



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CULTIVO DE MACONHA. USO DE INSTRUMENTOS DESTINADOS À PREPARAÇÃO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE IMÓVEL PARA O TRÁFICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PELA OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGALIDADE DA AÇÃO POLICIAL EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA.

As circunstâncias dos autos evidenciam a ocorrência de violação de domicílio. Ingresso em residência alheia, sem mandado judicial, mediante arrombamento da porta, em período noturno, na ausência do morador, com “autorização” da síndica do prédio, e com base tão somente em uma informação anônima recebida e registrada pela polícia. A subsequente (e sempre eventual) apreensão efetiva de drogas não é capaz de suprimir a ilicitude que lhe antecedeu. A norma prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição não admite interpretação ampliativa de modo a viabilizar violações do domicílio, do asilo, sem base constitucional. 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.

RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE

RÉU

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 negar provimento ao recurso do Ministério Público e manter a sentença



DVHR
Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

absolutória, com o encaminhamento de cópia do acórdão ao Ministério Público diante da eventual prática de delito, como requerido pela defesa.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE) E DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES.**

Porto Alegre, 23 de março de 2016.

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

O Ministério Público denunciou o Réu nos seguintes termos (fls. 02-06):

FATO 1:

“No dia 27 de julho de 2012, na Rua (...), em Caxias do Sul, o denunciado guardou e trouxe consigo cocaína, na forma de três pedras de crack, pesando aproximadamente 972,08g, 213,65g e 86,98g, respectivamente; cocaína, na forma de um pacote contendo diversas pedras pequenas de crack, pesando aproximadamente 114,66g; e, por fim, cocaína, na forma de forma de quatro embalagens contendo pó branco, pesando, respectivamente, 45,82g, 580,87g, 368,58g e 1,533,67kg, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cfe. Portaria n.º 344/98 da SVS/MS e Laudos Preliminares sobre a natureza da droga).”

FATO 2:

“Nas mesmas condições de tempo e local, o denunciado cultivou e colheu a planta *cannabis sativa*, popularmente conhecido por maconha, vegetal que se constitui matéria-prima para a preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cfe. Portaria n.º 344/98 da SVS/MS e Laudo Preliminar sobre a natureza da droga).”

FATO 3:

“Em ação que teve início em data ignorada, mas perdurou até o dia 27 de julho de 2012, na Rua (...), em Caxias do Sul, o denunciado guardou possuiu e utilizou um temporizador,



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

marca Avant; dois termômetros digitais, cor azul, marca Mimipa, modelo MT – 220; um termômetro digital, cor preta, marca Danfos; um aquecedor de água, com ventana, marca Resun; um aquecedor de ambiente, com lâmpada, Marca Philips; uma balança de precisão, marca Powerpack, modelo PW – 1001, que constituem **aparelhos e instrumentos destinados à preparação e produção de drogas**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

FATO 4:

“Em ação que teve início em data ignorada, mas perdurou até o dia 27 de julho de 2012, o **denunciado utilizou o bem imóvel** localizado na Rua (...), em Caxias do Sul, do qual tem propriedade, posse, administração, guarda e vigilância, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, **para a prática do tráfico de drogas.**”

CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS AOS FATOS DELITUOSOS:

Na ocasião, Policiais Militares em atividade ostensiva receberam informações de que o indivíduo residente no endereço supracitado traficava drogas, distribuindo-as na localidade, e de que havia fortes odores no local. Além disso, foram os policiais informados de que, naquela noite, o denunciado estaria realizando entrega de entorpecentes (histórico de comunicação policial da fl. 11/IP).

Os milicianos deslocaram-se ao apartamento do denunciado e lá encontraram laboratório de entorpecentes, com balança de precisão, termômetros, temporizador e aquecedor de ambiente, tudo a guarnecer as condições ideais de cultivo de doze plantas de maconha que lá se encontravam, além de outras nove plantas de maconha já colhidas e sem folhas, “debastadas”. No local, verificou-se haver, ainda, um manual para cultivo de “Cannabis”. Além disso, os policiais localizaram no apartamento do denunciado *cocaína*, na forma de pedras e barras de *crack*, e também cocaína em pó, acondicionada em embalagens plásticas.

Durante a apreensão, o denunciado chegou à casa, a bordo de seu automóvel (...), sendo com ele apreendidos um telefone celular, marca Blackberry, (...), com chip da Operadora Oi, além de R\$ 130,00 em moeda corrente nacional e um pacote contendo diversas pedras de crack.

O Réu foi preso em flagrante delito, e os objetos retrorreferidos restaram apreendidos (cf. autos de apreensão das fls. 08-10/IP e aporte fotográfico das fls. 34-45/IP).

Os bens apreendidos, inclusive o veículo e o imóvel localizado na Rua (...), deverão ter o perdimento decretado ao final do processo, na forma do artigo 63, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

ASSIM AGINDO, incorreu o denunciado nas sanções do art. 33, *caput* (FATO 1), art. 33, §1º, inciso II (FATO 2), art. 33, §1º, inciso III (FATO 3) e artigo 34 (FATO 4), todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal, com os



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

consectários da Lei nº 8.072/90 (crime equiparado a hediondo, conforme art. 5.º, inciso XLIII, da CF/88)

Assim constou do relatório da sentença proferida pela Juíza de Direito Sonáli da Cruz Zluhan (fls. 441-444):

Notificado (fl. 211), o acusado apresentou resposta à acusação através de defensor constituído, indicando cinco testemunhas (fls. 182/204).

A denúncia foi recebida em 01 de outubro de 2012 (fl. 212 e verso), sendo o réu regularmente citado (fl. 218).

Durante a instrução, foram ouvidas três testemunhas de acusação (fls. 229/239 e 329/353) e cinco de defesa (fls. 239/259). Ao final, o acusado foi interrogado (fls. 333verso/341).

Encerrada a fase probatória, atualizaram-se os antecedentes criminais, abrindo-se o prazo para oferecimento de memoriais em substituição aos debates orais.

O Ministério Público requereu a condenação **do Réu** como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, art. 33, §1º, incisos II e III e artigo 34, todos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal, com os consectários da Lei nº 8.072/90.

A Defesa, por sua vez, postulou a absolvição com fundamento no art. 386, incisos V, VII ou II do Código de Processo Penal, a desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06; na hipótese de condenação, a aplicação da pena-base no mínimo cominado ao crime, o reconhecimento da minorante do §4º do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em grau máximo (2/3), aplicação do regime aberto para cumprimento da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aplicação da atenuante da confissão espontânea, a exclusão da multa ou aplicação no mínimo legal, a concessão da AJG, o direito de apelar em liberdade, a restituição do monetário apreendido, do celular e do veículo GM Corsa ICQ, o último sem a necessidade de qualquer pagamento. Sendo indeferido o pedido de restituição, a nomeação do acusado como fiel depositário até sentença final.

Vieram os autos conclusos para sentença.

Acrescento ter havido **absolvição do Réu**, fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Representando o Ministério Público, a Promotora de Justiça Jeanine Mocellin interpôs recurso de apelação, requerendo a condenação **do Réu** nos termos da denúncia, por haver clara caracterização de tráfico de drogas (fls. 454-474).



DVHR
Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Oferecidas as contrarrazões, os advogados Fernando de Souza Alves e Andrei Felipe Valandro postularam a manutenção da sentença, ou, alternativamente, o enfrentamento das teses defensivas apresentadas em memoriais escritos. Ainda, pleiteou fosse oficiado à Corregedoria da Brigada Militar a fim de serem apurados “os crimes cometidos pelos milicianos” (fls. 477-491).

Em segundo grau, a Procuradora de Justiça Ana Rita Nascimento Schinestsck manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 522-530).

É o relatório.

VOTOS

DES. DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO (RELATOR)

I. Materialidade

A materialidade restou consubstanciada na apreensão de 01 balança de precisão; 01 temporizador; 03 termômetros digitais; 01 aquecedor de água e 01 aquecedor de ambiente; 01 balde plástico contendo 09 pés desbastados de maconha; 01 manual para cultivo de *Cannabis*; 12 baldes plásticos contendo um pé de maconha cada um, com altura média de 40 a 60 centímetros; 03 pedras de *crack* pesando 972g, 214g e 87g; 04 embalagens plásticas, todas contendo um pó branco, pesando 45g, 581g, 369g e 1.534g, tudo no interior do apartamento do Réu (fls. 11-12). Em poder do Réu, foram apreendidos R\$ 130,00 em espécie; 01 aparelho celular; 01 pacote contendo diversas pedras de *crack* pesando 114g e 01 automóvel GM/Corsa Wind de placas (...) (fl. 13).

Fotografias às fls. 143-154.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

As substâncias foram submetidas à perícia definitiva, elaborada pelo Instituto Geral de Perícias, que resultou em **positivo para canabinoides**, característica da espécie vegetal *Cannabis sativa* (fl. 263), **positivo para cocaína** (fls. 264, 266 e 267) e **negativo para cocaína** (fl. 265, 268 e 269). Registro que a *Cannabis sativa* é planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas prevista no item 01 da Lista E da Portaria 344/98 da ANVISA, e a *cocaína* é substância entorpecente prevista no item 08 da Lista F1 da mesma Portaria.

Digno de registro que, conforme o interrogatório do réu em juízo (fl. 335v), bem como o relato do policial **M. P.** (fl. 229v), a substância confundida com cocaína era na verdade fertilizante para o cultivo de *Cannabis*.

II. Autoria e tipicidade

Acertada a decisão de primeira instância. Ao que se infere dos autos, especialmente pelo relato dos policiais, houve ingresso na residência do réu sem autorização judicial, como medida de “averiguação” a uma “denúncia anônima” recebida (registrada à fl. 14). O acesso ao apartamento teria se dado mediante **arrombamento da porta** (fotografia de fl.197), após constatação de “cheiro de droga” e “autorização” da síndica do prédio (...) – fl. 219).

Registro que, apesar de não ter constado da narrativa fática da denúncia, a comunicação de ocorrência se deu às 23h37min (fl. 08). Assim, em resumo, **houve ingresso em domicílio alheio, mediante arrombamento da porta, em período noturno, na ausência do morador, com “autorização” da síndica do prédio, com base tão somente em uma informação anônima recebida e registrada pela polícia.**

Evidentemente que a subsequente apreensão efetiva de drogas não é capaz de suprimir a ilicitude que lhe antecedeu, mormente



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

porque era *plenamente possível*, no caso concreto, proceder a investigações que justificassem a expedição do mandado de busca domiciliar.

Consta dos autos o registro da única informação anônima recebida. Cumpre ressaltar que “denúncias anônimas” são elementos informativos capazes de deflagrar averiguações preliminares, mas não constituem prova processual nem são capazes de subsidiar, sozinhas, qualquer medida investigatória invasiva – e nem mesmo a abertura de inquérito. Nesse sentido há farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE MANDADO E DE AUTORIZAÇÃO DO MORADOR. REALIZAÇÃO SEM INDICAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NECESSIDADE DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE.

1. Ainda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. **Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 03/09/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMERCIALIZAÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS CONTROLADOS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS FONTES. NULIDADE DA PROVA COLHIDA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado (HC 83.830/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 09/03/2009).

2. Não há nulidade quando, ao receber uma notícia anônima, o membro do Ministério Público, em observância aos preceitos legais, solicita à Autoridade Policial a realização de investigações



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

preliminares a fim de averiguar os fatos narrados e, após evidenciada a verossimilhança da narrativa, requer ao Juízo competente a expedição de mandado de busca e apreensão.

3. No caso dos autos, entretanto, **como o Juízo monocrático deferiu a medida cautelar amparando-se unicamente na notícia anônima apresentada, revela-se nulo o procedimento adotado, impondo, por conseguinte, o desentranhamento das provas dele decorrentes.**

Precedentes.

4. Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes do mandado de busca e apreensão autorizado com base unicamente em denúncia anônima.

(RHC 29.447/MG, Rel. **Ministra LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. DENÚNCIA. FURTO QUALIFICADO, CORRUPÇÃO ATIVA E QUADRILHA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS BASEADAS UNICAMENTE EM NOTÍCIA ANÔNIMA. ILICITUDE DAS PROVAS CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

(...)

4. A jurisprudência desta Corte tem prestigiado a utilização de notícia anônima como elemento desencadeador de procedimentos preliminares de averiguação, repelindo-a, contudo, como fundamento propulsor à imediata instauração de inquérito policial ou à autorização de medida de interceptação telefônica.

5. Com efeito, uma forma de ponderar e tornar harmônicos valores constitucionais de tamanha envergadura, a saber, a proteção contra o anonimato e a supremacia do interesse e segurança pública, é admitir a denúncia anônima em tema de persecução penal, desde que com reservas, ou seja, tomadas medidas efetivas e prévias pelos órgãos de investigação no sentido de se colherem elementos e informações que confirmem a plausibilidade das acusações.

6. Na versão dos autos, algumas pessoas - não se sabe quantas ou quais - compareceram perante investigadores de uma Delegacia de Polícia e, pedindo para que seus nomes não fossem identificados, passaram a narrar o suposto envolvimento de alguém em crime de lavagem de dinheiro. Sem indicarem, sequer, o nome do delatado, os noticiantes limitaram-se a apontar o número de um celular.

7. A partir daí, sem qualquer outra diligência, autorizou-se a interceptação da linha telefônica.

8. Desse modo, a medida restritiva do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas encontra-se



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

maculada de nulidade absoluta desde a sua origem, visto que partiu unicamente de notícia anônima.

9. A Lei nº 9.296/96, em consonância com a Constituição Federal, é precisa ao admitir a interceptação telefônica, por decisão judicial, nas hipóteses em que houver indícios razoáveis de autoria criminosa.

Singela delação não pode gerar, só por si, a quebra do sigilo das comunicações. Adoção da medida mais gravosa sem suficiente juízo de necessidade.

10. O nosso ordenamento encampou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual não se admitirá no processo as provas ilícitas, isto é, contaminadas por vício de ilicitude ou ilegitimidade, sendo certo que todas as demais delas decorrentes também estarão contaminadas com tal vício e deverão ser expurgadas do processo.

11. Habeas corpus não conhecido. Writ deferido de ofício.

(HC 204.778/SP, Rel. **Ministro OG FERNANDES**, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 29/11/2012)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 3º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 E NOS ARTS. 325 E 319 DO CÓDIGO PENAL. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NÃO REALIZADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA APENAS COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. 1. Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima. **O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial.** Precedente. 2. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente. 3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar. Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida.

(HC 108147, Relator(a): **Min. CÁRMEN LÚCIA**, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013).



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Ora, não se pode admitir o raciocínio de que o tráfico, enquanto crime permanente, está sempre em flagrante delito e, por isso, sempre excepcionando a norma do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Por certo, **o flagrante delito previsto no mencionado dispositivo não se refere a casos como o dos autos, em que é possível a investigação, o monitoramento, a representação por mandado, etc., mas sim àqueles em que se visualiza a ação criminosa ocorrendo e somente se pode detê-la com o ingresso no domicílio:**

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;

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

Nesse sentido tenho me manifestado em diversos julgados anteriores, entendimento também adotado pelos demais integrantes da Terceira Câmara Criminal:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Exame de corpo de delito. Muito embora o réu tenha relatado tortura e agressões no momento da prisão, e tenha havido confirmação, por policiais civis arrolados pela defesa, de que o policial militar que efetuou a apresentação do preso se negou a fornecer detalhes da ocorrência, não há nos autos exame de corpo de delito. Violação de domicílio. Além disso, a narrativa do flagrante oferecida pelos policiais militares não deixa dúvida de que houve, na espécie,



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

violação de domicílio. O fato de um indivíduo correr para abrigar-se em sua casa ao perceber a atuação da polícia nas proximidades não consubstancia a situação de flagrante delito apta a excepcionar a norma contida no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal, quando nenhuma prática ilícita foi visualizada pela guarnição. A casa é ASILO INVOLÁVEL do cidadão, sendo vedado o ingresso sem autorização judicial. Seria caso de declarar ilícita a prova material produzida sob violação de garantia constitucional, bem como a contaminação de todos os demais atos posteriores, não fosse o fatos de que, meritoriamente, inexistem provas suficientes à condenação. Tráfico de drogas. Não restou esclarecida a localização das substâncias entorpecentes - se na casa ou em revista pessoal -, havendo divergência entre os relatos dos policiais. A quantia apreendida (24 pedras de crack pesando 3,6g) não indica, por si só, a destinação circulatória da droga. Insuficiência de provas acerca da prática delitiva denunciada, o que conduz à manutenção da absolvição. RECURSO DESPROVIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. (Apelação Crime Nº 70058017807, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **Diogenes Vicente Hassan Ribeiro**, Julgado em 25/06/2015)

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA OBTIDA ATRAVÉS DE VIOLAÇÃO DO DOMICILIO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. A apreensão da substância entorpecente e que sustentam toda a materialidade delitativa está fundada em prova absolutamente ilícita, pois obtida com violação à proteção do domicílio. Não há qualquer outro elemento de prova que poderia embasar a condenação que não o produzido ilegalmente apreendido, razão pela qual a sentença a quo deve ser reformada para absolver o réu, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70064199581, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **Sérgio Miguel Achutti Blattes**, Julgado em 18/06/2015)

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARGUIÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA MATERIAL EM RAZÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA OU RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA E CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Apreensão de drogas feita no curso de busca domiciliar não autorizada constitui prova material ilícita, a impedir a condenação. Ilicitude da busca reconhecida conforme precedentes da Terceira Câmara Criminal, com a conseqüente absolvição da acusada. Prova quanto ao mais que tampouco suporta o juízo de certeza manifestado, em razão da contradição entre os ditos do único policial militar ouvido em juízo, somada à não identificação do suposto usuário abordado. Circunstâncias que desacreditam os ditos do autor da prisão, fortalecendo as alegações da ré em defesa pessoal, suscitando dúvida que deve



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

ser resolvida em seu favor. À UNANIMIDADE, RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISOS II E VII. VOTO VENCIDO QUE O FAZ APENAS COM BASE NO INCISO VII. (Apelação Crime Nº 70060452844, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **João Batista Marques Tovo**, Julgado em 21/05/2015)

Ora, se a Constituição diz que a casa é **ASILO INVOLÁVEL**, isso significa dizer que há critérios legais rigorosamente estabelecidos para excepcionar essa norma, não se podendo violá-la pela mera suspeita de cometimento de crime - caso contrário a casa não seria ASILO, ou, então, não se cumpriria a Constituição.

Em termos semelhantes vale citar excerto de obra de Jürgen Habermas, em que problematiza o princípio da dignidade humana:

A opinião pública alemã interessou-se pela questão da inviolabilidade da dignidade humana no ano de 2006, quando o Tribunal Federal Constitucional rejeitou a “Lei da segurança da aviação” aprovada pelo Parlamento federal (Bundestag), considerando-a inconstitucional. Na altura, o Parlamento tinha em mente o cenário do “11 de setembro”, portanto, o ataque terrorista às torres gêmeas do World Trade Center; essa lei visava proteger um número indeterminado de pessoas ameaçadas em terra; para tal, pretendia autorizar as forças armadas a abater aviões de passageiros que, numa situação desse tipo, se tivessem transformado em bombas. No entanto, na opinião do Tribunal, a morte de passageiros causada por órgãos estatais seria inconstitucional. A obrigação de respeitar a dignidade humana dos passageiros tem precedência sobre a obrigação do Estado (segundo o nº 2 do artigo 2º da Lei Fundamental) de proteger a vida das potenciais vítimas de um atentado: “(a) o dispor unilateralmente das vidas por razões de Estado, é negado(...) aos passageiros aéreos o valor atinente ao ser humano em si”. É impossível não ouvir nestas palavras do Tribunal o eco do imperativo categórico de Kant. O respeito pela dignidade humana de todas as pessoas interdita o Estado de dispor de um qualquer indivíduo como meio para um outro fim, mesmo que seja para salvar a vida de muitas outras pessoas¹.

¹ HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2012, p. 28.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Efetivamente, não é possibilitado ao 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, ou que não estivessem possuindo drogas na ocasião. Eventuais suspeitas devem, antes, ser submetidas a investigações e, ainda, ao crivo judicial para a obtenção do devido mandado de busca e apreensão.

Cito, ainda, precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal constante do HC nº 93.050, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que enuncia a nulidade de prova ilícita obtida desse modo.

A propósito, vale lembrar como se encontra expressada a Quarta Emenda da Constituição Americana, de 1791, que constitui uma das emendas do chamado “*Bill of Rights*”:

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized².

E, acrescente-se, a citação acima é feita apenas para observar que, no direito norte-americano, vige princípio que arreda a revista pessoal ou a violação do domicílio arbitrária ou sem razoabilidade **desde 1791, ou seja, há mais de 200 anos**. Por igual, não é expedido mandado com base em boatos ou denúncia anônima. Aqui no Brasil cumpria que fosse aplicada Constituição Federal, de 1988, conforme expressa o art. 5º, XI.

² ARTIGO IV

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Nessa linha de raciocínio, cumpre ter em conta também o texto constitucional da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, que se expressa, acerca do direito fundamental em exame, nos seguintes termos:

Artigo 13

[Inviolabilidade do domicílio]

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada.

(3) Quando determinados fatos justificam a suspeita que alguém tenha cometido um delito, determinado de forma específica pela lei como delito especialmente grave, poderão ser utilizados, com base numa autorização judicial, recursos técnicos de vigilância acústica das residências onde se encontra presumivelmente o suspeito, caso a investigação dos fatos se torne, de outra forma, desproporcionalmente difícil ou sem perspectiva de êxito. A medida tem de ter duração limitada. A autorização deve ser expedida por uma junta de três juizes. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por um único juiz.

(4) Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, em especial um perigo para a comunidade ou a vida, os recursos técnicos de vigilância de residências só poderão ser empregados com base numa autorização judicial. Se a demora implicar em perigo iminente, a medida poderá ser autorizada por outro órgão determinado pela lei; uma autorização judicial deve ser requerida sem demora.

(5) Se os recursos técnicos estão previstos exclusivamente para a proteção de pessoas que participam da investigação nas residências, a medida pode ser ordenada por um órgão determinado por lei. Uma utilização com outra finalidade dos conhecimentos adquiridos em tal ação só será permitida se servir à persecução penal ou à prevenção de perigo e somente se a legalidade da medida for verificada previamente por um juiz; se a demora implicar em perigo iminente, a autorização judicial deve ser solicitada sem demora.

(6) O Governo Federal apresenta anualmente um relatório ao Parlamento Federal sobre a utilização de recursos técnicos realizada com base no §3, assim como no âmbito da competência da Federação, segundo o §4 e, à medida em que se exija controle judicial, segundo o §5. Uma comissão nomeada pelo Parlamento Federal exerce o controle parlamentar com base nesse relatório. Os Estados asseguram um controle parlamentar equivalente.

(7) De resto, só podem ser praticadas intervenções ou restrições que afetem esta inviolabilidade na defesa contra perigo comum ou perigo de vida individual; em virtude de lei, tais medidas também podem ser praticadas com o fim de prevenir perigos iminentes para a segurança e a ordem públicas, especialmente para sanar a escassez de moradias, combater ameaças de epidemia ou proteger jovens em perigo. Como se vê, impositivo que, antes do



DVHR
Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

ato deve haver prévio mandado judicial e que, sobretudo, haja uma preliminar investigação e que não é possível haver informação ou denúncia anônima.

A teoria dos limites/restrições e os limites dos limites dos direitos fundamentais ocupam importante espaço na análise do caso dos autos. A expressão do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal, encontra suas origens no direito constitucional brasileiro desde a Constituição do Império, de 1824, no artigo 179, VII. A palavra “asilo” desde lá é relevante e não pode perder sentido do intérprete. Cito doutrina:

3.1. Mas em todos estes casos, tratando-se de “restrições directamente autorizadas pela Constituição” ou de “restrições indirectamente autorizadas pela Constituição”, o princípio que rege o respectivo regime jurídico é o da “reserva de lei restritiva”.

Só que, no caso das “cláusulas restritivas”, justifica-se que os direitos se encontrem sujeitos não apenas a um princípio de “reserva de lei”, mas ainda a um princípio de “interpretação restritiva” das cláusulas restritivas limitadoras do “âmbito de protecção” dos direitos em causa.

(...)

Nos Estados Unidos, Cass R. Sunstein individualiza as doutrinas da “precisão” e “determinabilidade” (void-for-vagueness) e da “não delegação” (non delegation), que apontam para a necessidade de o Congresso utilizar termos “claros” e “precisos” sobre determinadas questões, de modo a possibilitar um “controle objectivo de racionalidade” quanto às medidas estabelecidas. Estas, por sua vez, devem ser justificadas por “objectivos actuais” e “não hipotéticos”.

Essa medida jurídica, segundo GOMES CANOTILHO, deverá ser capaz de:

- alicerçar “posições juridicamente protegidas” dos cidadãos;
- constituir uma “norma de actuação” para a administração; e,
- por último, possibilitar, como “norma de controle”, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Deste modo, quanto mais intensa for a forma como resultem atingidos os direitos tanto mais precisa e diferenciada deverá resultar a sua configuração legal. É este o conteúdo da chamada “teoria da essencialidade”, utilizada como instrumento de controle pelos tribunais de justiça constitucional³.

Não é demais apresentar a lição de Robert Alexy:

³ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais – teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2010, p. 259-261.



DVHR
Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Del carácter de principio de las normas de derecho fundamental deriva, no solo que, en razón de los principios contrapuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, sino que también sus restricciones y la posibilidad de restringirlos, son restringidas. Una restricción a los derechos fundamentales solo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en si mismos, son restricciones a sus restricciones y la posibilidad del restringirlos⁴.

Acrescento, ainda, 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)

⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2ª ed., 2008, p. 257.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Outrossim, vale ressaltar o entendimento exarado, por unanimidade, no julgamento da apelação-crime nº 2005.61.02.007308-1/SP, da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO PENAL E PENAL. MOEDA FALSA. INVASÃO DE DOMÍLIO SEM MANDADO E SEM TER INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIME. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

I - A casa é asilo inviolável do indivíduo e o simples fato de os policiais já terem conhecimento de que o réu era pessoa afeta ao tráfico de drogas, bem como ter o réu adentrado em sua residência após avistar os policiais não configura ilícito penal, razão pela qual não havia situação de flagrante delito que autorizasse a entrada dos policiais e revista no imóvel sem um mandado de busca e apreensão.

II - Recurso desprovido (ACR 2005.61.02.007308-1/SP, Des. José Lunardelli, 20/09/2011, Primeira Turma, Tribunal Regional Federal da 3ª Região).

Aliás, já em 1995, na ocasião do julgamento da Ação Penal nº 307/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, houve demonstração da relevância da proteção fornecida à inviolabilidade do domicílio:

AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSAO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLOGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO E INCOMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, A AUSÊNCIA DE CONEXAO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUIDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPUBLICA. 1. Crimes de corrupção passiva (art. 317, caput) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denuncia, estariam configurados em tres episodios distintos: solicitação, de parte do primeiro acusado, por intermedio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestoes desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermedio do Secretario-Geral da Presidencia da Republica, junto a direção de empresas estatais, com vistas a aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretario Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro. 1.1. Inadmissibilidade, como prova, de



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

laudos de degravação de conversa telefonica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, **por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF).** 1.2. Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF).

(...)

(AP 307, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1994, DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104 RTJ VOL-00162-01 PP-00003)

Acrescenta-se, ainda, conforme constante no voto da ação penal referida, que “*sem exceção, as Constituições anteriores fixaram a garantia da inviolabilidade domiciliar (CI/1824, art. 179, inc. VII; CF/1891, art. 72, §11; CF/1934, art. 113, nº 16; CF/1937, art. 122, nº 6; CF/1946, art. 141, §15; e CF/1967-69, art. 153, §10) (...)*”.

E, sobre a ilicitude da prova decorrente de ilegalidade, são pertinentes as considerações constantes do voto do eminente Ministro Celso de Mello no julgamento do *habeas corpus* nº 82.788/RJ⁵:

(...)

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, Senhores Ministros, qualquer que seja a natureza da atividade desenvolvida por agentes do Poder Público, seja em sede de fiscalização

⁵ Veja-se também o HC nº 93050/2008 do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

tributária, seja em tema de repressão penal, que a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar atua como fator de restrição das diligências empreendidas pelos órgão do Estado, que não poderão desrespeitá-las, sob pena de o ato transgressor infirmar a própria validade jurídica da prova resultante de tal ilícito comportamento.

É imperioso, portanto, que as autoridades e agentes do Estado não desconheçam que a proteção constitucional ao domicílio – que emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI, da Carta Política – tem por fundamento norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica (...)

(...)

Em suma: a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do '*male captum, bene retentum*'.

Deste modo, considerando que o ingresso na casa e a consequente apreensão decorreram de “denúncia anônima”, sem que houvesse anterior averiguação e sem o devido mandado de busca e apreensão, no período noturno, mediante arrombamento da porta, não há dúvida sobre a ilegalidade do procedimento. É caso, portanto, de declarar nula a prova produzida sob violação de direito constitucional, pelo que, correlatamente (derivação), impõe-se a absolvição.

Por fim, em reforço e enaltecimento, transcrevo a bem lançada sentença de primeiro grau, proferida pela Dra. Sonáli da Cruz Zluhan:

Trata-se de ação penal ajuizada em desfavor **do Réu**, atribuindo-lhe as condutas descritas no art. 33, *caput*, art. 33, §1º, inciso II, art. 33, §1º, inciso III e artigo 34, ambos da Lei nº 11.343/2006, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal.

Infere-se da denúncia que policiais militares, de posse de delação anônima devidamente acostada aos autos (fl. 14), compareceram no endereço da denúncia e lograram apreender os objetos descritos no auto nº **24140** (fls. 11/12), efetuando, por conseguinte, a prisão em flagrante do acusado.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

Analisando com mais vagar e cautela as circunstâncias em que a prisão em flagrante fora efetivada, tem-se evidenciada a **violação de domicílio**, tudo em evidente afronta à Constituição Federal (art. 5º, inciso XI).

Não há dúvida de que o crime de tráfico de entorpecente é permanente. Entretanto, tal fato por si só é incapaz de legitimar a invasão de domicílio, ainda mais levando em conta que a *notitia criminis* veio à lume através de denúncia anônima.

A mera suspeita da prática criminosa, ainda que fundada, não justifica que agentes estatais ingressem na casa do indivíduo, **sem autorização judicial e sem que as buscas sejam acompanhadas**.

No caso em apreço, constata-se que a síndica do prédio franqueou o acesso ao apartamento do acusado e, no local, a porta foi arrombada, já que, naquele momento, não havia ninguém em casa.

Ocorre que inexistiu investigação prévia, perseguição ou qualquer outro elemento concreto que justificasse a ação policial.

Houve, sim, **uma única denúncia anônima**, registrada dois dias antes da “prisão em flagrante”, dando conta de que o acusado plantava maconha (muitas plantas) e *skank*, bem assim que no local funcionava um laboratório para cultivo.

Interessante destacar que a denúncia supra citada, de forma isolada, sem qualquer investigação prévia, a meu ver, sequer seria motivo bastante para expedição de mandado de busca e apreensão; muito menos autorizaria a entrada dos milicianos na casa **sem que o morador estivesse no local**.

De outra parte, conforme já dito na decisão de fl. 224 e verso, há uma série de contradições nos depoimentos dos policiais militares que levam ao descrédito da prova testemunhal acusatória.

Entretanto, a absolvição do acusado será calcada em fundamento diverso, qual seja, que a prova produzida é ilícita por derivação.

O comportamento ilegal dos agentes estatais, que ingressaram na residência do acusado, sem a sua presença, para averiguar **uma única denúncia anônima**, se demonstra extremamente desproporcional.

Não se pode autorizar prisões a qualquer custo. O processo penal é um processo de garantias; garantias essas de observância obrigatória pelo julgador.

Se vivemos hoje no Estado Democrático de Direito – **na prática e não simplesmente na letra fria da Constituição** – as ações dos policiais militares devem obedecer os preceitos constitucionais e não violá-los descaradamente, com o aval do Poder Judiciário.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Aliás, tais policiais sequer teriam competência para cumprir mandado de busca, devidamente autorizado por juiz competente, que se dizer então do comportamento que tiveram no local.

A prova ilícita deve ser banida do processo, por mais relevante que sejam os fatos apurados, a teor do art. 5.º, inciso LVI, da CF.

No mesmo sentido⁶: “A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, **tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos.**”

Ainda, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho⁷ (2001, p.137 *apud* TÁVORA, p. 353 e 354): “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, **a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.**”

O Tribunal de Justiça Gaúcho manifestou-se a respeito, em situações em tudo análogas a presente:

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 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. Não percebida a situação de flagrante, visto que o executor da ingerência não consegue justificar racionalmente porque sua crença era pelo menos

⁶ TÁVORA, Nestor. ALENCAR RODRIGUES, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. Bahia: Editora Podivm, 2010. p. 353.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 137.



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

verossímil, não há como sindicá-la a proporcionalidade da medida - na ausência de circunstâncias minimamente externalizadas que permitam aferição intersubjetiva. No caso, o réu estava no pátio da casa dele, quando os agentes estatais decidiram abordá-lo. Os policiais mencionam apenas ter informações sobre eventual tráfico perpetrado pelo réu. **Não há referência à prévia investigação, monitoramento ou câmeras no local. Acerca da tentativa de abordagem, não há menção à 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, dentro do pátio, e resolveram abordá-lo. **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. **Viciadas tais provas, derivadas da ilicitude do ingresso, resta impositiva a absolvição do réu.** RECURSO PROVIDO. (Grifei)

(Apelação Crime n.º 70053711297, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 23/05/2013)

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. PROVA ILÍCITA. 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. 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**



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

inutilização, impõe-se a absolvição dos acusados por ausência de provas da existência do fato. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. (Grifos meus)

(Apelação Crime nº 70052650272, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 01/02/2013)

Ressalta-se, também, que o acusado assumiu parte da droga que teria sido encontrada em sua residência, alegando ser usuário. Entretanto, discutir se a droga era ou não destinada ao consumo é adentrar na prova colhida em júízo, a qual não possui validade.

Já finalizando, insta destacar que a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio não pode ser desprezada pelo arbítrio da autoridade policial. Assim, a **absolvição** é consectário lógico da ação penal.

Necessário ainda frisar que foi determinado vista ao MP para que apurasse o cometimento de delito, nos autos, e nada foi feito até o presente momento. Ao menos não se tem notícia.

Diante de todo o exposto, julgo **IMPROCEDENTES** as acusações contidas na denúncia, para em decorrência **absolver o réu**, fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Assim, vai mantida a sentença.

Encaminhe-se cópia do presente acórdão ao Ministério Público, diante da constatação de eventual ocorrência de delitos, aliás, como requereu a defesa nas suas razões.

IV. Dispositivo

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público e mantenho a sentença absolutória.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).



DVHR

Nº 70059054452 (Nº CNJ: 0098008-17.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO - Presidente - Apelação Crime nº 70059054452, Comarca de Caxias do Sul: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E MANTIVERAM A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DETERMINARAM O ENVIO DE CÓPIAS DO ACÓRDÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DE EVENTUAL OCORRÊNCIA DE DELITOS, CONFORME REQUERIDO PELA DEFESA."

Julgador(a) de 1º Grau: SONALI DA CRUZ ZLUHAN