

APELAÇÃO CRIMINAL 0189866-10.2009.8.19.0001 (2009.050.07372)

APELANTES: (1) XXXXX

(2) XXXXX

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

JUÍZO: 27.ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

Artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299, *caput*, e 340, tudo na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. ARTIGOS 171, § 2.º, INCISO V, NA FORMA DO ARTIGO 14, INCISO II, 299 E 340, TODOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. PROVA ILÍCITA. INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO AO SILÊNCIO. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO. Apelantes condenadas pela prática dos crimes definidos nos artigos 171, § 2.º, inciso V, na forma do artigo 14, inciso II, 299 e 340, todos do Código Penal. Prova ilícita. Ingresso indevido no quarto de hospedagem das acusadas. Inviolabilidade de domicílio, da intimidade e da vida privada (artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República). Rés que não foram informadas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República). Apreensão dos bens falsamente furtados, portanto, ilícita. Prova oral que, decorrente exclusivamente dessa apreensão, também se revela ilícita. Desaparecimento da materialidade do crime. Absolvição. **RECURSOS PROVIDOS.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 2009.050. 07372, em que são apelantes **XXXXXX** e **XXXXXX** e apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO**.

ACORDAM, **por maioria de votos**, os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada no dia 17 de dezembro de 2009, em dar provimento ao recurso para reconhecer a ilicitude da prova e, em consequência, absolver as acusadas, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Ficou vencido o e. Desembargador Revisor, Cairo Ítalo França David, que dava parcial provimento aos recursos para excluir a condenação pelos crimes de falsidade ideológica e comunicação falsa de crime, reduzir as penas a 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa e substituir a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária.

Restituam-se os passaportes.

Oficie-e à Polícia Federal autorizando a saída das apelantes do país.

Presidiu a sessão o Desembargador Sérgio de Souza Verani, que também participou do julgamento como vogal.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2009.

DESEMBARGADOR GERALDO PRADO

RELATOR

VOTO

XXXXXX e XXXXX, cidadãs inglesas, foram processadas perante a 27.^a Vara Criminal da Comarca da Capital porque, segundo a denúncia, ao final de uma viagem que faziam pelo mundo, no dia 26 de julho de 2009, compareceram à Delegacia de Atendimento ao Turista para registrar falso furto de que teriam sido vítimas durante o trajeto que fizeram da cidade de Foz do Iguaçu até o Rio de Janeiro, a fim de obterem o valor concernente ao seguro contratado junto à empresa *InsuranceandGo Insurance Services Ltd.*

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Destaco inicialmente que, por não comungar da posição adotada pela d. Procuradoria de Justiça em seu parecer, a qual redundaria na absolvição das acusadas, enfrente as questões processuais levantadas pela Defesa como prejudiciais à análise da correção do juízo de censura.

Do fato.

O fato descrito na denúncia, em si, é incontroverso.

Com efeito, as acusadas, fielmente patrocinadas e com o auxílio de tradutora juramentada, confessaram que, embora tivessem sido efetivamente furtadas durante a viagem de ingresso no Brasil, entre as cidades de Foz do Iguaçu e Rio de Janeiro, em Delegacia de Polícia incluíram na lista de bens subtraídos outros pertences que ainda estavam em seu poder:

(...) que, na verdade, a interroganda teve bens subtraídos quando de sua viagem de Foz do Iguaçu para o Rio de Janeiro, mais precisamente em 13/07/2009, sendo certo que resolveu acrescentar, quando do registro de ocorrência na DEAT, alguns itens que não haviam sido subtraídos; que o mesmo ocorreu com XXXXX; que, dos bens discriminados no primeiro parágrafo de fl. 02-A, somente não foram furtados uma bolsa branca marca Sansonite, um telefone celular da marca Sony Ericsson e uma câmera fotográfica da marca Canon (...)

(fls. 301/2)

(...) que efetivamente a interroganda e XXXX tiveram bens subtraídos numa viagem de Foz do Iguaçu para o Rio de Janeiro, sendo certo que isto se deu no dia 13/07/2009; que a interroganda e XXXX, contudo, resolveram acrescentar outros bens àqueles que efetivamente tinham sido subtraídos; que tem ciência de que compareceu em sede policial para comunicar o furto de bens que não haviam sido furtados, sendo certo que também comunicou o furto de efetivamente que haviam sido furtados; (...)
que, dos bens discriminados à fl. 10 dos autos em apenso, somente a câmera digital não foi furtada (...)

(fls. 304/5)

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Tais declarações estão em consonância com o que foi relatado pelo policial XXXXXX (fls. 292/5), que afirmou ter desconfiado das acusadas porque, apesar do furto, elas, além de estarem tranquilas, tinham em mãos os respectivos passaportes.

Toda a prova oral, portanto, integrada ainda pelos depoimentos do policial civil XXXXX (fls. 296/7) e do funcionário do albergue *Stone of the Beach*, XXXX (fls. 298/9), convergem no mesmo sentido: as réas, com a finalidade de obterem maior indenização do seguro contratado, incluíram na lista de bens furtados outros pertences que não haviam sido efetivamente subtraídos.

Da prova ilícita: a inviolabilidade domiciliar.

Não obstante, deve-se esclarecer que todo esse arcabouço probatório, colhido oralmente durante a instrução, decorre diretamente do fato de terem sido encontrados, **dentro do quarto de albergue onde estavam hospedadas XXXX e XXXXX**, aqueles bens que não haviam sido realmente furtados.

E isso se deu, é preciso destacar, em clara violação ao disposto no artigo 5.º, incisos X e XI, da Constituição da República.

Isso porque, se por um lado a prova oral é uníssona no sentido de terem as réas tentado comunicar falso furto para obterem maior valor da empresa seguradora, por outro também é incontroverso que, assim que desconfiou da atitude das acusadas, em vez de diligenciar no sentido de obter o necessário mandado de busca e apreensão, a autoridade policial determinou a MARCUS VINÍCIOS, funcionário do albergue, que entrasse no quarto onde elas estavam hospedadas para verificar se aqueles bens estavam ocultados.

É o que declara XXXXX às fls. 293/5:

(...) que, em seguida, as declarações das réas foram tomadas em termos próprios, sendo certo que, quando estavam sendo tomados os depoimentos delas, o que se deu na presença da autoridade policial, houve uma desconfiança em relação a um possível golpe do seguro, o que fez o depoente telefonar para o albergue onde elas estavam hospedadas e perguntado acerca dos bens que elas discriminaram nos documentos de fls. 10 e 11 dos autos do apenso como tendo sido furtados na viagem que teriam feito de Foz do Iguaçu para o Rio de Janeiro; que se recorda de o funcionário do albergue, que se encontra do lado de fora da sala de audiências para prestar

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

depoimento, ter identificado, pela fresta de uma das gavetas que elas mantinham fechadas com cadeados, uma bolsa tipo mochila de cor branca (...)

As mencionadas gavetas, é necessário destacar, ficavam localizadas no interior do quarto onde as réas estavam hospedadas, como esclareceu o próprio policial ao descrever a diligência confirmatória da fraude, feita pessoalmente por ele na presença de XXXXX, XXXXX, XXXXX e XXXXX, que declarou o seguinte (fls. 296/7):

*(...) XXXXX começou a colher os depoimentos das réas, sendo certo que no meio dos referidos depoimentos desconfiou de algo, tendo telefonado para o albergue onde elas estavam hospedadas e indagado a um funcionário se havia uma mochila branca **no quarto das réas**, tendo o funcionário dito que os bens das réas estavam em gavetas e que, pela fresta de uma delas, viu a referida mochila branca (...)*¹

As declarações de XXXXX, a seu turno, foram textuais nesse sentido (fls. 298/9):

*(...) recebeu um telefonema do policial civil XXXXX, da DEAT, indagando se as réas, que ora reconhece nesta sala de audiências, estavam hospedadas lá, sendo certo que, em razão da resposta afirmativa, solicitou ao depoente que verificasse se no quarto delas havia uma bolsa branca; **que o depoente, então, foi ao quarto das réas** e, por uma fresta, já que as gavetas estavam trancadas com cadeados que só elas tinham as chaves, o depoente viu a tal bolsa branca (...)*²

Não há dúvida, pois, de que, durante a lavratura do registro de ocorrência relativo ao furto, a linha investigativa mudou seu rumo para focar-se em possível estelionato, materializando-se no desrespeito à inviolabilidade do domicílio, à intimidade e à vida privada das acusadas, que não consentiram com o ingresso do funcionário em seu quarto.

Com efeito, releva notar, e não é novidade entre nós, que a Constituição da República consagra dentre os direitos e garantias individuais, a inviolabilidade de

¹ Grifei.

² Grifei.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

domicílio (artigo 5º, inciso XI), como fator de proteção à esfera de liberdade individual e à privacidade pessoal.

Nessa perspectiva Luis Gustavo Grandinetti³ mencionou decisão da Suprema Corte Argentina, em que se afirmou que a inexistência de objeção do morador não representa consentimento ao ingresso de terceiros na casa. Sob outro enfoque, a aquiescência deve ser expressa.

Assim é porque “Direitos fundamentais valem *perante* o Estado, e não *pelo acidente da regra constitucional*”⁴.

E há aqueles que, a despeito do histórico debate sobre sua anterioridade ou não ao fenômeno estatal, são considerados, ainda por Pontes de Miranda, como *supra-estatais*⁵, dentre os quais a inviolabilidade domiciliar.

Não se trata de concebê-los como direitos naturais. Cuida-se de rechaçar o Estado como paradigma de sua existência e, ao oposto, encará-los – os direitos fundamentais – como paradigma de atuação do Estado, em qualquer das funções do poder: executiva, legislativa ou judiciária. Trata-se, pois, de repudiar qualquer forma de Estado ou regime de governo autoritário, na esteira das históricas conquistas das liberdades individuais⁶.

Nesse sentido o autor assinalou:

*Os direitos supra-estatais são, de ordinário, direitos fundamentais absolutos. Não existem conforme os cria ou regula a lei: existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis: precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes.*⁷

É essa a natureza que a eles se atribui porque é a mesma que também se atribui à dignidade da pessoa humana, que, de maneira geral, consiste em “respeito ao ser humano” expressado “em princípios aceitos extensivamente e afirmados profundamente na natureza **real** dos homens, como se desenvolveram **através da**

³ *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4.ª Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006, p. 88-89.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Vol. V. 2.ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 617.

⁵ *Idem*, p. 618.

⁶ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* 7.ª Ed. Brasiliense, São Paulo, 1986.

⁷ MIRANDA, Op. Cit., p. 625.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

história para serem, hoje, parte essencial do que é considerado um ser humano normal, como postulados éticos para o Direito”⁸ (grifei).

Daí porque esse princípio foi alçado à condição de estrutura sobre a qual se edifica o Estado de Direito sedimentado pela Carta Política de 1988 e a partir da qual se extraem, sem necessidade sequer de positivação, os chamados direitos fundamentais supra-estatais⁹.

A esse respeito, Luigi Ferrajoli destacou que o Estado de Direito não se limita ao aspecto formal, concernente à noção de legalidade, mas possui outra noção substancial “da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade (...)”¹⁰.

A positivação desses direitos como tais, portanto, representa, na verdade, a *organização de sua proteção jurídica*, cuja necessidade é reconhecida não como forma de criação de direitos, mas como técnica impeditiva do não raro abuso no exercício do poder, a exemplo do que ocorreu neste caso.

Foi nesse passo, em contexto histórico que reclamava essa verdadeira declaração de direitos – frise-se, não a sua mera definição –, que a Constituição da República elencou taxativamente as hipóteses em que é possível o ingresso em casa alheia, no inciso XI do artigo 5.º:

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

Aqui é preciso reconhecer que se trata – a vida privada, a intimidade (artigo 5.º, inciso X, da Constituição da República) e a inviolabilidade de domicílio – dos chamados direitos fundamentais assegurados, os quais, em contrapartida aos

⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 36.

⁹ Idem, p. 40-42 e BALUTA, José Jairo. *O ‘Juiz Garantidor’ e o Processo como ‘Meio Respeitoso’ de Garantir os Direitos Individuais*. In: Doutrina. Coord.: TUBENCHLAK, James. N.º 5. Instituto de Direito, 1998, p. 141-144.

¹⁰ *Direito e Razão*. Trad.: SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez e GOMES, Luiz Flávio. 2.ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 790.

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

garantidos, entendem-se “só limitados segundo regras explícitas das Constituições e, de ordinário, só limitados nos termos dos textos constitucionais, ou ‘segundo a lei’”¹¹.

Portanto, a exceção está prevista na própria norma constitucional a taxativamente admitir o ingresso na casa de outrem diante de situação fática caracterizadora do estado de flagrante delito ou desastre ou com o escopo de prestar socorro. Admite-se, ainda, como decorrência lógica da própria vedação constitucional, o ingresso mediante o consentimento de seu morador ou por determinação judicial, esta última somente durante o dia.

Pontes de Miranda, nessa perspectiva, destacou que “‘Casa` (...) é a porção espacial, delimitada, autônoma, que alguém ocupa, só ou em companhia de outrem, com exclusão das outras pessoas e, pois, em virtude do princípio da inviolabilidade do domicílio, com exclusão do Estado”¹² e, evidentemente, de quaisquer outras pessoas não convidadas pelo titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada.

Esse conceito atribuído pelo autor à “casa” contempla não só a residência e o local destinado à atividade profissional do indivíduo, como comumente se consigna na doutrina, mas também qualquer “apartamento **ocupado** de habitação coletiva”¹³ (artigo 150, § 4.º, inciso II, do Código Penal).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º90.376/RJ, manifestou-se na mesma linha:

(...) *Prova penal. BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE (...) GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO*

¹¹ MIRANDA, Op. Cit., p. 652.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Vol. V. 2.ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 185.

¹³ Grifei.

PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL (...) IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. (...) Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (...)¹⁴

Na ocasião, o e. Ministro Relator Celso de Mello asseverou que “**o conceito de ‘casa’**, para o fim de proteção jurídico-constitucional **a que se refere** o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, **reveste-se de caráter amplo** (...), **pois compreende, na abrangência** de sua designação tutelar **(a) qualquer** compartimento habitado, **(b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e** (c) **qualquer** compartimento privado **não aberto** ao público **onde alguém exerce profissão** ou atividade”.

Não procede o argumento segundo o qual, por se tratar de funcionário do albergue, no caso concreto XXXXX tinha autorização para entrar no quarto das acusadas.

É o que leciona Ada Pellegrini Grinover:

¹⁴ Segunda Turma. Rel. MIn. Celso de Mello. Julgamento: 03 de abril de 2007. AP FE 7372/09

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

(...) a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade.¹⁵

Além disso, XXXX entrou no quarto de XXXXX e SIMONE com o exclusivo objetivo de proceder a diligência cuja atribuição constitucional é da polícia. Agiu, portanto, se é que assim é permitido, como uma espécie de *longa manus* da autoridade policial.

E a atuação do Estado, não é inútil frisar, deve sempre estar em consonância com os ditames constitucionais, que exigem decisão judicial determinando busca e apreensão no local diligenciado pelo empregado do albergue.

Além disso, essa espécie de hospedagem, como se sabe, não possui sequer serviço de camareira, o que, de plano, afasta eventual alegação de que as rés consentiam com a limitação de sua intimidade por autorização contratual.

A esse respeito, insta destacar que nenhum contrato de serviços de hospedagem tem o condão de permitir que um funcionário entre no aposento ocupado pelo contratante para fins diversos daqueles estabelecidos em suas obrigações contratuais.

Sob outro enfoque, se XXXXX tinha efetivamente autorização das acusadas para entrar em seu quarto, ela se limitava à limpeza do local e, pois, excluía, por certo, a “bisbilhotagem” de suas gavetas.

Diferente seria se uma camareira, por exemplo, quando entrasse no quarto do hóspede com o exclusivo objetivo de exercer suas atividades profissionais, encontrasse, sobre a cama – exposta portanto –, uma determinada quantidade de droga, o que lhe permitiria comunicar o fato à polícia.

Não é o caso. O próprio estabelecimento comercial, a propósito, a fornecer as chaves das gavetas exclusivamente às rés (fls. 298/9), reconheceu contratualmente, ainda que de forma tácita, que aqueles compartimentos não são passíveis de manuseamento por parte de seus empregados.

¹⁵ *Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas*. Saraiva. 1976. pág. 189.
AP FE 7372/09

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Nesse contexto, o fato de XXXX e XXXXX terem mantido as gavetas trancadas revela, de maneira evidente, que não tinham interesse no conhecimento de seu conteúdo por terceiros – e pouco importa que isso tenha se dado com a finalidade de praticar um crime, pois, para investigá-lo, bastava que a autoridade policial ali comparecesse autorizada judicialmente.

Igualmente, incabível a invocação do flagrante delito como legitimador do ingresso não autorizado no quarto das acusadas, pois não havia qualquer notícia prévia do estado de flagrância senão a simples suspeita do policial XXXXX, motivada pelo fato de as acusadas estarem na posse de seus passaportes.

Por isso, não se legitima a ação policial, neste caso, pelo estado de flagrância. Para isso seria necessário que, antes, houvesse fundadas razões de que o quarto das rés funcionava como local de prática de crime(s).

O ingresso não pode decorrer de um estado de ânimo do agente estatal no exercício do poder de polícia. Ao revés, é necessário que fique demonstrada a fundada – e não simplesmente íntima – suspeita de que um crime esteja sendo praticado no interior da casa em que se pretende ingressar e que o ingresso tenha justamente o propósito de evitar que esse crime se consuma.

Se assim não fosse, seria permitido ingressar nas casas alheias, de forma aleatória, até encontrar substrato fático, consistente em flagrante delito, capaz de ensejar a formal instauração de procedimento investigatório criminal.

Mais que isso, seria incentivar que a autoridade policial assim fizesse e, com a intenção de se livrar de uma eventual imputação de abuso de autoridade, “encontrasse” à força o estado de flagrância no domicílio indevidamente violado.

Não foi esse, evidentemente, o escopo do constituinte. Pelo contrário, a norma constitucional que emerge do artigo 5.º, inciso XI, da Constituição da República visa justamente coibir essas práticas.

Assim, é ilícita a prova da falsidade do furto comunicado pelas rés.¹⁶

¹⁶ Precedentes desta Câmara Criminal: AP 2007.050.05649. Rel. Geraldo Prado. Julgamento: 28/02/2008; AP 2008.050.00771. Rel. Maria Helena Salcedo. Julgamento: 11/03/2009. AP FE 7372/09

Da prova ilícita: o direito ao silêncio.

Caso vencido em relação ao reconhecimento da indevida violação ao domicílio, à intimidade e à privacidade das acusadas, a sentença condenatória, ainda assim, não pode ser mantida.

Isso porque, depois de obter conhecimento da fraude e terminar a lavratura do registro de ocorrência do falso furto, XXXXX solicitou às rés permissão para entrar em seu quarto e pediu que elas abrissem as gavetas onde estavam ocultados os bens falsamente subtraídos.

Nesse momento, tanto o mencionado policial quanto XXXX, assim como XXXX, disseram que nenhuma delas se opôs à atuação dos agentes públicos:

(...) que as rés franquearam a entrada no quarto aos policiais civis, sendo certo que tudo isto se deu na presença do funcionário do albergue; que as rés espontaneamente abriram os cadeados das gavetas (...)

(fl. 296).

A aquiescência das acusadas, porém, não é válida.

Com efeito, assim que soube, por intermédio de XXXXX via telefone, que a bolsa branca não havia sido furtada, a autoridade policial, não obstante tivesse alterado ao extremo oposto a linha investigativa que tomava até então, passando as acusadas de vítimas a investigadas, deu continuidade à lavratura do registro de ocorrência, como se de furto fosse.

É o que se infere das declarações de XXXXX (fls. 292/5):

*(...) que essa informação foi solicitada pelo depoente por telefone, sendo certo que a informação foi efetivamente passada pelo funcionário do albergue por telefone, já que o depoente **só se dirigiu para lá com as rés após a confecção do registro de ocorrência relativo ao suposto furto de suas bagagens**; que o referido funcionário do albergue ainda salientou que as rés haviam sido vistas nos últimos três dias no albergue, razão pela qual não tinham feito viagem alguma para Foz do Iguaçu; que, **após tais informações** do funcionário do albergue, o depoente **terminou de colher as declarações das rés, que estavam prestando na condição de lesadas** e, ato contínuo, **confeccionou o registro de ocorrência do suposto furto,***

Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

*tendo elas assinado o registro de ocorrência; (...) que também reconhece os termos de declarações de fls. 06/07 e 08/09 dos autos em apenso como sendo aqueles referentes às declarações prestadas pelas rés, **na condição de lesadas**, em sede inquisitorial (...)*¹⁷

Isso veio confirmado não só pelas declarações constantes de fls. 06/9 do apenso, mas ainda por XXXXXX, que declarou que, após a informação dada via telefone por XXXXX, “XXXX continuou a colher os depoimentos das rés, sendo certo que na presença da Delegada de Polícia; que após colher as declarações das rés, **foi feito o registro de ocorrência do suposto furto das bagagens**”¹⁸ (fl. 296).

Assim, embora tenham passado de vítimas a indiciadas, as rés não foram científicas de seu direito ao silêncio (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição da República) e ainda foram ludibriadas, pois prestaram declarações autoincriminatórias acreditando que eram encaradas, pelo policial, como lesadas.

Nesse quadro, XXXX e XXXXX, ignorando seu direito constitucional de não produzir prova contra si, não se opuseram à solicitação do policial para entrar em seu quarto e abrir suas gavetas, onde estavam os bens ocultados.

Sob outro enfoque, a renúncia aos seus direitos constitucionais – sem dúvida possível em princípio – deu-se fora do exercício de suas liberdades individuais, o que igualmente torna a apreensão dos bens ilícita.

E a liberdade, que pressupõe o conhecimento de todas as circunstâncias fáticas envolvidas e das possíveis consequências da opção que vier a ser feita, é essencial para a validade da renúncia ao direito de não produzir prova contra si, que integra a própria personalidade do indivíduo.

E é justamente esse substrato político-jurídico que coloca, ao lado da intangibilidade do corpo, a “liberdade do acusado de encontrar uma decisão autônoma sobre se ele quer colaborar ativamente com o esclarecimento dos fatos ou não”¹⁹ como critério norteador do princípio *nemo tenetur se detegere*²⁰.

¹⁷ Grifei.

¹⁸ Grifei.

¹⁹ Suprema Corte Alemã. Decisão BGHSt 40, 71. *Apud* ROXIN, Claus. “Nemo tenetur”: *La jurisprudência em La encrucijada. In: Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal.* p. 163-178.

²⁰ LOPES JR. Aury. Palestra proferida no dia 25/06/2009, na 13.ª Reunião do Fórum de Especialização e Atualização do Direito e do Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.