



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCA DOMICILIAR ILEGAL. NULIDADE DA APREENSÃO. PROVA REMANESCENTE. INSUFICIÊNCIA.**

**I. Nulidade por violação de direito constitucional.**  
Inexiste previsão legal de busca domiciliar mediante o mero e suposto consentimento do proprietário, já que a anuência, quando de fato há, é evidentemente dada sob constrangimento. Ingresso não autorizado judicialmente, quando as investigações poderiam facilmente ter conduzido à representação por mandado de busca e apreensão. Pela clara violação ao artigo 5º, IX, da Constituição Federal, deverá ser decretada nula a apreensão dos objetos na residência do réu, remanescendo apenas a apreensão decorrente da busca pessoal e as provas dela derivadas.

**II. Tráfico de Entorpecentes.** Não há provas da atividade de traficância. A investigação procedida pela Polícia Civil conta apenas com fotografias em nada comprometedoras, pessoas não identificadas e imputações pouco detalhadas. Em juízo, nada consta além do depoimento dos policiais e da negativa do réu. Impositiva a absolvição.

**RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.  
RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)

COMARCA DE VACARIA

MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE/APELADO

SILVINO RENATO OLIBONI BORGES

APELANTE/APELADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso defensivo e absolver o réu com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, prejudicado o recurso do Ministério Público. Expeça-se alvará de soltura na origem, se por outro motivo não se encontrar segregado.

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, 15 de maio de 2014.

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,**  
Relator.

## RELATÓRIO

**DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)**

Assim constou do relatório da sentença proferida pela Juíza de Direito Anelise B. V. M. da Rocha:

O **Ministério Público** denunciou **SILVINO RENATO OLIBONI BORGES**, alcunha “Renato”, brasileiro, casado, natural de Vacaria/RS, nascido em 08/12/1959, com 56 anos de idade, filho de Avelino Oliboni e Olga Borges Oliboni, residente na Rua Borges de Medeiros, 2091, Glória, Vacaria/RS, atualmente recolhido no Presídio Estadual de Vacaria, e **VERA LÚCIA MARTINS OLIBONI**, brasileira, solteira, natural de Vacaria/RS, nascida em 23/05/1962, com 49 anos de idade, filha de Ubaldo Vicente Amaral Martins, residente na Rua Borges de Medeiros, 2091, Glória, Vacaria/RS, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *ambos* da Lei n.º 11.343/06, combinado com o artigo 40, III e VI, da mesma Lei, na forma do artigo 69 e 29 e 61, I, todos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“**1º Fato:**



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

*No período compreendido entre meados do mês de abril de 2013 e os primeiros dias do mês junho do mesmo ano, em Vacaria/RS, os denunciados **SILVINO RENATO OLIBONI BORGES** e **VERA LÚCIA MARTINS OLIBONI**, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios, vendiam, expunham à venda, forneciam e tinham em depósito, para fins de comércio, a droga conhecida como cocaína, conforme Auto de Apreensão das fl. 21/APF, fotografia (fl. 26/APF) e Laudo Provisório das fls. 30-1/APF; substância que causa dependência física ou psíquica; sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, uma vez que de uso proscrito no Brasil (Portaria nº 344/98 – SVS/MS).*

*A Polícia Civil, após receber incontáveis notícias e reclamações dando conta de um grande e intenso tráfico de drogas perpetrado pelos denunciados, bem como proceder à exaustiva e detalhada investigação, incluindo campanhas e monitoramento, constatou que os acusados, aproveitando-se das facilidades do trabalho externo e do convênio PAC da Prefeitura Municipal, realizavam vendas de drogas em ginásios esportivos mantidos pelo Poder Público, bem como realizavam entrega de drogas utilizando de um veículo VW/Santana, placas IFM-8004. No dia 03 de junho de 2013, próximo das 14h30min, os Policiais encarregados da investigação, abordaram os denunciados no ginásio de esportes do local conhecido como Km-04, ocasião em ambos foram submetidos à busca pessoal, sendo encontradas, nas vestes do acusado Silvino Renato, cinco volumes contendo cocaína sob forma de buchas, prontos e acondicionados para a revenda, com o peso aproximado de 4,09g (quatro gramas e noventa miligramas), além de certa quantia em dinheiro e telefone celular. Após a apreensão, os Policiais levaram os denunciados à residência destes, sita na Rua Borges de Medeiros, nº 2.091, Vacaria/RS, ocasião em que foram feitas buscas no imóvel, sendo encontrados, no interior de uma estufa a gás, dois volumes contendo, respectiva e aproximadamente, 13g (treze gramas) e 251,36g (duzentos e cinquenta e um gramas e trezentos e sessenta miligramas) de cocaína (fls. 21 e 26/APF).*

*O denunciado Silvino Renato, detento do regime semiaberto do Presídio Estadual de Vacaria, vendia drogas em ginásios de esportes mantidos pelo Poder Público, locais em que usufruía o benefício do serviço externo. Silvino também realizava entrega de drogas com o automóvel VW/Santana discriminado no parágrafo anterior. A denunciada Vera Lúcia, igualmente detenta do regime semiaberto do Presídio Estadual de Vacaria e do mesmo modo em gozo do benefício do serviço externo, prestava servil e indispensável colaboração, apoio moral e material, ao co-denunciado Silvino, auxiliando-o, somando esforços e*



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

*dividindo tarefas para a consecução da mercancia ilícita de entorpecentes.*

*Também foram apreendidos: **A)** 4 (quatro) telefones celulares, a saber: a1) 01 telefone celular marca ZTE, de cor preta; 02) 01 (um) telefone celular marca Motorola, de cor preta; a3) 01 (um) telefone celular marca MOX, de cor branca; e a4) 01 (um) telefone celular marca Nokia, sem bateria, IMEI 358608/04/43; **B)** 01 (uma) embalagem proveniente de chip Vivo nº 9950-6670; **C)** 01 (um) caderno contendo anotações, de marca Spider; **D)** 01 (uma) caixa de telefone celular marca Nokia Asha 305; **E)** 05 (cinco) chips de telefone celular (conforme itens 2 a 6 do recibo da fl. 91/IP); **F)** 01 (um) caderno contendo anotações; **H)** 01 (um) bloco de papel, pequeno, contendo anotações diversas; **I)** R\$ 1.190,00 (um mil, cento e noventa reais), quantia fracionada em notas de R\$ 100,00, R\$ 50,00, R\$ 20,00 e R\$ 10,00; e **J)** 01 (um) automóvel VW/Santana, placas IFM-8004.*

*Os denunciados são reincidentes específicos (Processo nº 038/2.10.0000322-0).*

*O delito era cometido nas imediações de estabelecimento hospitalar – UPA, Unidade de Pronto Atendimento da Secretaria Municipal da Saúde – e de entidades recreativas – ginásios de esportes mantidos pelo Poder Público, a saber: DMD – Departamento Municipal de Desporto, sito na Rua Campos Sales, e o ginásio anexo à Escola Municipal do KM-4.*

*A prática criminosa visava adolescentes que frequentam os ginásios de esporte mantidos pelo Poder Público.*

**2º Fato:**

*Durante o período acima compreendido, em Vacaria/RS, os denunciados **SILVINO RENATO OLIBONI BORGES** e **VERA LÚCIA MARTINS OLIBONI**, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, associaram-se para a prática de crime de tráfico ilícito de drogas, consistente em vender, expor à venda, ter em depósito, guardar, entregar a consumo e fornecer a substância entorpecente conhecida como cocaína, que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, uma vez que de uso proscrito no Brasil (Portaria nº 344/98 – SVS/MS).*

*Por ocasião das investigações que culminaram na apreensão de drogas discriminada no 1º Fato delituoso narrado acima, Policiais Civis da Delegacia de Polícia local, receberam diversas informações de que os denunciados **SILVINO RENATO OLIBONI BORGES** e **VERA LÚCIA MARTINS OLIBONI**, agindo com vínculo associativo e propósito societário, vínculo este de caráter duradouro e estável, expunham à venda, tinham em depósito, guardavam e entregavam a consumo, em ginásios de esportes mantidos pelo Poder Público e outros locais, além*



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

*de realizar entregas, a substância entorpecente conhecida como cocaína.*

*Os denunciados são reincidentes específicos (Processo nº 038/2.10.0000322-0).*

*O delito era cometido nas imediações de estabelecimento hospitalar – UPA, Unidade de Pronto Atendimento da Secretaria Municipal da Saúde – e de entidades recreativas – ginásios de esportes mantidas pelo Poder Público, a saber: DMD – Departamento Municipal de Desporto, sito na Rua Campos Sales, e o ginásio anexo à Escola Municipal do KM-4.*

*A prática criminosa visava adolescentes que frequentam os ginásios de esporte mantidos pelo Poder Público.”*

Os acusados foram presos em flagrante delito (fls. 12/13), cujo auto foi homologado e convertida a prisão em preventiva (fls. 57/58).

Sobrevieram pedidos de concessão de liberdade (fls. 64; 108), os quais foram indeferidos (fls. 71; 110)

Notificados, os réus apresentaram defesa preliminar por intermédio da Defensoria Pública, com rol de 03 (três) testemunhas (fls. 111/113; 128).

A denúncia foi recebida em 09/08/2013 (fl. 114).

Foi concedida medida liminar no *Habeas Corpus* n.º 70056018252 para fins de conceder liberdade à ré Vera Lúcia Martins Oliboni (fls. 119/120; 158/161), cujas informações foram apresentadas à fl. 125.

Durante a instrução foram interrogados os réus e ouvidas 08 (oito) testemunhas e interrogados os réus (fls. 132/137; 166/172). Declarada encerrada a instrução, foi aberto às partes prazo sucessivo de 05 (cinco) dias para apresentação de memoriais (fl. 165).

Em alegações escritas, o Ministério Público, analisando o conjunto probatório e diante da inexistência de causas de exclusão de antijuridicidade e de culpabilidade, requereu a condenação do réu Silvano Borges às sanções do artigo 33, combinado com o artigo 40, III, da Lei 11.343/06 e artigo 60, I, do Código Penal. Postulou a absolvição do réu Silvano em relação ao segundo fato delituoso, com base no artigo 386, VII, do CPP e a absolvição da ré Vera, com base no artigo 386, VII, do CPP (fls. 181/188).

A defesa, por sua vez, preliminarmente, afirmou que não houve ordem judicial a autorizar o ingresso dos policiais na residência dos réus não havia situação de flagrância. Referiu que, em razão da prisão estar em desconformidade com os requisitos legais, se faz presente a teoria dos frutos da árvore envenenada. Argumentou que a abordagem policial foi ilegal, o que torna a prova ilícita e contamina todo o material probatório. No mérito, afirmou que não há provas de que o réu Silvano traficava e não houve apreensão de petrecho de comercialização em seu poder. Afirmou que os depoimentos dos policiais não são suficientes para embasar condenação, os quais se limitam a alegar supostas



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

denúncias. Argumentou que os depoimentos do Delegado Anderson e o do policial Ronaldo são contraditórios. Aduziu que não há um padrão de consumo de drogas para distinguir um usuário de um traficante, devendo analisar-se as circunstâncias do caso concreto. Em relação ao delito de associação e em relação à conduta da ré Vera, reiterou o pedido de absolvição formulado pela agente ministerial. Postulou a absolvição dos réus, com base no artigo 386, VII, do CPP, ou, subsidiariamente, a desclassificação do delito para o de uso de drogas e, sendo desclassificado, requereu a extinção da punibilidade em face do tempo da custódia cautelar. Em caso de condenação, postulou o reconhecimento da privilegiadora, a aplicação da atenuante da confissão e daquela prevista no artigo 66 do CP, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e fixação de regime de cumprimento de pena aberto. Postulou fossem observadas as disposições da Lei n.º 12.736/2012 e a concessão da Justiça Gratuita (fls. 189/198). A ré Vera constituiu novo procurador (fl. 199), o qual apresentou memoriais às fls. 202/207, nas quais afirmou que as provas carreadas não são suficientes para a condenação. Invocou a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Postulou a absolvição, com base no artigo 386, VI, do CPP. Propugnou pela restituição do veículo VW/Santana, IFM 8004, ante a falta de pedido de perdimento e não estar comprovado que o mesmo foi utilizado na empreitada criminosa (fls. 202/207).

Acrescento ter havido condenação de Silvino Renato Oliboni Borges pela prática do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 dias-multa, à razão mínima legal.

O Ministério Público, pela agente Karina Mariotti, interpôs recurso de apelação requerendo a incidência do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 (fls. 236-243).

A defesa constituída na pessoa do advogado Renan Kramer Boeira também apelou, argüindo preliminar de nulidade em razão do ingresso ilegal dos policiais na casa dos denunciados, e, no mérito, postulando a absolvição por insuficiência probatória, ou, ainda, a desclassificação para o delito de consumo pessoal. Por fim, requereu a restituição do veículo VW/Santana apreendido, por pertencer a terceiro de boa-fé (fls. 270-291).



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Oferecidas as contrarrazões (fls. 245-270 e 299-307).

Em segundo grau, o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do recurso defensivo e provimento do recurso ministerial (fls. 309-320).

Ao fim, sobreveio ofício informando a restituição do automóvel à empresa requerente Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A (fl. 327).

É o relatório.

## VOTOS

### DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

#### I. Inviolabilidade de Domicílio

Verifico que não foi observado o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Corolário desta constatação é a decretação de nulidade da prova produzida.

Ao que se constata dos autos, houve manifesta ilegalidade na busca domiciliar procedida pelos agentes policiais na ocasião dos fatos. Segundo os relatos, o réu teria sido flagrado no Ginásio de Esportes Municipal em posse de 4,09g de cocaína, fracionadas em 05 buchas, após investigação preliminar deflagrada em razão de informações anônimas.

Segundo relatos dos policiais, o flagrado teria sido conduzido ao seu domicílio para buscar alguns pertences, mas, por suspeitarem haver outras provas materiais no interior do local, procedeu-se ao ingresso mediante a anuência do réu.

Ressalte-se que não houve mandado de busca e apreensão. O flagrante se deu em local distante cerca de 06km da residência, não justificando o ingresso não autorizado judicialmente. Ainda mais considerado



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

que, nesse caso, em razão das prévias investigações, facilmente poderia ter havido representação por mandado de busca e apreensão.

Não existe previsão legal para a busca domiciliar a partir da permissão informal do proprietário. Do consentimento a que se refere o artigo 5º, XI, da CF não se infere que poderão ser realizadas buscas sem determinação judicial, apenas sob a anuência do morador. Se assim fosse, veríamos-nos diante de um quadro temerário, no qual os mandados de busca e apreensão seriam dispensáveis, já que polícia sempre poderia conseguir, extrajudicialmente, o “consentimento” do proprietário. Afinal, é de se ter em conta que, nas circunstâncias descritas nos autos esse aval foi dado sob constrangimento. **Clara, portanto, a violação ao artigo 5º, inciso XI, das Constituição Federal:**

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;

Ora, se a Constituição estabelece que a casa é **ASILO INVOLÁVEL**, isso significa dizer que apenas e tão somente em estrita observância dos casos previstos em lei é que se pode proceder ao ingresso na residência alheia. Entre tais hipóteses, a mera suspeita de prática de ilícito criminal não é apta a relativizar o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio.

Certo é que a norma constitucional comporta exceção – flagrante delito, por exemplo – mas, para validade da violação ao direito destacado, deve-se ter **certeza** da ocorrência do crime, não cabendo sua comprovação *a posteriori*, depois de já violado o domicílio, sob pena de





DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

enfraquecer o comando constitucional, que deveria ser assegurado a todos os cidadãos e, via de consequência, tornar inválida a prova produzida.

Acerca do tema já me manifestei anteriormente:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECLUSÃO. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. Resposta à acusação. Inexistência de nulidade por inobservância do artigo 396 do Código de Processo Penal. A formalização de tal defesa possui a mesma finalidade da Defesa Prévia prevista no artigo 55 da Lei nº 11.343/2006. Necessário que se demonstre, no caso concreto, a existência de prejuízo a defesa do réu. Violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal. A nulidade referida constitui-se vício de caráter relativo, cujo reconhecimento depende, necessariamente, de consignação expressa em momento oportuno, bem como demonstração da ocorrência de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Inviolabilidade do domicílio. A residência/domicílio como ASILO. 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 informação anônima ou não da prática de delito em algum domicílio/residência, é indispensável a prévia obtenção de mandado judicial de busca e apreensão. **Aliás, informação anônima deve ser objeto de preliminar investigação policial. 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.** 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. APELAÇÕES PROVIDAS. (Apelação Crime Nº 70051282796, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 13/12/2012).

Do que se conclui que eventuais suspeitas devem, antes, ser submetidas a investigações e, ainda, **ao crivo judicial para a obtenção do devido mandado de busca e apreensão.**

Aliás, considera-se ilegal mesmo a busca domiciliar que, *munida de mandado*, se revela excessiva e discricionária, procedendo à



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

apreensão aleatória franqueada pela “carta branca” concedida. Acrescento, sobre isso, ementa de precedente do Supremo Tribunal Federal:

AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa". Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "deletada", é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. A garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) para nada vale quando esses excessos tornam-se rotineiros.  
(HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640)

A apreensão ilegal procedida no domicílio do acusado é uma das provas prova que deu vazão a persecução penal, que se estendeu desde a abertura de inquérito, oferecimento e recebimento de denúncia e fase processual, até a condenação em primeira instância.

No entanto, os atos posteriores não são dependentes unicamente da busca domiciliar ilegal, mas também da apreensão procedida na busca pessoal, essa sim revestida de legalidade, pois realizada mediante fundadas suspeitas e em flagrante delito. Nesse caso, os atos processuais posteriores à prova nula não são dela dependentes, não devendo sofrer



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

nulidade por derivação. Assim, serão admitidas para fins de análise probatória, mas apenas no que se referem à apreensão de 4,09g de cocaína em posse do réu, **sendo totalmente desconsiderada as apreensões realizadas na residência do acusado.**

## II. Materialidade

A materialidade delituosa, **relativamente ao restante das possibilidades da acusação, aquelas concernentes à apreensão no citado ginásio esportivo**, está consubstanciada na apreensão de 4,09g de cocaína, fracionadas em 05 buchas pequenas, em poder de Silvino Borges (fl. 25), assim como no respectivo laudo pericial (fl. 153).

**Desde já confirmo que não serão considerados, para fins de apreciação probatória, os objetos apreendidos na residência do casal, em razão da ilegalidade antes referida.**

Verifico, ademais, constar na solicitação de perícia criminal da substância encontrada em posse do réu o fato de que foram remetidas para análise 0,88g de um total de 3,18g, em evidente contradição com o auto de apreensão de um total de 4,09g (fl. 79).

## III. Autoria

Ao que consta dos autos, a Sessão de Investigações da Polícia Civil do município de Vacaria/RS teria recebido uma série de informações anônimas a respeito da atividade de traficância por parte do casal Silvino Borges e Vera Oliboni, a partir das quais teria procedido à minuciosa investigação. Na ocasião do flagrante, conforme consta do depoimento do condutor (fl. 14), teriam observado um “conhecido usuário” de drogas entrar e sair rapidamente do ginásio onde, supostamente, ocorreria a venda dos



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

entorpecentes, motivo por que decidiram abordar os investigados e com Silvino encontraram cinco bichinhas de cocaína.

De acordo com o Relatório de Investigação juntado às fls. 82-85, *“foi possível fotografar possíveis usuários chegando de carro no Ginásio de Esporte DMD, local de trabalho do casal, onde logo após entrarem no Ginásio e logo retornavam aos seus veículos e vão embora”*. Tais fotografias, no entanto, limitam-se a capturar imagens de automóveis estacionados em locais diversos, pessoas não identificadas ingressando em veículos e o réu junto ao VW/Santana apreendido. Nada a sugerir qualquer atividade comprometedor por parte do recorrente. Importa questionar, neste ponto, o motivo de não terem sido abordados os “possíveis usuários” amplamente referidos pelo relatório, já que se trata de prova de extrema relevância à persecução criminal.

Conforme a prova produzida em juízo, a versão acusatória amparada pelos policiais militares é a de que o recorrente estaria sendo investigado há alguns dias pela equipe, quando, em dado momento, *“chegou uma pessoa de automóvel, desceu, falou com o Renato e teve uma movimentação como se fosse a entrega de alguma coisa e em seguida saiu. Aí o pessoal da cessão de investigação que estava acompanhando já há bastante tempo disseram que seria o movimento de abordagem, saímos rapidamente do local e fomos até o ginásio”* (Delegado de Polícia Anderson Lima, fl. 132). Ainda conforme depoimento do Delegado, embora a investigação já durasse quase um mês, só participou da última campanha, quando foi preso o réu, por ter sido informado pela equipe que naquele dia possivelmente haveria uma entrega de drogas. Através desse relato, uma questão que inevitavelmente se insurge é a origem dessa precisa informação, já que nada consta nos autos a respeito.



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

Silvino Borges, a sua vez, negou a prática do delito, alegando ser usuário de cocaína e aduzindo estar em posse do entorpecente para o seu consumo pessoal, durante o expediente, dentro do banheiro. Ainda referiu estar, na época, em trabalho externo, na obrigação de retornar ao presídio todas as noites às 19h. Sobre a situação referida pelos policiais de que havia sido flagrado, juntamente com seu filho, conversando com um terceiro indivíduo dentro do veículo VW/Santana, de propriedade daquele, no interior do estacionamento do Supermercado Serrano, assim declarou: “*Mas eu acho que isso é coisa normal Doutora, eu falar com as pessoas, estou preso, mas não estou proibido de conversar com ninguém acho eu e sair com meu filho no supermercado, acho que é normal, isso aí eu acho que não tem nada que me proibida de fazer*” (fls. 169-171).

De fato, o que diz o réu é que as supostas evidências auferidas pela investigação e campanhas prévias não dão conta de comprovar nada além de atividades cotidianas, próprias a qualquer pessoa. Não se nega a possibilidade de que, naquela ocasião, assim como em outras, estivesse o réu praticando tráfico de entorpecentes, mas apenas que sobre isso haja comprovação. As fotografias acostadas aos autos nada indicam nesse sentido, não representando mais que cenários e situações comuns.

Seria o caso de haver outros elementos que amparassem a versão acusatória, como mandado de busca e apreensão, oitiva de algum consumidor, ou gravação vídeo que acompanhasse a campanha realizada. Restou, sinteticamente, apenas a palavra dos policiais e os documentos pouco esclarecedores por eles produzidos.

Para que fosse confirmada a condenação, necessariamente o Judiciário teria de crer apenas na palavra dos policiais, sem outros elementos de prova que confirmem essa palavra. Não se diga que não se dá crédito aos policiais, mas a própria lei, o Código de Processo Penal, exige



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

rigor na investigação, como quando, por exemplo, exige que sejam realizados autos de apreensão, de busca, de avaliação, exames periciais, enfim a documentação necessária, pois, definitivamente, não é suficiente a palavra dos policiais para condenação. E isso é retirado da própria legislação.

É verdade, e isso fica confirmado, que no Brasil se investiga de menos – e mal – e se acusa demais – e mal –, crendo que o Poder Judiciário, o guardião das liberdades, que detém – ou deve deter – o atributo da imparcialidade, deva se compadecer com acusações de fatos graves que não apresentam prova clara, esclarecedora, definitiva, da versão acusatória.

No caso dos autos impunha-se maior e melhor investigação\_e, também, a vinda de outros elementos de prova que autorizassem, indubitavelmente, a condenação.

Impossibilitada a desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06 (para consumo pessoal), já que esta não foi a causa de pedir da denúncia. Na espécie, não há *emendatio libelli* (artigo 383 do CPP), mas *mutatio libelli* (artigo 386 do CPP), motivo pelo qual se impõe a absolvição.

Deste modo, impositiva a absolvição do réu pela prática dos delitos dispostos no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Resta, portanto, prejudicado o recurso do Ministério Público.

Determino seja expedido em favor do réu o respectivo alvará de soltura na origem, se por outro motivo não se encontrar segregado.

#### **IV. Dispositivo**

Diante do exposto, dou provimento ao recurso defensivo e absolvo o réu das sanções dos artigos 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal,



DVHR

Nº 70058172628 (Nº CNJ: 0009825-70.2014.8.21.7000)  
2014/CRIME

prejudicado o recurso do Ministério Público. Expeça-se alvará de soltura na origem, se por outro motivo não se encontrar segregado.

**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 70058172628, Comarca de Vacaria: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E ABSOLVERAM O RÉU COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PREJUDICADO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA NA ORIGEM, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO SE ENCONTRAR SEGREGADO"

Julgador(a) de 1º Grau: ANELISE BOEIRA V MARIANO DA ROCHA