

Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Apelação nº. 0024240-10.2012.8.19.0202

Apelantes e apelados: Ministério Público, Luiz Otávio Teixeira de Albuquerque e Ygor Nobre Pinheiro Martins

Relatora: Desembargadora Rosa Helena Penna Macedo Guita

Revisor designado para redigir o acórdão: Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Vogal: Desembargador Luiz Noronha Dantas

Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

ACÓRDÃO

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO MINISTERIAL COM A PRETENSÃO DE SEREM EXASPERADAS AS PENAS DOS RÉUS E RECURSO DESTES COM O OBJETIVO DE SEREM ABSOLVIDOS, EM RAZÃO, SOBRETUDO, DA ILICITUDE DA PROVA. PROVIDO O APELO DEFENSIVO CONJUNTO, EIS QUE HOUE VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE DOMICILIAR, O QUE NÃO É AUTORIZADO NEM NO ESTADO DE DEFESA E, MUITO MENOS, EM CASO DE OCUPAÇÃO DE FAVELA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS DE SOLTURA. PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL.

Sem mandado judicial e sem autorização, não poderiam os policiais militares entrar na residência na qual estavam os réus, vez que a finalidade da diligência era puramente investigativa e não estavam munidos de mandado judicial e ninguém lhes deu autorização para ingressar na casa. Eles próprios relataram em juízo que estavam em “vasculhamento”, durante uma ocupação na Favela do Muquiço, quando avistaram uma residência com as portas abertas e entraram. Simplesmente entraram, como se a porta aberta fosse, por si só, uma autorização. Nada lhes indicava que, naquele momento, estivesse sendo praticada qualquer infração penal naquela casa. Nada lhes sinalizava estado de flagrância. Mas, ainda assim e sem mandado judicial, invadiram a casa e fizeram buscas.

Destarte ficou evidente que a prova foi obtida por meio manifestamente ilícito, eis que sem as formalidade constitucionais e infraconstitucionais foi desconsiderada a garantia de inviolabilidade domiciliar. E, é bom ter em mente, que a ocupação da Favela do Muquiço pela polícia não permite desconsiderar a inviolabilidade domiciliar. Aliás, nem o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º) autoriza desconsiderar aquele direito à privacidade fora das hipóteses consagradas pelo art. 5º, XI, da Carta Federal.

Vistos, relatados e discutidos aos autos do processo em que o **Ministério Público**, bem como **Luiz Otávio Teixeira de Albuquerque** e **Ygor Nobre Pinheiro Martins** interpuseram a apelação nº 0024240-10.2012.8.19.0202, sendo, por isso, apelantes e apelados,

Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por maioria** e conforme o voto do revisor, designado para redigir o acórdão, e o do vogal, Desembargador Luiz Noronha Dantas, dar provimento ao apelo defensivo conjunto para absolver os réus **Luiz Otávio Teixeira de Albuquerque** e **Ygor Nobre Pinheiro Martins** de todas as imputações, em razão da ilicitude da prova, com expedição de alvarás de soltura. A divergência foi da relatora sorteada, Desembargadora Rosa Helena Penna Macedo Guita, que desprovia o apelo defensivo conjunto e dava provimento ao recurso ministerial para fixar as penas totais de cada réu em 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão no regime inicial fechado e em 1.440 (mil, quatrocentos e quarenta) dias-multa no valor unitário mínimo, consoante seu voto em separado.

O **Ministério Público** imputou a **Luiz Otávio Teixeira de Albuquerque** e a **Ygor Nobre Pinheiro Martins** os crimes tipificados nos arts. 33 e 35, com a incidência do art. 40, IV, todos da Lei n.º 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. Eis o teor da denúncia:

“Em data não determinada, mas certamente até a prisão dos denunciados em 04 de setembro de 2012, na Favela do Muquiço, em Guadalupe, nesta Cidade, os denunciados, livres e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios entre si e com os menores Dener Nunes Dourado, Wesly de Souza Cunha, Marlon Rocha Gonçalves e Gutemberg Nunes Dourado, e com outros traficantes da aludida favela, mas não identificados até o momento, associaram-se, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas no Muquiço.

Em razão da apreensão de drogas, armas, rádios, resta claro que os denunciados exerciam a função de guarda do material ilícito.

No dia 03 de setembro de 2012, por volta das 10h, na Rua Tupaciguara, altura do 81, na Favela do Muquiço, em Guadalupe, nesta cidade, os denunciados, em comunhão de ações e desígnios entre si, e os menores Dener Nunes Dourado, Wesly de Souza Cunha, Marlon Rocha Gonçalves e Gutemberg Nunes Dourado, livres e voluntariamente, guardavam, dentro de mochila, 151g (cento e cinquenta e um gramas) de Cannabis Sativa L, distribuídos em 72 (setenta e dois) sacolés, e 17g (dezesete gramas) de Cloridrato de Cocaína, distribuídos em 52 (cinquenta e dois) sacolés, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, consoante laudo prévio de fl. 02, que passa instruir a presente denúncia.

Os denunciados, junto com os menores mencionados acima, portavam armas de fogo e munição, de uso restrito, as quais estavam ao chão do imóvel, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a saber:

- 01 (UM) FUZIL, CALIBRE 7.62, COM LUNETAS TELESCÓPICAS, SEM IDENTIFICAÇÃO DA MARCA E NUMERAÇÃO;

- 01 (UM) FUZIL, CALIBRE 7.62, NÚMERO 91774, SEM IDENTIFICAÇÃO DA MARCA;

- 01 (UMA) MUNIÇÃO CALIBRE 7.62.

Além dos fuzis, os denunciados guardavam no local: 03 rádios, 03 carregadores de rádio, 02 baterias de rádio, 04 fontes de alimentação para carregadores, 01 celular Samsung, 01 celular LG, um celular Nokia, 09 baterias de celular, 01 carregador para celular, 01 GPS N Drive, folhas com dizeres de anotações do tráfico (MUQUIÇO PÓ DE R\$ 30,00, MUQUIÇO PÓ DE R\$ 20,00 e MUQUIÇO CRACK DE R\$ 10,00), R 11,00, 01 calculadora HP 12c (f. 44).

A partir da ocupação dos policiais na Favela do Muquiço, que resultou na prisão em flagrante do denunciado e da apreensão dos menores, pelas circunstâncias da prisão, pela apreensão das drogas, pela apreensão do dinheiro, rádios, anotações do tráfico, e pela notoriedade da atuação de facção criminosa no local, e pela apreensão de arma de fogo e do rádio transmissor, restaram comprovados indícios veementes de autoria e materialidade dos crimes imputados aos denunciados.”

Por isso, e conforme a r. sentença da pasta eletrônica 298, foram condenados pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. Para ambos os réus e para cada um dos crimes, as penas foram fixadas no mínimo legal, e, dado o concurso material de crimes, totalizaram **08 (oito) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa**, no valor unitário mínimo. O regime estabelecido foi o fechado e as cautelares foram mantidas.

A Magistrada de primeiro grau entendeu que não ocorreu a incidência das causas de aumento de pena previstas no art. 40, IV e VI, da Lei de Drogas, uma vez que embora tenha havido a apreensão de armamento, o laudo pericial constatou que não havia potencialidade lesiva nas armas apreendidas, razão pela qual afastou a incidência da majorante. No que tange ao inciso VI, entendeu que o simples fato de haver menores apreendidos em conjunto com os réus, por si só, não faz incidir a causa de aumento de pena. Necessário que o envolvimento dos menores tenha sido causado pelos maiores, o que não restou configurado na hipótese dos autos.

No prazo, o **Ministério Público, Luiz Otávio e Ygor** apelaram, pastas eletrônicas 317 e fls. 03 e 05 da pasta eletrônica 330, respectivamente.

Pretende o **Ministério Público**, pasta eletrônica 318, o reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que há prova segura do envolvimento dos menores no crime de tráfico de drogas e associação, sendo certo que os delitos eram praticados pelos réus em concurso com os adolescentes.

Já **Luiz Otávio e Ygor**, em recurso conjunto, pasta eletrônica 337, querem ser absolvidos, uma vez que a prova é ilegal. Subsidiariamente, requereram, na hipótese de eventual condenação pelo crime de tráfico de drogas, que se exclua a imputação do artigo 35 da Lei n.º 11.343-06, para que seja concedida a redução da pena em grau máximo, na forma prevista no art. 33, § 4º, da referida Lei, convertendo-se a pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, diante de sua primariedade e de seus bons antecedentes, uma vez que não houve comprovação de serem associados ao tráfico local.

Em contrarrazões defensivas, pasta eletrônica 345, pretendem os réus que não seja acolhido o pedido de reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, porque a denúncia não a mencionou. Ademais, a acusação não provou que os adolescentes estavam no interior da residência, associados aos réus, para praticar os crimes narrados na inicial acusatória.

O **Ministério Público**, em contrarrazões, pasta eletrônica 352, se manifestou pela manutenção da sentença condenatória, por seus próprios fundamentos.

Nesta sede, o ilustre Procurador de Justiça Frederico A. R. Canellas, pasta eletrônica 365, se houve pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo provimento do ministerial. Argumenta que não há que se falar em nulidade da prova colhida quando da prisão em flagrante. A residência na qual os policiais ingressaram estava com as portas abertas, o que gerou suspeita, e, além disto, estavam em estado de flagrância, visto que o crime de tráfico de drogas é delito permanente, cuja ação se protraí no tempo, daí que legítima a atuação dos policiais militares, nada havendo de ilegal na diligência, e, por conseguinte, nos elementos de prova dela decorrentes, não tendo havido qualquer violação ao princípio da inviolabilidade do domicílio.

O conjunto probatório deixou evidenciado, igualmente, em face do número de envolvidos na prática criminosa, do armamento e dos radiotransmissores com eles encontrados, que estavam associados, de forma estável e permanente, para o fim de difundir o comércio hediondo de entorpecentes, na comunidade do Muquiço. E, como restou configurado o crime de associação ao tráfico de entorpecentes, fica excluída a possibilidade de aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 e da substituição da pena privativa de liberdade, até por força do quantitativo da reprimenda.

Forçosa a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/06, vez que o legislador, ao prever a majorante, teve como objetivo punir mais gravemente aqueles que atraem os menores, com amadurecimento ainda incompleto, para o tráfico de drogas.

Laudo de exame prévio de material entorpecente, pasta eletrônica 06. Folhas penais: Ygor, pastas 109/125 e Luiz Otávio, pasta 121. Laudo de exame em arma de fogo, pasta eletrônica 144: armas imprestáveis. Laudo de exame de entorpecente, pasta eletrônica 151. Laudo de exame de radiotransmissores, pasta eletrônica 155. Prova oral, pastas eletrônicas 239/240 e 274. Laudo de exame de telefones celulares, pasta eletrônica 258. Interrogatórios, pasta eletrônica 276.

Pois bem.

Primeiro o apelo da defesa e registro desde logo que deve ser provido. Sem mandado judicial e sem autorização, não poderiam os policiais militares entrar na residência na qual estavam os réus, vez que a finalidade da diligência era puramente investigativa e não estavam munidos de mandado judicial e ninguém lhes deu autorização para ingressar na casa.

Com efeito, eles próprios relataram em juízo que estavam em “vasculhamento”, durante uma ocupação na Favela do Muquiço, quando avistaram uma residência com as portas abertas e entraram. Simplesmente entraram, como se a porta aberta fosse, por si só, uma autorização. Nada lhes indicava que, naquele momento, estivesse ocorrendo qualquer infração penal naquela casa. Nada lhes sinalizava estado de flagrância. Mas, ainda assim e sem mandado judicial, invadiram a casa e fizeram buscas.

Destarte ficou evidente que a prova foi obtida por meio manifestamente ilícito, eis que sem as formalidade constitucionais e infraconstitucionais foi desconsiderada a garantia de inviolabilidade domiciliar.

E, é bom ter em mente, que a ocupação da Favela do Muquiço pela polícia não permite desconsiderar a inviolabilidade domiciliar. Aliás, nem o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º) autoriza desconsiderar aquele direito à privacidade fora das hipóteses consagradas pelo art. 5º, XI, da Carta Federal.

Mas, não é só.

O crime de associação para o tráfico não ficou caracterizado nem na denúncia, que se limitou a um *flash* para concluir pela configuração daquele crime, que se caracteriza pela estabilidade e pela permanência de seus integrantes. Relembre-se, no particular, o teor da inicial acusatória:

“Em data não determinada, mas certamente até a prisão dos denunciados em 04 de setembro de 2012, na Favela do Muquiço, em Guadalupe, nesta Cidade, os denunciados, livres e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios entre si e com os menores Dener Nunes Dourado, Wesly de Souza Cunha, Marlon Rocha Gonçalves e Gutemberg Nunes Dourado, e com outros traficantes da aludida favela, mas não identificados até o momento, associaram-se, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas no Muquiço.”

Como se percebe, a denúncia foi incapaz de determinar quando tal atividade teria começado, limitando-se a dizer que foi antes da prisão em flagrante, ocorrida em 04 de setembro de 2012 e, sendo assim, nada impede de se supor que a união criminosa, se é que ocorreu, tenha começado na véspera.

Por isso, voto no sentido de ser provido o recurso defensivo conjunto para absolver os réus de todas as imputações, com expedição de alvarás de soltura condicionados, ficando prejudicado o apelo ministerial.

Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2014.

Desembargador Nildson Araújo da Cruz
Revisor designado para redigir o acórdão