagrante ilegal.

Por isso, dou provimento ao apelo para absolver a acusada, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP.

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI** - Presidente - Apelação Crime nº 70051788081, Comarca de Porto Alegre: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER A RÉ, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, VENCIDO O RELATOR QUE NEGAVA PROVIMENTO. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O DES. DIÓGENES."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSE RICARDO COUTINHO SILVA