



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO DOS RÉUS. INVALIDADE DA PROVA CARREADA AOS PRESENTES AUTOS. NO CASO, A DECISÃO JUDICIAL NÃO PODERIA TER AUTORIZADO, *EX ANTE*, A PRÁTICA DE CRIME – AQUISIÇÃO DE DROGAS, PELO QUE A ATUAÇÃO POLICIAL, AINDA QUE OBSERVANDO SEUS LIMITES, AFIGURA-SE IRREGULAR E, POIS, A PROVA DAÍ DERIVADA É DE TODO ILÍCITA. ASSIM, DIANTE DA AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS A CONFORMAR UM JUÍZO CONDENATÓRIO, NÃO HÁ OUTRO CAMINHO QUE NÃO O PROVIMENTO DOS APELOS DEFENSIVOS E A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS.

APELO PROVIDO, POR MAIORIA. Relator vencido.

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - REGIME
DE EXCEÇÃO

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-
55.2016.8.21.7000)

COMARCA DE SARANDI

DANDALO AGUINALDO PIRES

APELANTE

NELSON CORREA

APELANTE

MARIA DE OLIVEIRA CORREA

APELANTE



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Terceira Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar provimento aos apelos defensivos, ao efeito de absolver os réus das imputações constantes da peça acusatória, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, vencido o Relator, que rejeitava as preliminares e negava provimento ao recurso. Redator para o acórdão Des. Blattes.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR)**.

Porto Alegre, 03 de maio de 2017.

DR. SANDRO LUZ PORTAL,

Relator.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES,

Redator.

RELATÓRIO

DR. SANDRO LUZ PORTAL (RELATOR)

Na Comarca de Sarandi, o Ministério Público ofereceu denúncia contra **Dândolo Aguiinaldo Pires**, de alcunha "Zumba", maior de 21 anos na data dos fatos, dando-o como incurso nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, combinados ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei nº 11.343/06 e ao artigo 61, inciso I, do Código Penal, na forma do artigo 69, *caput*, do CP, e contra **Nelson Correa** e **Maria de Oliveira Correa**, de alcunha "Nena", maiores de 21 anos na ocasião, por incursos nas sanções dos artigos 33, § 1º, inciso III, e 35, *caput*, combinados ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei nº 11.343/06, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, pela suposta prática dos seguintes fatos delituosos:

1º FATO:



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Desde data e horário não esclarecido nos autos, mas com certeza entre o mês de março de 2013 até o dia 31 de agosto de 2013, em Sarandi, os denunciados DANDOLO AGUINALDO PIRES, NELSON CORREA e MARIA DE OLIVEIRA CORREA, em conjugação de esforços e vontades entre si e com a adolescente LOC, associaram-se para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.340/06.

Na oportunidade, os denunciados associaram-se, com divisão de tarefas e com fins de permanência, visando viabilizar o depósito, a guarda, a venda e o fornecimento a terceiros de substâncias entorpecentes.

Ao denunciado DANDOLO e a sua companheira, a adolescente LOC, cabia a venda de substâncias entorpecentes, notadamente cocaína, a qual guardavam, na forma de "buchas", no interior da casa em que moravam, na Vila Jardim, em Sarandi, e que pertence ao casal NELSON e MARIA, pais de LOC.

Os denunciados NELSON e MARIA, que são casados e pais de LOC, disponibilizavam que, em sua casa, fosse guardada substância entorpecente, assim como fosse esta comercializada. Ainda, quando era necessário, NELSON e MARIA atendiam usuários que buscavam a droga no local, controlando o fluxo de pessoas.

O local em que os fatos ocorriam é situado nas imediações do Hospital Comunitário de Sarandi e do Presídio Estadual de Sarandi.

O denunciado DANDOLO é reincidente (certidão de antecedentes criminais das fls. 20/29 do IP).

2º FATO:

No dia 31 de agosto de 2013, por volta das 17hs, numa casa situada na Vila Jardim, em Sarandi/RS, o denunciado DANDOLO AGUINALDO PIRES tinha em depósito e guardava, para mercancia e fornecimento a terceiros, pelo menos cerca de 1,2g (um vírgula dois gramas) de cocaína



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

(contando com a embalagem), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, consoante Laudo Pericial das fls. 115/116 do IP, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar (Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998).

Na oportunidade, o denunciado tinha em depósito e guardava, no interior da residência em que residia, a supramencionada quantidade de droga ilícita, pronta para venda e fornecimento a terceiros.

E, durante investigação de tráfico de drogas nesta cidade, o denunciado vendeu a Policial Civil disfarçado/infiltrado a droga referida, que restou apreendida, pelo valor de R\$ 50,00 (fls. 74/79 do IP).

O local em que o fato ocorreu é situado nas imediações do Hospital Comunitário de Sarandi e do Presídio Estadual de Sarandi.

O denunciado DANDOLO é reincidente (certidão de antecedentes criminais das fls. 20/29 do IP).

3º FATO:

*Desde data e horário não esclarecido nos autos, mas com certeza entre o dia 21 de março de 2013 até o dia 31 de agosto de 2013, numa casa situada na Vila Jardim, em Sarandi/RS, os denunciados NELSON CORREA e MARIA DE OLIVEIRA CORREA **consentiram que o imóvel de sua propriedade e/ou posse fosse utilizado por Dandolo Aguiinaldo Pires e LOC, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.***

Os denunciados consentiram que o imóvel de sua propriedade/posse fosse utilizado pela filha LOC, adolescente, e pelo genro Dandolo Aguiinaldo Pires para a mercancia e fornecimento de entorpecentes a terceiros.

O local em que os fatos ocorriam é situado nas imediações do Hospital Comunitário de Sarandi e do Presídio Estadual de Sarandi.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Os acusados Dândolo e Maria tiveram a prisão temporária decretada em 19/09/2013 (fl. 16/verso). Nos autos do HC n.º 70.057.094.732, foi deferida medida liminar, concedendo-lhes a liberdade provisória (fls. 140/141), sendo-lhes expedidos alvarás de soltura em 23/10/2013 (fls. 142/143).

Posteriormente, acolheu-se em parte representação da autoridade policial, decretando-se a prisão preventiva de Dândolo (fls. 150/151v). Nos autos do HC n.º 70.057.441.420, foi-lhe concedida a ordem, substituindo-se a prisão preventiva por medida cautelar diversa (fls. 200/209).

A denúncia foi recebida em 06/11/2013 (fl. 154/verso).

Citados (fls. 186, 188 e 213), os réus ofereceram respostas à acusação (fls. 167/172 e 216/234).

Durante a instrução, foram ouvidas sete testemunhas e, ao final, os réus foram interrogados (mídias às fls. 298, 309, 329 e 350).

Declarada encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais (fls. 353/368 e 372/380).

Em 02/05/2014 (fls. 382/391v), sobreveio sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o acusado Dândolo às penas de 10 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumuladas a 1.200 dias-



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

multa, à razão mínima, pelos delitos previstos no artigo 33, *caput*, e no artigo 35, *caput*, combinado ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei 11.343/06, e ao artigo 61, inciso I, na forma do artigo 69, *caput*, ambos do Código Penal, e os réus Maria e Nelson às penas de 09 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumulada a 1.200 dias-multa, à razão mínima, pelos delitos previstos no artigo 33, § 1º, inciso III, e no artigo 35, *caput*, combinado ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação (fl. 394).

Em suas razões (fls. 400/418), sustenta, preliminarmente, a nulidade da decisão autorizadora das medidas de ação controlada, infiltração policial, captação ambiental e compra de drogas, por terem se fundamentado em denúncias anônimas, sem prévia averiguação, e por ausência de fundamentação, alegando que o juízo concedeu verdadeira carta branca aos agentes policiais. Aduz que a decisão violou o princípio da especialidade da prova, porquanto o juízo deveria ter especificado os limites da atuação da autoridade policial ao autorizar as medidas investigativas. Sustenta, ainda, que a conduta praticada constitui crime impossível, na medida em que a conduta do policial infiltrado



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

confundiu-se com a de agente provocador. Por consequência, no mérito, pretende a absolvição dos réus, sustentando a insuficiência de provas válidas acerca da materialidade e da autoria.

Apresentadas as contrarrazões pela acusação (fls. 419/438v), subiram os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, operando-se a sua distribuição ao Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, em 06/06/2015.

Em parecer, a Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição das prefaciais e pelo improvimento do apelo (fls. 438/447).

Os autos foram redistribuídos a esta relatoria em 10/01/2017, em atendimento à Portaria nº 36/2016-OE.

É o relatório.

VOTOS

DR. SANDRO LUZ PORTAL (RELATOR)

Trata-se de apreciar o Recurso de Apelação interposto pelos réus **Dândolo Aginaldo Pires, Nelson Correa e Maria de Oliveira Correa** contra a sentença proferida pela juíza da Comarca de Sarandi, que condenou o apelante Dândolo às penas de 10 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumuladas a 1.200 dias-multa, à razão mínima, pelos delitos previstos



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

no artigo 33, *caput*, e no artigo 35, *caput*, combinado ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei 11.343/06, e ao artigo 61, inciso I, na forma do artigo 69, *caput*, ambos do Código Penal e os apelantes Maria e Nelson às penas de 09 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumulada a 1.200 dias-multa, à razão mínima, pelos delitos previstos no artigo 33, § 1º, inciso III, e no artigo 35, *caput*, combinado ao artigo 40, incisos III e VI, todos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal.

Encaminho voto por rejeitar as prefaciais e negar provimento ao recurso.

I – DAS PREFACIAIS

1 – Preliminar de nulidade das decisões autorizadoras das medidas investigativas

A defesa sustenta a nulidade das provas, em decorrência da nulidade das decisões judiciais que autorizaram e renovaram a autorização para as medidas de infiltração de agentes policiais, captação de som e imagem, ação



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

controlada e aquisição de drogas ilícitas pelos agentes, com fundamento na Lei n.º 9.034/95

Primeiramente, aduz a defesa a nulidade da decisão, em razão de o requerimento policial ter-se fundado apenas em denúncia anônimas, não tendo sido precedido de averiguações que justificassem o emprego das medidas investigativas em face dos acusados.

Não lhe assiste razão, contudo. No caso, diversas informações acerca da ocorrência de tráfico na residência dos réus, algumas delas provenientes, inclusive, de averiguações realizadas pelo inspetor de polícia JJ (fls. 59/60). Ademais, o fato de terem sido recebidas denúncias anônimas em nada interfere quanto à legalidade da apreensão e da prisão, já que evidenciada a prática do crime em estado de latência flagrancial.

Evidente, por critério lógico, que um policial que recebe denúncia da existência de crime deve, por dever de ofício, atuar ostensivamente para impedir aquela permanência. No HC 90178/RJ, em que foi relator o Ministro Cezar Peluso, a Suprema Corte externou entendimento, aliás óbvio, de que o caráter anônimo da denúncia é irrelevante se a situação criminosa denunciada se confirmou com o flagrante, justamente como no caso ora em exame:



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

'AÇÃO PENAL. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Caracterização. São típicas as condutas de possuir, ter em depósito, manter sob guarda e ocultar arma de fogo de uso restrito. 2. INQUÉRITO POLICIAL. Denúncia anônima. Irrelevância. Procedimento instaurado a partir da prisão em flagrante. Ordem indeferida. Não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima.'

Também não se mostra nula a decisão da fl. 58. Ainda que de forma sucinta, a magistrada analisou os requisitos da Lei n.º 9.034/95 para autorizar as medidas investigativas, tomando como fundamentos os próprios termos do requerimento da autoridade policial (fls. 54/57), que explicitou os motivos pelos quais se fazia necessário o emprego de medidas de ação controlada, infiltração de policiais, captação ambiental e compra de entorpecentes (no caso, as dificuldades para se obterem provas da prática do tráfico de drogas na região pelos meios habituais).

O fato de ter sido autorizado o emprego das medidas requeridas pela autoridade policial em face de um grande número de pessoas, por si só, não caracteriza nulidade da prova produzida. As medidas foram autorizadas com



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

base na Lei nº 9.034/95, vigente à época, que não veda a autorização de tais medidas de forma ampla.

Ademais, a ação controlada dos policiais, realizada na vigência da Lei nº 9.034/95, independia de prévia autorização judicial, conforme previsão ali contida, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. EMBASAMENTO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. DEPOIMENTOS PRESTADOS PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E PRORROGAÇÕES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. **AÇÃO POLICIAL CONTROLADA. LEI Nº 9.034/95. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.** LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIMES ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL ESPECIALIZADA. RESOLUÇÃO Nº 20 DO TRF DA 4ª REGIÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO. ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUIZ. RECURSO DESPROVIDO.

I. O trancamento da ação penal, através do presente remédio, é medida excepcional, somente admissível quando patente nos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não evidenciadas no caso em comento.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

II. Esta Corte Superior de justiça possui entendimento no sentido da possibilidade de instauração de procedimento investigatório com base em denúncia anônima, desde que acompanhada de outros elementos. Precedentes.

III. A motivação para decretação da interceptação e a imprescindibilidade da quebra dos sigilo das comunicações telefônicas foram devidamente fundamentadas, ou seja, foram demonstrados indícios da participação do ora recorrente em vários crimes punidos com reclusão, inexistindo, assim, irregularidades a conduzir a ilicitude da medida.

IV. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento segundo o qual as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente em relação à necessidade do prosseguimento das investigações.

V. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que a ação policial controlada, nos termos da Lei nº 9.034/95, não exige prévia autorização judicial.

VI. Não tendo o argumento de inexistência dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro sido objeto de debate e decisão na instância ordinária, esta Corte fica impedida de apreciar a matéria, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

VII. Esta Quinta Turma possui entendimento de que a Resolução nº 20/2003 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que com base na Resolução nº 314/2003 do Conselho da Justiça Federal, determinou que algumas varas criminais fossem especializadas para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores não viola os arts. 61 à 91 do Código de Processo Penal, tendo em vista que foi autorizada pelo art. 3º da Lei nº 9.664/98.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

VIII. O Superior Tribunal de Justiça entende que a reunião de processos em razão da conexão é uma faculdade do Juiz, conforme interpretação a contrario sensu do art. 80 do Código de Processo Penal que possibilita a separação de determinados processos. Precedentes.

IX. Recurso desprovido.'

(RHC 29658 / RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 08/02/2012). (grifos apostos).

2 – Da preliminar de atipicidade da conduta em razão da configuração de flagrante preparado

De mesma banda, inexiste, no caso, a hipótese de flagrante preparado, nos termos aduzidos pela defesa.

Oportuno consignar, de início, que, conforme entendimento já sedimentado pelos Tribunais Superiores¹, o tráfico de drogas caracteriza-se como crime permanente, de tal sorte que a mera ação de ter em depósito drogas

¹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI 6.368/76. PROVA ILÍCITA. APREENSÃO DE ENTORPECENTE SEM MANDADO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. **Em se tratando o tráfico ilícito de entorpecentes de crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a apreensão da substância prescinde de mandado judicial, dada a constante situação de flagrância.** (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte) Writ denegado. (HC 40.931/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 315). (grifos apostos).



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

destinadas à venda já caracteriza o ilícito penal, tendo em vista a constante situação de flagrância.

Nesse patamar, para o reconhecimento do flagrante preparado, faz-se necessário que os policiais tenham induzido o agente à prática criminosa, o que não ocorreu no presente caso. É, assim, entendimento sedimentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FLAGRANTE PREPARADO. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. **No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico.** 2. Hipótese totalmente diversa é a do flagrante esperado, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão. 3. **No caso dos autos, a polícia não provocou o recorrente a praticar os crimes de tráfico de drogas e de associação, tampouco criou as condutas por ele praticadas,** tendo apenas realizado o seu monitoramento telefônico e, posteriormente, flagrado a pessoa que seria a responsável por transportar substância entorpecente para outro Estado. [...]. 2. Recurso julgado parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, parcialmente conhecido e desprovido.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

(RHC 38.810/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015). (grifos apostos).

No caso em apreço, pelo contrário, o réu Dândolo foi denunciado e condenado por ter em depósito e guardar drogas destinadas à venda, sendo, no curso da investigação, flagrado por policiais civis realizando as condutas ilícitas, enquanto aos réus Nelson e Maria foi imputada a conduta de consentir com o uso pelo corréu de sua propriedade para praticar o crime de tráfico de drogas. Bem da verdade, os policiais civis monitoravam os agentes criminosos quando do evento, sendo que, apenas após a expedição de mandados de busca e apreensão e prisão temporária dos réus pela autoridade judicial foi possível cessar a permanência do crime.

A enfatizar, é, também, o entendimento deste Egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. REGIME ALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. DECISÃO REFORMADA. ABSOLVIÇÃO. PRELIMINAR, FLAGRANTE PREPARADO. **Não há falar em flagrante preparado. Identificada, no caso, a figura do agente encoberto. O policial, que se faz passar por usuário (ocultando sua real condição de agente da lei) e adquire entorpecente para produzir prova da materialidade e**



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

colher informações úteis ou imprescindíveis no consequente processo penal, não age de forma a induzir o tráfico de drogas (que preexiste na modalidade imputada "ter em depósito"). Preliminar rejeitada. AUTORIA. A diligência não foi casual. Havia prévia informação de que o local era ponto de venda de drogas e houve monitoramento pelos policiais, os quais constataram movimentação típica de comércio de drogas. [...]. RECURSO DOS RÉUS JULIANO E TAMARA PROVIDO. RECURSO DO RÉU EDMAR PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70069765956, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 17/08/2016). (grifos apostos).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). PRELIMINARES DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP EFLAGRANTE PREPARADO AFASTADAS. [...]. 2) **Não há flagrante preparado quando os policiais adquirem drogas com o infrator, quando ele já estava anteriormente de posse do entorpecente. Tal situação, aliás, configura a hipótese de flagrante esperado, onde a aquisição de entorpecentes por parte dos policiais é apenas um mecanismo de comprovação da ocorrência do crime de tráfico de drogas.** (...). PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO RECURSAL PROVIDO. DETERMINADA A REMESSA DOS AUTOS AO JECRIM. (Apelação Crime Nº 70057310526, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 30/04/2015). (grifos apostos).

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. AGENTE INFILTRADO. RECURSO DEFENSIVO.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Tráfico ilícito de drogas. **Investigação policial levada a efeito pela Polícia Civil. Pedidos deferidos de ação controlada, atuação de agente infiltrado e captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Comercialização da droga filmada por agente infiltrado. Imputação da posse antecedente, não da venda em si, não estando caracterizada a hipótese de flagrante preparado.** Apreensão de 0,51 gramas de crack, em 04 buchas. Circunstâncias que demonstram sua destinação à circulação. Condenação mantida. Pena. Redução. Aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 para a ré N.R.O. Alteração do regime e substituição da pena. Manutenção do regime fechado para o réu A.S.T., em razão da reincidência. Constitucionalidade dessa agravante firmada pelo STF em repercussão geral. RE 453.000/RS. Redução proporcional das penas de multa. Expedição de alvará de soltura para a ré N.R.O. Quanto a esta recorrente, ficou consignado a elevada severidade do encarceramento, por ínfima apreensão de droga, de pessoa completamente primária, que inclusive era gestante na época da prisão, violando o pacto internacional sobre repressão contra as drogas, que impõe o tratamento diferenciado de delitos dessa natureza de menor potencial ofensivo. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70070020367, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 10/08/2016) (grifos apostos).

É de se ressaltar, aliás, que a ação infiltrada foi autorizada mediante fundamentada decisão judicial, conforme despacho da fl. 58,



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

inexistindo qualquer ilegalidade ou irregularidade por ocasião dos atos flagranciais.

Pelos mesmos fundamentos, tampouco há que se falar em crime impossível diante do flagrante esperado, pois se trata o tráfico de drogas de delito permanente, que se prolonga no tempo, desimportando que o ato de mercancia tenha se dado perante policial infiltrado.

Rejeito, assim, as prefaciais ventiladas, razão pela qual passo à análise meritorial do recurso.

II – Mérito:

Desde já, adianto que, no tocante à condenação dos apelantes pela prática dos delitos tipificados no artigo 33, *caput* e § 1º, inciso III, e no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, entendo que suficientemente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria dos delitos, não merecendo razão o recurso defensivo.

A materialidade dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico encontra-se demonstrada nos documentos encartados, uma vez que as substâncias apreendidas, identificadas como cocaína (autos de apreensão de fls.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

45, 49 e 81), foram devidamente encaminhadas para a perícia, concluindo os Laudos Periciais Toxicológicos Definitivos das fls. 73/76 e 118/119 que *"No material analisado foi constatada a presença do alcalóide cocaína"*, classificada como substância entorpecente de uso proscrito no Brasil (item nº 08 da Lista-F da Portaria nº 344/98, da ANVISA).

A autoria, de mesma sorte, é certa.

O réu Dândolo, ao ser interrogado, negou a prática dos crimes, alegando ser apenas usuário de drogas e que trabalha na cidade de Passo Fundo, comparecendo em Sarandi apenas nos finais de semana. Negou, ainda, ser a pessoa que aparece nas imagens das fls. 79/80, afirmando tratar-se de uma montagem (mídia à fl. 350).

A ré Maria, por sua vez, negou envolvimento no tráfico de drogas, afirmando saber que Dândolo era usuário de entorpecentes. Negou saber do envolvimento de Dândolo no comércio de drogas (CD da fl. 350).

Por fim, o acusado Nelson afirmou que Dândolo apenas namorava sua filha e se hospedava na casa aos finais de semana. Apresentadas as imagens, reconheceu sua residência e a si mesmo, mas negou ter visto movimento estranho em sua casa (CD da fl. 350).



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

O policial civil **J** relatou a operação realizada no local, tendo a testemunha efetuado a compra de drogas no local e tendo sido **LOC** quem efetuou a venda, uma vez que Dândolo não estava no local nas vezes em que compareceu. Não recordou dos acusados Maria e Nelson, mas confirmou ter comprado de **LOC** na ocasião das fotografias à fl. 08 (CD da fl. 298).

O Delegado de Polícia **A** narrou ter comprado drogas de Dândolo, durante operação policial, ocasião em que havia também vários usuários. Confirmou, ainda, a proximidade do local ao Hospital Comunitário e ao Presídio Estadual de Sarandi, bem como que a adolescente, companheira do réu, também vendia drogas (CD da fl. 309).

Por sua vez, o Delegado de Polícia **M** relatou que, em face de informações acerca da ocorrência de tráfico na residência dos réus, requereu-se autorização judicial para a realização de ação controlada. Um policial infiltrado comprou entorpecentes de Dândolo e da adolescente **LOC**. As filmagens indicam que os corréus Nelson e Maria tinham ciência e aquiesciam com a prática do comércio de drogas em sua casa (CD da fl. 350).



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

O policial civil JJ também relatou a operação realizada, ocasião em que foi efetuada compra de drogas na casa de Nelson e Maria. Afirmou que o réu Nelson não possuía ingerência sobre o tráfico de drogas (CD da fl. 350).

Por fim, as testemunhas defensivas (XXXXXXX) (CD da fl. 350) apenas abonaram as condutas dos réus.

Nota-se que os relatos dos policiais são harmônicos entre si, comprovando o fato narrado na denúncia de modo claro e preciso, não restando dúvidas acerca da atividade ilícita que os réus praticavam.

Tenho que as declarações dos policiais responsáveis pela investigação e pela apreensão das drogas representam um elemento probatório lícito, que deve receber o valor que possa merecer dentro do contexto da prova do processo e a partir do cotejo decorrente do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria.

Os depoimentos aludidos não podem ser interpretados apenas a partir de uma premissa jurídica abstrata, devendo derivar, pelo contrário, da análise do conjunto da prova. Não fosse assim, a dúvida sobre a abrangência



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

desse elemento acusatório se daria apenas e por conta da só e isolada condição de policial, criando uma suspeição *ipso jure*, data vênua, insustentável.

Conforme se observa, a narrativa dos agentes públicos, em linhas gerais, não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo de forma uníssona e inequívoca, confirmando os dizeres inquisitoriais, ainda inexistindo evidência que aponte para uma deliberada e espúria intenção incriminatória contra os acusados.

Além do mais, transparece inaceitável que o Estado fosse executar o serviço de perseguição por meio de seus servidores e, durante este, retire a credibilidade de suas palavras.

A jurisprudência tem sido firme nesse sentido, do que é exemplo:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. APELO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE MANDADO. DESNECESSIDADE. [...]. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. **Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos, ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e a paz social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes.** APELO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Crime Nº 70069981827, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 11/08/2016). (grifos apostos).

No caso, policiais, com autorização judicial, adquiriram drogas do réu Dândolo e de sua companheira, a adolescente **LOC**, em mais de uma ocasião, na residência dos corréus Nelson e Maria, os quais evidentemente tinham ciência e concordavam com a prática do crime no local. Os vídeos contidos na mídia da fl. 121 mostram claramente as ocasiões em que os policiais, fazendo-se passar por usuários, compraram cocaína de Letícia e do acusado Dândolo.

Não há, assim, qualquer elemento probatório a alicerçar a tese de inocência sustentada pelos réus, tendo em vista as declarações prestadas pelos policiais militares e demais elementos colhidos em sede policial, os quais foram veementes acerca da prática do crime de tráfico de drogas pelos mesmos.

Portanto, o conjunto probatório demonstra claramente a atividade de narcotraficância exercida pelos réus Dândolo Aguinaldo Pires, Nelson Correa e Maria de Oliveira Correa, devendo ser mantida sua condenação.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

No que diz com o delito associativo, por igual, não há dúvidas de que a sentença guerreada conferiu ao caso *sub examine* a melhor solução.

Destaca-se que, para que o delito de associação ao tráfico se perfectibilize, exige-se a demonstração de uma associação estável e permanente, cometida pelo menos por duas pessoas, as quais se reúnem, mediante ajuste prévio, para a consecução de um fim comum, no caso, a traficância².

Assim, para a caracterização do delito de associação é indispensável a comprovação do *animus* associativo prévio ou da estabilidade do grupo, pois, caso contrário, de associação não se trata.

Nesse aspecto, embora a legislação não exija a prática reiterada do delito, é imperiosa a existência de uma mínima organização entre os agentes, de tal modo que haja a demonstração do planejamento de ações, a partir de divisão de tarefas entre os associados, pretendendo, com isso, facilitar a prática

² Roberto Delmanto, ao fazer alusão à doutrina de Hungria, expõe: "Como doutrina Hungria quanto ao delito de quadrilha ou bando, que tem o mesmo núcleo 'associarem-se', este exprime a idéia de estabilidade ou permanência 'para a consecução de um fim comum', sendo que a 'nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial'". (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. – 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 961/962.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

dos atos da traficância, minimizando os riscos de eventual flagrante e, ao final, compartilhando os lucros obtidos com a empreitada criminosa.

No caso dos autos, a prova colhida demonstrou que o tráfico de drogas era praticado no local de forma reiterada, tendo os policiais adquirido drogas de Dândolo e da adolescente LOC em diversas ocasiões na residência dos corréus Nelson e Maria. Evidenciada, assim, a configuração de associação estável entre os réus.

Bem posto, pois, o decreto condenatório.

No mesmo diapasão, é de ser mantida a majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. As fotografias à fl. 183, obtidas mediante consulta ao sistema *Google Earth*, demonstram a proximidade entre a residência dos acusados e o Hospital Comunitário de Sarandi (117 metros) e o Presídio Estadual de Sarandi (198 metros), sendo inequívoco, assim, que os crimes foram praticados nas proximidades de estabelecimento hospitalar e de casa prisional.

Ainda, é inequívoco que o delito envolveu a participação da então adolescente LOC, assim demonstrada a incidência da majorante do artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, que também vai mantida.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Diante da confirmação da prática do delito associativo pelos apelantes, incabível o reconhecimento da causa redutora que trata o §4º do artigo 33 da Lei Antidrogas.

A benesse em comento, que autoriza ao julgador reduzir a pena na terceira fase da dosimetria, destina-se a hipóteses em que se constate ser o réu primário e de bons antecedentes, sem dedicação às atividades criminosas e sem envolvimento com organização criminosa³.

Com base no dispositivo supracitado, assim, pretende a lei, por motivos de política criminal, distinguir o traficante eventual e não integrante de organização criminosa daquele profissional dedicado às atividades criminosas e integrante desse tipo de organização, buscando punir mais levemente o primeiro⁴. Para tanto, faz-se necessário que o agente integre, em conjunto, os quatro requisitos especificados.

³ Prevê a Lei nº 11.343/2006, em seu art. 33, §4º: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

⁴ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANDO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 955.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Ocorre que, como visto, restou estreme de dúvidas que o tráfico de entorpecentes ocorreu de forma associada, situação que não se coaduna com o deferimento do beneplácito, pois evidente a caracterização de uma organização criminosa para fins de traficância.

No que tange ao apenamento, não verifico a necessidade de reparos.

A Magistrada sentenciante fixou as penas basilares nos patamares mínimos, de 05 anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas e 03 anos de reclusão pelo delito associativo, não tendo valorado negativamente quaisquer vetoriais, o que vai mantido.

Quanto ao réu Dândolo, aplicou-se a agravante do artigo 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que registra uma condenação definitiva (processo n.º 069/2.03.0000665-3, transitada em julgado em 22/07/2015, cuja pena somente foi extinta pelo cumprimento em 17/12/2013) exasperando-se cada uma das penas provisórias de 06 meses, o que também mantenho, sendo razoável o aumento imposto.

Por fim, incidentes as majorantes dos incisos III e VI do artigo 40 da Lei de Drogas, as penas do crime de tráfico de drogas foram exasperadas de



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

1/3. Entendo ser razoável a exasperação em patamar mais elevado do que o mínimo legal, não apenas em face da presença de duas causas de aumento de pena, mas também pelo fato de o crime ter sido praticado nas proximidades, simultaneamente, de estabelecimento hospitalar e de casa prisional.

Assim, restaram as penas impostas a Dândolo definitivamente fixadas em **07 anos e 04 meses e 03 anos e 06 meses de reclusão**, pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, respectivamente, e, para os réus Maria e Nelson, em **06 anos e 08 meses e 03 anos de reclusão**, o que vai preservado.

Incidente o concurso material de crimes, as penas totalizam, para Dândolo, **10 (dez) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, e, para Maria e Nelson, **09 (nove) anos e 08 (oito) meses de reclusão**.

As penas de multa foram fixadas em 500 (quinhentos) dias-multa para o crime de tráfico de drogas e 700 (setecentos) dias-multa pelo delito de associação para o tráfico, à razão unitária mínima, para cada réu, o que também preservo, tendo sido fixados, inclusive, em patamar proporcionalmente inferior às penas principais, assim totalizando **1.200 (mil e duzentos) dias-multa**, à razão mínima.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Em decorrência das penas corporais aplicadas, não se mostra possível a concessão dos benefícios previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal.

Por fim, estabeleceu o juízo *a quo* o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, em alusão direta ao artigo 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90. Contudo, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, todavia, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos a eles equiparados, ponto em que se insere o tráfico de drogas, uniformizando, no seio dos Tribunais Superiores, a observância dos requisitos do art. 33, do Código Penal, na delimitação do regime.

Mantenho, desta forma, o **regime inicial fechado** para o cumprimento das penas, por expressa determinação legal, com fundamento no artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

O voto, assim, é pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento do recurso.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (REDATOR)

Rogando vênua ao eminente Relator, encaminhando divergência para acolher a preliminar suscitada pela defesa, no tocante à invalidade da prova carreada aos presentes autos, conforme passo a expor.

Inicialmente, é indiscutível que, somente através do deferimento do procedimento de ação controlada, infiltração de agente e autorização para aquisição de substâncias entorpecentes, tomou-se conhecimento da suposta participação dos acusados ou envolvimento nos fatos delituosos descritos na denúncia. Isso porque, até aquele momento, havia somente informações anônimas da suposta ocorrência do crime de tráfico de drogas, alusivas, aliás, ao ano de 2011, enquanto o requerimento da autoridade policial é datado de fevereiro de 2013.

A suposta participação/envolvimento dos réus nos fatos delituosos descritos na exordial, como já se disse, chegou ao conhecimento da autoridade policial através de medida constritiva de direitos fundamentais – *autorização para captarem no ambiente onde estiverem infiltrados sinais acústicos e óticos de sua gravação em mídia digital* –, ou seja, emergiram de metodologia



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

probatória limitada pela reserva jurisdicional (GIACOMOLLI, o Devido Processo Penal, 2014).

Nessa perspectiva, partindo-se da proteção constitucional dos direitos fundamentais, tais como a intimidade, a vida privada, a inviolabilidade das comunicações, entre outros, cuja limitação decorre da reserva jurisdicional prevista na Constituição Federal e na legislação ordinária, a providência concedida pela magistrada de origem, inegavelmente, deveria ser devidamente fundamentada, em obediência ao disposto no artigo 93, inciso IV, da Constituição Federal.

Conforme entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal, *"a fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário"*, que no âmbito do processo penal *"traduz expressivo elemento de restrição ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas"*.⁵

⁵ HC 95034, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-10-2013 PUBLIC 15-10-2013.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

A garantia constitucional da motivação das decisões presta-se à verificação da racionalidade do decidido, viabilizando às partes o controle da eficácia dos princípios que conformam a noção de devido processo legal e, também, o exercício do direito ao recurso, assegurando-lhes a possibilidade de questionar e se contrapor ao conteúdo da decisão.

A fundamentação, por certo, não precisa ser exaustiva. Basta que seja precisa e explicita de modo suficiente os motivos da decisão, a causa de decidir, vinculando esta ao substrato probatório dos autos. Consoante Aury Lopes Jr., o importante é a explicitação dos motivos que conduziram a determinada conclusão, de modo que *"a motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder."*⁶

No caso concreto, observo que a "decisão" exarada pela colega de origem não apresenta qualquer fundamentação. Aliás, sequer estamos diante daquelas hipóteses de fundamentação deficitária.

Vistos.

Trata-se de requerimento do Delegado de polícia de autorização e apoio para realizar operação visando identificar pessoas ligadas ao tráfico de drogas em Sarandi-RS.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Parte da operação envolve infiltrar policiais não identificados entre os pontos de venda, inclusive adquirindo drogas.

A operação envolve extremo sigilo, razão pela qual um número restrito de pessoas trabalhará com o expediente dentro do Fórum.

O Ministério Público, com vista do pedido, opinou pelo deferimento do requerimento, na íntegra.

Assim, sem maiores delongas, defiro os requerimentos da autoridade policial civil local para: a) autorizar a infiltração de agentes da polícia Civil gaúcha, no período compreendido entre 10 de março e 31 de maio do corrente ano; b) autorização para captarem no ambiente onde estiverem infiltrados sinais acústicos e óticos de sua gravação em mídia digital, no mesmo período; c) autorização para a não atuação imediata dos policiais civis, a fim de estabelecer o melhor momento para a ação repressiva, visando identificar os criminosos e colher provas, e, d) autorização para aquisição de drogas ilícitas (entorpecentes) pelos policiais infiltrados, tudo no período mencionado, utilizando recursos do JECrim desta Comarca, na monta de R\$ 4.000,00, os quais não poderão ser formalmente comprovados, em razão do uso.

Intime-se o Delegado de Polícia, pessoalmente, bem como o Ministério Público.

Expeça(m)-se, se necessário, alvará(s) de autorização.

Quanto ao dinheiro do JECrim, a destinação da verba deverá ser para viabilizar ações relacionadas à segurança pública.

[...].

Percebe-se, pois, que a "decisão" é composta por um singelo relatório e dispositivo, já que a colega preferiu evitar maiores delongas.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Ademais, observo que, consoante numeração e renumeração cronológicas dos autos, não como há qualquer parecer ministerial em momento posterior ao pedido do Delegado de Polícia. Ao que tudo indica, a magistrada decidiu sem oportunizar vista ao Ministério Público.

Não desconheço a existência de Repercussão Geral reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no AI-QO-RG 791.292 (TEMA 339), julgada em 23.06.2010, sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, inclusive dispensando o exame aprofundado de todas as teses ou provas constantes dos autos.

Contudo, em se tratando de quebra de direitos fundamentais assegurados no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é indispensável que a decisão autorizadora, além de apresentar fundamentação idônea, observe as regras contidas na lei infraconstitucional que regulamenta os pedidos e a produção das provas.

Por outro lado, ainda que admissível a existência de julgado a afirmar a desnecessidade de prévia autorização judicial para a ação controlada, entendo que determinadas diligências, por afrontarem direitos fundamentais, exigiam, sim, decisão judicial fundamentada.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Não há como admitir, por exemplo, que, à luz daquela legislação vigente, a autoridade investigativa obtivesse acesso a dados, documentos e informais fiscais, bancárias, financeiras e eleitos, por exemplo, sem qualquer pretensão perante a autoridade judicial.

A par da total ausência de fundamentação da decisão proferida pela magistrada de origem, cinge-se a controvérsia trazida pela defesa quanto à eventual irregularidade da prova obtida no curso da investigação criminal, através dos procedimentos de infiltração e de ação controlada. Mais especificamente, à regularidade da aquisição de drogas por parte dos policiais civis responsáveis pela investigação.

Não há dúvidas de que tal procedimento estava autorizado judicialmente. Ademais, constato que a ação policial não desbordou do que constou na autorização judicial emanada pelo juízo de origem.

A questão controvertida centra-se na possibilidade de **autorização para aquisição de drogas** no curso do procedimento de *infiltração*.

No ponto, destaco que a Lei n.º 11.343/06, ao regular o procedimento de infiltração, no seu artigo 53, apenas dispõe que “em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos [...]”,



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: (I) a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes". Não há previsão de procedimento específico para essa forma de investigação, bem como de seus limites. Em princípio, pois, transparece possível inclusive a autorização para prática de atos ilícitos.

Todavia, desde a Lei n.º 9.034/95, vigente à época do pedido formulado, *em momento algum*, continha a possibilidade de autorização judicial para prática de ilícitos no curso do procedimento de infiltração de agentes, o que acabou sendo absorvido pela Lei n.º 12.850/13, que atualmente regulamente os procedimentos investigatórios referentes aos crimes praticados por organização criminosa.

Destaco a normativa na sua integralidade, ao fim de que não haja dúvidas quanto ao procedimento que era aplicável ao caso:

[...]

CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Art 2º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

I - (Vetado).

II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

[...].

Como visto, a regra era (e hoje ainda continua sendo após a edição da Lei n.º 12.850/13) que a atuação do agente infiltrado seja pautada por atos lícitos. Não havia previsão de autorização legal para prática de crimes, o que não pode ser inferido da necessidade de delimitação do *alcance das tarefas dos agentes infiltrados*.

Já por ocasião da aprovação da Lei n.º 9.034/95, quando vetado seu artigo 2º, inciso I, a mensagem de veto n.º 483 do Senado Federal era explícita ao recusar a autorização de prática de ilícitos como medida de praxe no curso do procedimento investigativo.

Ademais, e igualmente importante ao deslinde do feito, consigno que não se pode confundir *procedimento de infiltração de agentes* com *aquisição de drogas*. São coisas distintas, com efeitos diversos.

A propósito, veja-se que tanto a legislação de drogas, quanto a legislação que regulamenta a investigação de crimes praticados por organização criminosa, prevêem a possibilidade de *infiltração de agentes* em **tarefas de investigação**.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

Ocorre que *infiltrar*, para os efeitos da legislação em questão, significa ingressar em dado ambiente ou em dada estrutura, significa participar de alguma atividade, executar alguma tarefa *integrante* de um todo maior. Daí que o agente policial, ao se passar por usuário de droga e adquirir entorpecente do suspeito, não está se *infiltrando* propriamente, mas *induzindo* a prática de um ato ilícito. Ainda que a aquisição de droga possa ser um ato da investigação, não se trata propriamente de *infiltração*. Esta pressupõe que o agente passe a atuar como um dos integrantes do grupo criminoso, posicionando-se, conseqüentemente, de modo a observar o funcionamento da estrutura criminosa.

Por isso, ainda, é natural que a *infiltração de agentes* seja acompanhada de *autorização de ação controlada*, de modo a permitir que o policial, passando-se por um integrante do grupo, deixe de atuar em flagrante a prática de alguns ilícitos, objetivando melhor desvelar a estrutura do grupo criminoso.

Enfim, e pelo exposto, tenho que a decisão judicial não poderia ter autorizado, *ex ante*, a prática de crime – aquisição de drogas, pelo que a atuação



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

policial, ainda que observando seus limites, afigura-se irregular e, pois, a prova daí derivada é de todo ilícita.

A respeito do tema, o seguinte julgado:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AÇÃO CONTROLADA COM AGENTE INFILTRADO. NULIDADE. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. Houve irregularidade nos procedimentos de agente infiltrado e ação controlada, que extrapolaram seus limites ao possibilitar a aquisição de drogas parte dos referidos agentes, mesmo com manifestação contrária do Ministério Público, culminando na invalidade da prova, bem como os elementos derivados. Com efeito, a ação controlada é essencialmente marcada pela não-intervenção, e constitui não um meio de prova, mas sim fonte de informações. Diferente é a conduta do agente infiltrado, que está autorizado não apenas a prevaricar, mas a praticar eventuais condutas criminosas em nome da organização. A autorização judicial concedida no presente processo remontava à Lei 12.850/13 e, como tal, exigia a prévia caracterização de uma organização criminosa em atividade; no entanto, o que se verificou no caso concreto foi a ausência de fundamentação suficiente na representação policial e na concessão judicial da medida. Inexistiam indicativos bastantes de que o investigado constituísse organização criminosa. Aliás, no caso dos autos, somente houve a denúncia de duas pessoas, o que sequer configura organização criminosa, nos termos do artigo 1º, parágrafo 1º da Lei n.º 12.850/2013. De todo modo, muito embora a autorização judicial se refira à ação controlada e infiltração de agente que, por si só, são medidas incompatíveis, nenhuma das modalidades investigativas foi realizada adequadamente. Cumpre assinalar que mesmo na modalidade investigatória do agente infiltrado, não está inclusa a provocação ao alvo que se intenta incriminar para que pratique delitos, pois, se assim ocorrer, a infiltração será



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

inidônea, acarretando a atipicidade da conduta. Com efeito, essa hipótese é paralela ao instituto do flagrante preparado, na qual a provocação e posterior atuação do policial torna impossível a concretização da conduta (artigo 17 do Código Penal e Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal). Sob essa ótica, não resta outro caminho que não declarar inválida a prova, especificamente no que diz respeito aos elementos colhidos em decorrência da autorização judicial para ação controlada e agente infiltrado. Afastando-se esses elementos, não remanescem provas suficientes à condenação dos réus. Precedente da Câmara. A decisão judicial não poderia ter autorizado, ex ante, a prática de crime - aquisição de drogas, pelo que a atuação policial, ainda que observando seus limites, afigura-se irregular e, pois, a prova daí derivada é de todo ilícita. Nesse contexto, nulo o processo e absolvidos os réus. Prejudicado o recurso do Ministério Público. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. ABSOLVIÇÃO. DETERMINADA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS DE SOLTURA E RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENHIDOS NA ORIGEM. (Apelação Crime Nº 70063044218, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Redator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 01/10/2015)

Assim, diante da ausência de outras provas válidas a conformar um juízo condenatório, não há outro caminho que não o provimento dos apelos defensivos e a consequente absolvição dos réus.

Voto, pois, por **dar provimento** aos apelos defensivos, ao efeito de absolver os réus das imputações constantes da peça acusatória, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.



SMAB

Nº 70069795565 (Nº CNJ: 0189750-55.2016.8.21.7000)

2016/CRIME

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE E REVISOR)

Rogo vênha ao eminente Relator e acompanho a divergência tal como posta pelo eminente Des. Blattes e absolvo os réus.

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Apelação Crime nº 70069795565, Comarca de Sarandi: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS, AO EFEITO DE ABSOLVER OS RÉUS DAS IMPUTAÇÕES CONSTANTES DA PEÇA ACUSATÓRIA, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, VENCIDO O RELATOR, QUE REJEITAVA AS PRELIMINARES E NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO. REDATOR PARA O ACÓRDÃO DES. BLATTES."

Julgador(a) de 1º Grau: ANDREIA DOS SANTOS ROSSATTO