

RECURSO ESPECIAL Nº 1.708.891 - RS (2017/0290013-5)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : LUIZ ACACIO SOUZA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL em face de acórdão que deu provimento à apelação defensiva.

Sustenta o *Parquet* negativa de vigência aos arts. 33 da Lei n. 11.343/06; 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03; 302, I, e 303 do CPP; e contrariedade com os arts. 157, *caput* e §§; 240, § 1º, e 386, VII, do CPP.

Argumenta que, na hipótese, estava presente situação de flagrância a qual autorizaria o ingresso dos agentes na residência, de modo que não há falar em invasão de domicílio, tampouco em ilicitude das provas acostadas aos autos.

Assinala que ao acusado foi imputada a prática dos crimes previstos nos arts. 33 da Lei 11.343/06 e 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/06, os quais detém natureza permanente, de modo que a sua consumação se protraí no tempo, autorizando a entrada no local. Alega, ainda, terem os agentes avistado a arma de fogo antes do referido ingresso, o que torna legítima a busca realizada, pois presentes fundadas suspeitas.

Destaca que *o acórdão acaba por impor à ação policial exigências superiores àquelas que seriam cabíveis para a expedição de mandado de busca e apreensão em residência* (fl. 382), interpretação que se mostra equivocada, pois condiciona a legalidade da diligência policial a uma certeza judicial *ex ante* da prática do delito (fl. 383).

Argumenta, por fim, que, *a despeito de terem sido liberadas as outras pessoas que se encontravam na casa, o local era a residência do imputado, onde foram encontradas drogas sobre a mesa, sendo embaladas, além de uma balança de precisão, sendo que ali ainda foi apreendida a arma com numeração raspada da qual o réu se desfez ao adentrar, o que evidencia que ele tinha a droga em depósito e objetivava sua destinação a terceiros, o que é suficiente para sua condenação pelos delitos de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida* (fl. 387).

Requer o provimento do recurso especial para que restabelecida a condenação do acusado.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

O acórdão ora impugnado foi assim fundamentado (fls. 327/338):

Estou a prover o recurso defensivo, para absolver o acusado.

Em análise ao acervo probatório, tenho que está bem evidente a licitude da diligência realizada pelos policiais no domicílio do réu, e que a autoria da posse de drogas não foi bem esclarecida.

Explico.

Os policiais ouvidos em juízo aduziram duas versões diversas acerca da dinâmica que precedeu a entrada na residência de LUIZ ACÁCIO.

Conforme Julianderson de Oliveira Machado, o acusado estava à porta da residência - logo dentro do terreno -, portando objeto, e, ao avistar sua aproximação, deslocou-se até canto para dispensá-lo. Quando retornou para a porta, foi abordado. Adentraram o domicílio em seguida. Já na narrativa de Benicio Moraes Nascimento, depararam-se com o apelante ao desembarcar da viatura. Ordenaram, então, que parasse. Ele correu para dentro do pátio, dispensando armamento no caminho. Foi perseguido e abordado no interior do imóvel, onde foram flagradas as drogas e a balança. O revólver achou-se depois, em balde.

Devida vênua aos argumentos expostos pelo colega de primeiro grau à f. 218, tenho que, em nenhum dos relatos, colhe-se motivo legítimo para que os agentes presumissem a ocorrência de delito e, pois, pudessem violar a casa de LUIZ ACÁCIO. O próprio contraste entre os depoimentos, aliás, esvazia a credibilidade da tese acusatória. Mas enfim. Afirmei diversas vezes e repito: o mero ato de correr não constitui presunção apta a afastar direito garantido pela Constituição. Da mesma maneira, nada de insitamente ilícito há em portar objeto desconhecido na frente de residência, sobretudo a sua. E não soa verossímil, de fato, que os agentes tenham logrado identificar o armamento, à noite e com a rapidez com que se desenvolvem, de praxe, flagrantes do gênero.

A posterior descoberta da prática de delitos, de igual molde, não anula a raiz ilegal da diligência. Como também já argumentei em outros julgados e não há como contestar.

Só restam, assim, a tentar legitimar a ação de Julianderson e Benicio, as delações anônimas descritas pela dupla. Acontece que, como também se sabe, estas seriam insuficientes

mesmo à obtenção de mandado de busca e apreensão para o local; o que não se dirá para a entrada por simples decisão dos policiais, que nem fardados estavam, no curso da noite, quando sequer autorização judicial se faz suficiente para buscas.

Do cotejo desses elementos, tenho que não há como afastar a conclusão de que, sem mandado judicial ou razão legítima, os agentes invadiram casa habitada e realizaram buscas, deparando-se com drogas e revólver. Como, aliás, alegaram ter acontecido o acusado e as testemunhas ouvidas em sede policial. E a apreensão realizada nessas circunstâncias torna a prova ilícita por derivação.

Convém, nesse passo, uma digressão explicativa.

É justamente na periferia que temos observado essa renovada prática de invasões domiciliares. Alguns a sustentam como válida, sob o pretexto de crime flagrante, como se todas as invasões produzissem resultado ou viessem ao nosso conhecimento.

Começo por uma declaração a respeito da orientação firmada nesta Terceira Câmara Criminal sobre buscas domiciliares realizadas sem mandado judicial, o que está lamentavelmente se tomando regra na atuação de policiais militares, aos quais cabe o papel de policiamento ostensivo, e não o de polícia judiciária. Vejam-se os precedentes que a construíram:

[...]

Com efeito, 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. E, para fazê-lo em caso de flagrante delito, deve ser seguido o disposto no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal.

Permitir que os agentes da autoridade policial violem domicílios sem fundadas razões para crer na ocorrência de crime em curso, inafastável e prévia condição legitimadora, constitui violação da garantia constitucional, conferir-lhes um poder que está muito além do próprio poder judicial, cuja autorização também é dependente dessa condição.

E autorizar que uma ação originalmente ilícita se converta em lícita pela subsequente descoberta de crime flagrante, constitui violação ao devido processo legal, à inadmissibilidade das provas ilícitas e ao que dispõe o artigo 157, caput e parágrafos, do CPP. Definitivamente, não é admissível. No entanto, tomou-se regra em prisões por policiais militares.

A razão para haver-se tornado regra em prisões realizadas por esses agentes é muito simples: como eles não exercem o papel de polícia judiciária, não lhes é dado investigar nem pedir autorizações judiciais de busca domiciliar. Constitucionalmente limitados, eles livram-se das amarras a dizer que invadiram em

perseguição.

A jurisprudência, em geral, não tem se ocupado muito do tema, como se o "combate ao narcotráfico" tomasse mesmo necessário fazer pouco caso de três garantias constitucionais: inviolabilidade domiciliar, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e devido processo legal, sem falar na disciplina em lei ordinária.

A Terceira Câmara Criminal decidiu enfrentar o problema e fazer cessar semelhantes ilicitudes, pois as garantias constitucionais são de todos, não apenas dos cidadãos mais respeitáveis", e a violação ao direito de um, seja qual for, constitui ofensa ao direito de todos, não sendo possível fazer discriminação para com os "etiquetados".

O que se tem feito é aplicar as normas de regência. Se isto resulta em impunidade, o que se lamenta, carece ver que a responsabilidade por esse resultado é de quem não respeitou a regra do jogo. E não se deve esperar que o Judiciário outra vez as viole para suprir deficiências ou ocultar erros cometidos pelos Órgãos da perseguição extrajudicial (ou judicial).

Alguns doutos têm sustentado que o Judiciário tem o seu papel a cumprir no dever de proteção estatal - o que é indiscutível - e, no âmbito criminal, deve calibrá-lo pela teoria, de construção alienígena e recente importação, da proibição de proteção deficiente, com isso criticando o que vêm como excessivo liberalismo de alguns juízes, em cujo rol fazem integrar os desta Câmara.

Nada tenho contra essa teoria, que muito desperta a reflexão, mas considero uma falácia invocá-la para incumbir ao juiz criminal o dever de suprir a proteção deficiente do Estado-Administração com o sacrifício das garantias individuais, como tenho visto ocorrer. E, mais do que uma falácia, é uma tentativa de retroceder no tempo, abandonar conquistas seculares, expressão de um punitivismo mal disfarçado.

O papel reservado ao juiz criminal é manifestamente diverso do que ele desempenha nos demais ramos da Justiça. Devido a árduas e bem conhecidas experiências históricas, avançamos para a maior especialização das funções estatais distribuídas entre Três Poderes, criando um sistema do ramo administrativo responsável pela prevenção e repressão aos crimes, assim como pela persecutio criminis judicial e extrajudicial.

Retirou-se do juiz criminal o seu excessivo protagonismo, que não combinava com imparcialidade, e se-lhe incumbiu o controle do poder de polícia, exercido pelos diversos órgãos de prevenção e repressão ao crime, impondo-lhe o máximo dever de proteção das garantias individuais no âmbito do processo, com a tutela do devido processo legal. No entanto, deixou-se como resíduo, a ele atribuído, o poder de punir.

E, nesse paradoxo, muitos se perdem.

O juiz criminal não é responsável pela proteção deficiente na prevenção e repressão ao crime exercida pelo Poder Executivo e, portanto, não pode supri-la. Antes pelo contrário, ele é responsável pela proteção aos direitos e garantias individuais no âmbito do processo e, por força da mesma teoria, não pode promovê-la de modo deficiente. Mas tudo acaba por se confundir, pois ele é o único exercente do poder de punir.

Então, se o juiz deixa de punir por respeito ao devido processo legal, logo se diz que ele está violando a proibição de proteção deficiente, quando é justamente o oposto. É uma falácia indiscutível, pois só se poderia dizer que ele agiu daquele modo se, ao final de um processo justo e regular, houvesse deixado de exercer o poder de punir ou o houvesse exercido com leniência, de modo insuficiente, o que raramente ocorre.

O recrudescido punitivismo atual mira quem concretamente exerce o poder de punir, nele depositando todos os males da impunidade reinante, como se o juiz fosse protagonista da persecutio criminis, quando a jurisdição que exerce deve ser necessariamente provocada, conclamando-o a suprir a prévia deficiência estatal persecutória, desprezando as garantias individuais do cidadão acusado, como se isso fosse possível.

Para completar, esse recrudescido punitivismo é de fachada. É consabido que, sobretudo neste Estado, presos com culpa formada estão cumprindo suas penas em prisões domiciliares, ao passo que presos sem culpa formada aguardam a sentenças nos presídios. E, após todo o custo envolvido na formação da culpa, anualmente, o chefe do Poder Executivo os indulta aos magotes. Tudo, porque não se quer construir mais presídios.

Então, por que tanta inconformidade e algaravia quando o juiz cumpre com o seu papel de garante do devido processo legal? Uma vez mais, o que se percebe é a escolha do alvo errado. Ceder a essas pressões por rigor no trato das garantias processuais, nada representa nesse universo disfuncional, apenas constitui retrocesso histórico, acomodação judicial que viola a Constituição Federal e princípios institucionais.

Definitivamente, os fins não justificam os meios. E o trato rigoroso no tema das inviolabilidades não é primazia desta Terceira Câmara Criminal, sendo o modo pelo qual o próprio Supremo Tribunal Federal tem aplicado as regras que lhe dizem respeito, até mesmo em casos de grande repercussão, não sendo possível fazer diferença em relação aos moradores da periferia nem aos etiquetados como antissociais.

É preciso seguir esse trilho, pois o pretexto da segurança pública, hoje, pode se tornar o da segurança nacional, amanhã. E, quando o controlador do poder de polícia deixa de cumprir seu papel de contrapoder, aquele torna-se descontrolado e abusivo. Cada

invasão domiciliar ilegítima que se legitima pela omissão judicial repercute no conjunto das ações do Estado-Administração, que é estimulado a repetir o erro.

Retorno ao caso concreto.

Posto que a apreensão tanto da arma de fogo como do crack e da cocaína ocorreu após a invasão do domicílio, ambas as materialidades se encontram prejudicadas. Deve LUIZ ACÁCIO, pois, ser absolvido de ambas as imputações, já por esse motivo.

Mas, ainda que se tomasse por legítima a ação policial, tenho que a autoria quanto ao delito de tráfico de drogas não foi provada. A tese defensiva - de que as substâncias e a balança pertenciam a Natacha -, nesse passo, mostra-se plausível. Ora, conforme os policiais, os informes anônimos que receberam faziam referência ao local onde estava ocorrendo o tráfico, e não a responsáveis específicos. Natacha e Deivid, não há dúvida, encontravam-se no local, ao lado das drogas inclusive. E o motivo por que foram liberados permanece um mistério.

Diante dessas flagrantes lacunas probatórias, o fato de o réu aduzir outro processo por tráfico de drogas - que consta dos autos apenas com a denúncia recebida" -, por certo, não é suficiente a confirmar a tese acusatória.

Pelo contrário, a meu sentir, os elementos colhidos não autorizam juízo de certeza no que tange à prática do delito do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 pelo apelante, devendo ele ser favorecido pelo in dubio pro reo.

A certeza quanto à existência de determinado fato - no caso, a destinação da droga - se atinge pela inclusão de motivos suficientes para crer e pela exclusão de motivos para descrer. De modo que a insuficiência dos motivos para crer não autoriza o alcance da certeza fundada a respeito da hipótese tática que se busca provar. A certeza não se transmite por osmose.

A opinião de terceiros - do ofendido, da testemunha, do Ministério Público (opino delicti) ou do povo (communis opinio), assim como a avaliação pericial, entre outras tantas que se possa arrolar - não vincula o juízo e, por mais relevante que seja, não pode conduzir à formação do indispensável juízo de certeza per se. A certeza não é transmissível, e a (certeza) judicial somente se adquire após um demorado processo lógico-científico - em que as partes interferem, é bem verdade, através da proposição de provas e de argumentos. De modo que não basta o ofendido ou a testemunha formar juízos próprios e declará-los - aliás, ainda que indissociável, isto faz duvidar de seu depoimento, por estar comprometido com uma interpretação -, é preciso que eles digam como a isso chegaram para que o juiz possa, então, trilhar semelhante caminho e ver se a conclusão é autorizada por fatos objetivos e por raciocínios lógicos.

Por certo, os indícios constituem meio de prova, mas para

proclamar certeza com base exclusivamente neles, carece que seu conjunto atinja determinado peso crítico. Valendo-se de expressões utilizadas pelo próprio legislador, a doutrina classifica os indícios, segundo sua força probante", em: meros indícios", indícios suficientes", e indícios veementes". E, no caso dos autos, não se dispõe sequer destes últimos.

Observo que não se trata de reconhecer como falsa a hipótese acusatória, mas de não ser possível confirmá-la e, em razão disso, não se poder negar ao réu o benefício da dúvida. Cabia ao autor da ação penal produzir prova suficiente a sustentar o juízo de certeza buscado, o que ele não obteve.

Assim, seja em função da ilicitude do meio de obtenção das provas dos autos, seja porque, de todo modo, estas não são suficientes a fundar juízo de certeza acerca da prática do tráfico de drogas pelo réu, a solução é absolutória.

Prejudicados os demais pedidos da defesa, inclusive aqueles aduzidos em preliminar, em face do resultado favorável.

LUIZ ACÁCIO respondeu ao processo em liberdade.

POSTO ISSO, voto no sentido de dar provimento ao recurso defensivo, para absolver o réu com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Com efeito, consoante defendido pelo Órgão ministerial, sabe-se que este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, *Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, e do porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado (...)* (HC 445.630/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018). Nessa linha:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ILEGALIDADE DO FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS.

1. A jurisprudência pacífica e uníssona desta Casa é no sentido de que o delito de tráfico de entorpecentes, nas modalidades guardar, ter em depósito, expor à venda, transportar e trazer consigo, é crime permanente que, como tal, se protraí no tempo, sendo, portanto, prescindível a existência de mandado de busca e apreensão.

[...]

5. Recurso desprovido. (RHC 91.442/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em

06/03/2018, DJe 26/03/2018).

Na hipótese, no entanto, despidiend a análise e discussão acerca da legalidade do ingresso dos agentes na residência do acusado, ou seja, acerca da presença ou não de razão legítima, uma vez que, além do referido fundamento, a absolvição do recorrido foi também embasada na ausência de provas de autoria no que toca ao delito de tráfico de entorpecentes.

Tanto que, consoante se denota do acórdão supratranscrito, assinalou a Corte de origem que ***ainda que se tomasse por legítima a ação policial, tenho que a autoria quanto ao delito de tráfico de drogas não foi provada.*** Complementou, ainda, que, *Diante dessas flagrantes lacunas probatórias, o fato de o réu aduzir outro processo por tráfico de drogas - que consta dos autos apenas com a denúncia recebida" -, por certo, não é suficiente a confirmar a tese acusatória, e que os elementos colhidos não autorizam juízo de certeza no que tange à prática do delito do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 pelo apelante, devendo ele ser favorecido pelo in dubio pro reo.* Finalizou asseverando que, *seja em função da ilicitude do meio de obtenção das provas dos autos, seja porque, de todo modo, estas não são suficientes a fundar juízo de certeza acerca da prática do tráfico de drogas pelo réu, a solução é absolutória.*

Desse modo, ainda que se reconhecesse a legalidade da conduta ora atacada, não seria possível a desconstituição do acórdão para fins de restabelecimento da condenação do acusado, uma vez que, consoante exposto, o julgado encontra-se embasado também em fundamento diverso, consubstanciado na ausência de provas da autoria delitiva, o qual, por si só, é suficiente para mantê-lo.

E, a despeito das alegações do *Parquet* acerca da existência de elementos suficientes à condenação pretendida, tem-se que infirmar a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, quanto à ausência de subsídios à constatação da autoria delitiva, demandaria o revolvimento no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

