



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

**APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DE TESE DEFENSIVA. DESCONSTITUIÇÃO. PRISÃO.**

**Preliminar de nulidade da sentença por ausência de enfrentamento de tese defensiva.**

Extensa argumentação, nos memoriais escritos apresentados pela Defensoria Pública, no sentido de que houve violação de domicílio nas residências de um dos réus e de uma testemunha ouvida em juízo. Tese não enfrentada na sentença. Impossibilidade de concluir, por via indireta, que a alegação defensiva tenha sido tacitamente rejeitada. As circunstâncias da ocorrência e a expressa arguição defensiva demandam exame da matéria, que é relevante no caso concreto. O réu, em sua defesa pessoal no interrogatório, também mencionou que teria havido violação do art. 5º, XI, da Constituição Federal. Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Desconstituição da sentença e determinação de prolação de novo julgamento. **Prisão.** Réu que ostenta duas condenações definitivas pelo mesmo delito (tráfico de drogas). Decreto prisional suficientemente fundamentado. Transcurso de menos de um ano entre a data do fato e o julgamento neste grau recursal. Solução de nulidade que não implica excesso de prazo. A nulidade do processo não acarreta a concessão de liberdade, que não constitui sanção por ato processual viciado. Prisão provisória mantida.

**PRELIMINAR ACOLHIDA. PRISÃO MANTIDA.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

MINISTERIO PUBLICO

APELANTE/APELADO

**PRIMEIRO RÉU**

APELANTE/APELADO

**SEGUNDO RÉU**

APELADO



DVHR  
Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em acolher a preliminar defensiva de ausência de enfrentamento de tese e desconstituir a sentença, determinando a renovação do ato processual. Mantida a prisão provisória de *PRIMEIRO RÉU*.

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, 02 de março de 2016.

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

## RELATÓRIO

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

Assim constou do relatório da sentença proferida pela Juíza de Direito Milene Fróes Rodrigues Dal Bó (fls. 263-268):

O Ministério Público ofereceu denúncia contra **PRIMEIRO RÉU** como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e nas do art. 14 da Lei nº 10.826/03, combinados com o art. 61, inciso I, na forma do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal, e contra **SEGUNDO RÉU**, dando-o como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 10.826, combinado com o art. 61, inciso I, do Código Penal, pela prática, em tese, dos seguintes fatos delituosos:

“1º FATO:

*No dia 23 de abril de 2015, por volta das 00h30min, [...], nesta Cidade, o denunciado PRIMEIRO RÉU mantinha em depósito, para entrega a consumo e fins de traficância, sem*



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

*autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância entorpecente determinante de dependência física e psíquica, identificada como sendo “crack”, dividida em uma “pedra”, pesando cerca de 94,65 gramas; uma “pedra” de “crack”, pesando cerca de 98,39 gramas, e vários pedacinhos fragmentados de “crack”, pesando cerca de 1,87 gramas, conforme auto de apreensão da fl. 40 e laudo de constatação fl. 45 do IP.*

**2º FATO:**

*No dia 23 de abril de 2015, por volta das 00h30min [...], nesta Cidade, o denunciado PRIMEIRO RÉU portava e mantinha sob sua guarda um revólver, marca Rossi, n. E247503, calibre .38, municiado com quatro cartuchos (auto de apreensão da fl. 40 do IP), sem a autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.*

**3º FATO:**

*No dia 23 de abril de 2015, por volta das 00h30min [...], nesta Cidade, o denunciado SEGUNDO RÉU possuía e mantinha sob sua guarda doze cartuchos intactos, calibre 32 (auto de apreensão da fl. 42 do IP), sem a autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.*

*Na oportunidade do primeiro, segundo e terceiro fatos, policiais militares estavam em policiamento ostensivo, quando, ao passarem nas proximidades da residência do denunciado SEGUNDO RÉU este empreendeu fuga, porém, restou detido. Em revista à residência, os policiais apreenderam as munições acima descritas. Em seguida, após terem sido informados por SEGUNDO RÉU de que o denunciado PRIMEIRO RÉU seria seu comparsa na prática do roubo comunicado através do boletim de ocorrência n. 14403/2015, os policiais militares deslocaram-se até a residência indicada, oportunidade em que, ao chegarem ao local, avistaram PRIMEIRO RÉU. Realizada a abordagem, os milicianos apreenderam, em sua cintura, o revólver municiado antes descrito. Em revista à moradia, foram apreendidas as drogas acima referidas, além dos demais objetos descritos no auto de apreensão da fl. 40 do IP.*

*Os denunciados foram presos em flagrante delito.*

*Os denunciados SEGUNDO RÉU (processo n. 208.0000838-) e PRIMEIRO RÉU (processo n. 211.0004130-0) são reincidentes.”*

Devidamente homologado o auto (fl. 61), posteriormente, a prisão em flagrante dos acusados foi convertida em prisão preventiva (fls. 66/67).

Notificados (fls. 175/176), os denunciados, por meio de Defensora Pública, apresentaram defesa preliminar (fls. 177/178).

Aportou aos autos laudo toxicológico da substância apreendida (fls. 180/181).



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Recebida a denúncia em 10.06.2015 (fls. 183/184), os réus foram citados (fls. 193/194).

Durante a instrução, foram ouvidas três testemunhas arroladas pela acusação e duas pela Defesa, e, ao final, interrogados os réus, tudo registrado nas mídias de fls. 199 e 235.

No prazo do art. 402 do CPP, as partes nada requereram, sendo, então, declarada encerrada a instrução, e oportunizado prazo para apresentação de memoriais (fls. 233/234).

Atualizaram os antecedentes dos réus (fls. 236/238 e 239/244).

O Ministério Público, preliminarmente, requereu a nulidade do processo por ter o juízo indeferido diligência requerida pelo Ministério Público às fls. 195/196. No mérito, requereu a condenação dos réus nos exatos termos da denúncia (fls. 245/250).

A Defesa, requereu a absolvição dos acusados nos termos do art. 386, incisos II, III, V ou VII, do CPP, alternativamente, a desclassificação do crime de porte para o de posse de arma; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea do PRIMEIRO RÉU; igualmente, o reconhecimento dessa atenuante pela confissão do SEGUNDO RÉU, quanto ao crime de posse de munição; a concessão do benefício da AJG e da isenção dos pagamentos das custas processuais e da pena pecuniária (fls. 251/262).

Acrescento ter havido **condenação** de PRIMEIRO RÉU pelo artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, à pena de 06 anos e 04 meses de reclusão e 700 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial fechado. A prisão provisória foi mantida. O réu foi **absolvido** da imputação do artigo 14 da Lei 10.826/03, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. O denunciado SEGUNDO RÉU foi **absolvido** da imputação do artigo 12 da Lei 10.826/03, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça Rafael Cruz Amaral interpôs recurso de apelação, requerendo a condenação de PRIMEIRO RÉU como incurso nas sanções do artigo 14, da Lei 10.826/03, e de SEGUNDO RÉU, pelo artigo 12 da mesma Lei, postulando, ainda, o aumento da pena-base fixada (fls. 279-284).



DVHR  
Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Pelo PRIMEIRO RÉU, a Defensora Pública Lídia Amália Rossi Menegotto apelou arguindo preliminar de nulidade da sentença por não terem sido examinadas todas as teses levantadas pela defesa. No mérito, postulou a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, o redimensionamento das penas aplicadas, ressaltando haver exagero no aumento de 16 meses em razão de maus antecedentes e reincidência. Pugnou pela fixação da pena de multa no mínimo legal e pela imposição de regime inicial semiaberto (fls. 293-302).

Foram oferecidas as contrarrazões para ambas as partes (fls. 286 e 303-307).

Em segundo grau, a Procuradora de Justiça Christianne Pilla Caminha manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 309-316).

É o relatório.

## **VOTOS**

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

#### **I. Preliminar de nulidade da sentença**

Alegou a defesa que a sentença não contemplou todas as teses vertidas nos memoriais defensivos, especificamente no que tange à alegação prova ilícita. Com efeito, em memoriais escritos a Defensoria Pública apontou contradições na palavra dos policiais sobre os motivos de ingresso nas residências, ressaltando também a palavra dos réus e de testemunha para argumentar a possibilidade de violação de domicílio. Constou, ao final (fls. 256v-260 e 260):

(...)

Conforme se depreende dos autos, não restou minimamente esclarecida a situação de flagrância dos acusados que gerou a violação dos domicílios, não sendo diversas as versões trazidas pelos policiais capazes de justificar o ingresso nas casas do acusados [...].



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

Ora, a inviolabilidade de domicílio é direito garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso IX, que coloca a casa do indivíduo como seu asilo inviolável. É verdade que, como qualquer outro direito fundamental, admite exceções. Nesse caso específico, tais exceções vêm expressas no próprio texto constitucional, sendo o flagrante uma delas. Entretanto, não se pode enquadrar qualquer situação como geradora de flagrante delito sob pena de tornar inútil a garantia. Justamente por esse motivo, mesmo o crime permanente, como é o tráfico de drogas, deve exigir certeza quanto à sua configuração, não podendo a simples suspeita passar por cima do manto da garantia constitucional e permitir sua violação.

(...)

Desta forma, inexistente prova dos delitos imputados aos agentes já que restou contaminada desde a suposta apreensão da droga, da arma de das munições

A arguição de prova ilícita não foi classificada em preliminar de mérito e não houve propriamente pedido de nulidade. Contudo, trata-se de **matéria relevante que foi levantada pela defesa** e não enfrentada na sentença, assim proferida (fls. 263-268):

#### **Do tráfico de drogas - 1º fato**

A **materialidade** do primeiro vem positivada no boletim de ocorrência (fls. 18/22), no auto de apreensão (fls. 23/24), no laudo de constatação da natureza da substância (fl. 42), confortados pela prova oral angariada no bojo dos autos.

O PRIMEIRO RÉU **negou a existência e autoria dos crimes** em apreço. Narrou que estava em sua residência, com suas filhas, dormindo, era por volta da 0h00min, quando integrantes da polícia especial derrubaram a porta da sua casa e, entrando na residência, disseram que o interrogado era suspeito de um assalto e passaram a efetuar buscas. Disse que confessou seu envolvimento no roubo e como os policiais questionavam muito sobre a parte da *res* que ainda não haviam encontrado, a filha do depoente, assustada com a ação dos policiais, indicou o local da casa onde estava escondida o revólver que, de fato, o interrogado utilizou para o cometimento do assalto. Segundo o interrogado, os policiais lhe propuseram que, indicasse o local onde se encontravam os demais bens roubados e, em troca, não o acusariam por crime de tráfico de drogas, mas sim as pessoas que, de fato, estivessem na posse dos acordeões e de uma maleta contendo joias, acusando o interrogado somente de receptação de alguns desses itens e, ainda, quanto o assalto, o indicariam apenas como suspeito. Prosseguiu dizendo que, como já havia assumido sua participação no roubo, respondeu aos policiais que não colaboraria para elucidação do crime. Disse



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

desconhecer se os policiais encontraram essa droga na casa do SEGUNDO RÉU ou se já a tinham consigo quando lá estiveram e, fizeram a mesma proposta a ele, pois que indicou o interrogado como um dos autores do roubo. Findou dizendo que os ditos policiais levaram o interrogado até um outro local, distante cerca de cinco quadras da sua residência, onde se encontravam outros policiais militares, estes fardados, junto a uma viatura em cujo interior já estava o corrêu, sendo ambos, então, conduzidos à Delegacia. Respondeu que o corrêu havia visto somente duas vezes no Instituto Penal, nesta Cidade.

Ao seu turno, o SEGUNDO RÉU contou que, foi à casa de [...] levar-lhe uma oferta de trabalho de faxina em uma obra e, ao entrar, a porta da casa ficou aberta, pois pretendia sair em seguida, quando, então, ali entraram policiais. Disse que, acusando-lhe de participar do assalto ocorrido no Bairro Cruzeiro, os policiais lhe agrediram no rosto, causando um corte, com a finalidade de obter informações sobre a localização de alguns acordeões e joias, bem como a indicação de supostos comparsas seus que teriam atuado no referido crime. Disse que, antes de terem sido colhidas suas declarações na Delegacia, foi levado ao IML para exame de corpo de delito, tendo os mesmos policiais ameaçado lhe “enxertar” drogas, caso o interrogado revelasse terem sido eles os autores da lesão que apresentava. Disse que, por medo, concordou com tudo, ou seja, de ter sido coautor do assalto e sobre o PRIMEIRO RÉU ser o seu parceiro. Prosseguiu contando que, após, foi levado em uma viatura policial até determinado local e de lá, mais tarde, em outro veículo, foi conduzido à Delegacia. Respondeu conhecer o corrêu de vista da mesma galeria em que se encontram recolhidos.

Arrolada pela defesa, [...] confirmou que o SEGUNDO RÉU chegou na sua casa, por volta das 22h00min e, em seguida, chegaram policiais militares que o agrediram e, questionando a todos sobre a existência de acordeões, realizaram buscas na residência. Informou que o réu foi até sua casa levar um recado da companheira dele, sobre um trabalho de faxina para a depoente. Respondeu que não viu apreenderem nada na posse do réu enquanto estiveram na residência da depoente, levando-o dali algemado. Informou que na residência quando da chegada do réu estava a depoente e seus filhos. Esclareceu que sua casa situa-se na localidade de Forqueta, mas não na Rua [...], como consta na denúncia, dizendo que neste endereço há apenas uma escola.

O policial militar **A. L. S. S.** declarou que chegaram até o PRIMEIRO RÉU por delação do SEGUNDO RÉU. Destacando que lhe coube a tarefa de realizar a segurança da viatura, informou que, pelo que soube e se recordava, na casa de PRIMEIRO RÉU foram encontrados em torno de 200 gramas de drogas, um revólver de calibre .38 e algumas joias que seriam oriundas de um roubo ocorrido em duas residências, no Bairro Cruzeiro. Informou que ao chegarem no endereço indicado por SEGUNDO RÉU, o PRIMEIRO RÉU estava em frente, mas na via pública. Respondeu que ficou na viatura, distante cerca de 15



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

metros da casa, como é praxe nesse tipo de operação, mas visualizou a abordagem de PRIMEIRO RÉU por seus colegas de guarnição. Respondeu, também, que já conhecia o réu por ostentar um histórico longo de ocorrências policiais.

O colega de guarnição, **D. R. R. S.** relatou que a partir de informação repassada por SEGUNDO RÉU, por ocasião de investigação sobre um roubo ocorrido no Bairro Cruzeiro, chegaram ao endereço do PRIMEIRO RÉU, que estava em frente à casa. Afirmou que o PRIMEIRO RÉU estava portando uma arma de fogo e, realizando buscas na residência, encontraram joias e drogas. A testemunha afirmou que o revólver que PRIMEIRO RÉU portava era um .38, municiado com quatro cartuchos, tendo ele justificado essa conduta à situação de estar sendo ameaçado de morte. Respondeu que a droga apreendida no interior da casa era *crack*, pesando cerca 200 gramas. Disse que o réu não apresentou qualquer justificativa sobre a posse da droga e o depoente não tinha conhecimento prévio a respeito da prática de tráfico pelo réu, vindo saber, posteriormente, por seu colega M., o qual também integrava a guarnição, que ele já teria sido preso por esse comércio proscrito.

O também policial militar, **T. S.** discorreu que sua guarnição recebeu informação do Setor de Inteligência da Brigada Militar sobre a identificação e o endereço, na localidade de Forqueta, de um dos autores de um roubo ocorrido naqueles dias. Uma vez lá, realizaram a prisão do SEGUNDO RÉU, que usava um relógio produto do referido roubo e tinha no interior da residência algumas munições, o qual indicou o nome e a residência do PRIMEIRO RÉU, sustentando ser outro agente do crime que investigavam. Segundo a testemunha, de início, apreenderam uma arma de fogo que PRIMEIRO RÉU portava, quando o abordaram na frente da casa dele. Já no interior da casa encontraram *crack* e uma pochete contendo joias. Respondeu que o PRIMEIRO RÉU apenas se manifestou quanto ao revólver que portava, justificando que alguém o estava ameaçando de morte. Declarou que não possuía informação sobre a prática de tráfico de drogas pelo PRIMEIRO RÉU e disse não se recordar se alguma colega de guarnição tinha esse conhecimento. Também afirmou que não havia participado de qualquer prisão dos réus e nem os conhecia antes do fato em liça.

**M. R. S.** declarou ser companheira do SEGUNDO RÉU há cerca de seis ou sete meses e que residiam na mesma casa [nesta Cidade], declinando o endereço completo. Informou conhecer o endereço indicado na denúncia, na localidade de Forqueta, dizendo ser a residência de [...], sua conhecida. Confirmou que o réu estava na casa de [...] a pedido da depoente, para levar um recado sobre um serviço de faxina que haviam lhe oferecido e repassaria a ela.

Assim procedida a releitura da prova, emerge inquestionável a prática do tráfico de drogas, tendo em vista que, tratando-se de crime de ação múltipla, encontra-se tipificada a conduta do PRIMEIRO RÉU por manter em depósito, na sua residência, duas pedras de *crack*, pesando 94,65 gramas e 98,39





DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)

2015/CRIME

gramas e fragmentos com peso total em torno de 1,87 gramas, restando insulada sua tese escusatório de “enxerto” pelos policiais que procederam sua prisão.

No ponto particularmente considerado, verifica-se que os três policiais apresentaram narrativas coesas e uniformes sobre o PRIMEIRO RÉU e seu endereço ter sido declinado pelo SEGUNDO RÉU, este anteriormente indicado por outro indivíduo preso durante investigação sobre a ocorrência, dias antes, de roubo a residências no Bairro Cruzeiro.

Seguindo a mesma vertente de prova, constata-se que somente um dos policiais, A., disse que conhecia o PRIMEIRO RÉU por ostentar longa ficha criminal, no entanto, não participou diretamente da sua abordagem e buscas na residência, por ter ficado responsável pela segurança da viatura, estacionada cerca de quinze metros, o que lhe permitiu presenciar apenas a revista pessoal. Já os outros dois integrantes da guarnição asseveraram que não conheciam o PRIMEIRO RÉU antes do fato em liça.

Assim, considerando-se a prova oral produzida nos autos, a quantidade de droga apreendida aproximadamente 195 gramas de *crack* em duas pedras grandes, ainda por fracionar, e alguns fragmentos, não pairam dúvidas quanto a existência do crime de tráfico de drogas imputada ao PRIMEIRO RÉU.

Impende consignar que, o caráter clandestino de certas infrações, como o tráfico, faz com que os policiais, em grande parte das vezes, sejam as únicas testemunhas dos fatos delituosos. Desprezar seus depoimentos seria comprometer a repressão ao crime. No caso, observa-se, com o PRIMEIRO RÉU os policiais já haviam encontrado arma de fogo e parte da *res furtivae* do roubo que estavam investigando, não havendo razão plausível para o incriminarem injustamente por outro crime.

Assim, provadas a materialidade, a autoria e a tipicidade do 1º fato narrado na denúncia e presentes os elementos formadores da culpabilidade do acusado PRIMEIRO RÉU, a condenação é medida impositiva.

Já adentrando a fixação da pena, destaco que o réu registra duas condenações definitivas pelo mesmo fato, razão pela qual uma delas vai computada como agravante, enquanto a outra será considerada como mau antecedente.

(...)

Ainda, em razão dessas condenações, impossível a aplicação, à presente hipótese, da minorante prevista do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

#### **Do delito de porte de arma de fogo e posse de munição – 2º e 3º fatos**

O PRIMEIRO RÉU confessou ser o proprietário da arma indicada na denúncia. Entretanto, declarou que foi encontrada pelos policiais escondida no interior de sua casa.

Já o SEGUNDO RÉU **negou possuir ou manter sob sua guarda a munição** indicada no 3º fato da inicial incoativa, asseverando que não residia na casa onde foi encontrada,



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

alegando que ali estava porque fora levar um recado de sua companheira à verdadeira moradora, [...].

Ouidas J. e M., esta companheira de SEGUNDO RÉU, confirmaram a versão por ele sustentada.

Não obstante a afirmação dos três policiais sobre terem apreendido o revólver, marca Rossi, calibre .38, número de série E247503, com o PRIMEIRO RÉU quando abordado em via pública, e os 12 cartuchos intactos, calibre 32, no dormitório da casa do SEGUNDO RÉU, conforme autos de apreensão de fls. 23/24 e 25, não há se falar comprovação da materialidade dos referidos delitos.

Ocorre que, embora posse e porte de arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, sejam crimes de perigo abstrato, é impositiva a prova de suas potencialidades lesivas, o que não ocorreu na presente ação penal, ônus que incumbia exclusivamente à acusação, nos moldes do art. 158 do Código de Processo Penal, tornando de rigor a absolvição dos acusados.

(...)

Isso posto, julgo parcialmente procedente a denúncia para **condenar** o PRIMEIRO RÉU nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, combinado com o art. 61, inciso I, do Código Penal; e **absolvê-lo**, da imputação do art. 14 da Lei nº 10.826/03, fazendo-o com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal; **absolvendo** também o SEGUNDO RÉU da imputação do art. 12 da Lei nº 10.826, combinado com o art. 61, inciso I, do Código Penal, o que faço, igualmente, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nota-se que a sentença transcreveu o resumo do interrogatório do PRIMEIRO RÉU, onde alegou que sua casa foi invadida pelos policiais. De fato, **as circunstâncias que envolvem a ocorrência demandam exame sobre a possibilidade de violação de domicílio, mormente quando essa hipótese foi invocada em memoriais escritos.**

Nos termos do **artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal**, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade. Com efeito, é dever do juiz analisar, motivadamente, todas as teses defensivas que possam conduzir, eventualmente, à absolvição. No caso concreto, a decisão judicial se omitiu quanto à tese defensiva expressada em memoriais escritos. Tampouco é possível concluir, através da construção



DVHR  
Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

lógica erigida na sentença, que essa tese tenha sido afastada ou indiretamente rejeitada.

Ressalto que não possível, a esta instância recursal, analisar conteúdo fático-processual sobre o qual não se manifestou o juízo originário, pois configuraria **supressão de instância**. Assim, é caso de acolher a preliminar defensiva de falta de enfrentamento de tese, e determinar a prolação de nova sentença.

## II. Prisão

Verifico que ao acusado SEGUNDO RÉU foi concedida a liberdade por ocasião da sentença, por ter sido absolvido. Já o PRIMEIRO RÉU **se encontra preso desde a data do fato, 23 de abril de 2015.**

Constato que o réu ostenta **duas condenações definitivas pelo mesmo delito – tráfico de drogas (010/2.07.0003787-0, sentença com trânsito em julgado em 2009, e 010/2.011.0004130-0, com trânsito em julgado em 2012) – fl.s 236-238.** Além disso, o decreto prisional (fl. 66) está devidamente fundamentado na garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

Saliento que a solução de nulidade não representa, nesse caso, excesso de prazo na prestação jurisdicional. De fato, **transcorreu menos de um ano entre a data do fato e o julgamento neste grau recursal.** Anoto que a necessidade de manutenção da prisão deverá ser reexaminada na origem quando da prolação da nova sentença, forte no artigo 387, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a nulidade do processo como sanção não acarreta, automaticamente, a possibilidade de concessão da liberdade. Em outras palavras, a concessão da liberdade não é sanção por ato processual nulo, mas, sim, apenas a nulidade é a sanção.

Assim, mantida a prisão provisória.



DVHR  
Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

### III. Dispositivo

Pelo exposto, acolho a preliminar defensiva de ausência de enfrentamento de tese e desconstituo a sentença, determinando a renovação do ato processual. Mantida a prisão provisória do PRIMEIRO RÉU.

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

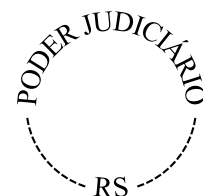
#### **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (PRESIDENTE)**

Acompanho o relator, pois a arguição da ilicitude da prova, por violação de domicílio, foi expressamente feita em meio (f. 258) ao exaustivo arrazoado defensivo ofertado como memoriais, *e deveria ter sido analisada*, mas não é sequer referida em resumo das alegações defensivas. Todavia, não posso deixar de anotar que a defesa não destacou o tema nem incluiu um pedido de desconsideração da prova ilícita ao final do texto, *tampouco ela ingressou com embargos de declaração*, como seria de esperar, *apenas arguiu a nulidade em razões recursais, para dela tirar proveito*. Ainda que não se possa exigir agisse de modo diverso, percebe-se que a ilustre colega que atuava em regime de substituição poderia ter analisado a arguição em seu julgado, *acaso houvesse o destaque ou posteriores embargos*. Por isso que acompanho o relator em todo o seu voto, *inclusive quanto à manutenção da prisão*, pois o proveito não pode ir tão além.

**DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO** - Presidente - Apelação Crime nº 70067275818, Comarca de Caxias do Sul: "À UNANIMIDADE, ACOLHERAM A PRELIMINAR DEFENSIVA DE AUSÊNCIA DE



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



DVHR

Nº 70067275818 (Nº CNJ: 0412959-06.2015.8.21.7000)  
2015/CRIME

ENFRENTAMENTO DE TESE E DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA,  
DETERMINANDO A RENOVAÇÃO DO ATO PROCESSUAL. MANTIDA A  
PRISÃO PROVISÓRIA DO PRIMEIRO RÉU."

Julgador(a) de 1º Grau: MILENE FROES RODRIGUES DAL BO