



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000428874

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500308-45.2020.8.26.0556, da Comarca de Itápolis, em que é apelante BRUNO HENRIQUE DE LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso interposto e, no mérito, deram parcial provimento ao apelo defensivo para: a) afirmar a ilicitude probatória da confissão informal do acusado; b) afirmar a validade da apreensão da munição por força da teoria da fonte independente preexistente; c) afirmar a licitude dos depoimentos dos policiais nos pontos em que não há referência à confissão informal do acusado; d) desclassificar a imputação jurídico-penal do art. 17 da Lei nº 10.826/2003 para a figura delituosa prevista pelo artigo 12 da Lei nº 10.826/2003; e) substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos nos moldes acima indicados e f) fixar o regime inicial aberto, readequando a reprimenda imposta ao apelante BRUNO HENRIQUE DE LIMA em 01 ano de detenção, no regime inicial aberto e pagamento de 10 dias-multa, no valor mínimo unitário legal, como incurso no artigo 12, da Lei 10.826/2003.

Mantida, no mais, a r. Sentença, nos seus termos. V.U.

Sustentou oralmente o Dr. Ubaldo José Massari Júnior e fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Paulo Juricic.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 1º de junho de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 2204

Apelação Criminal nº 1500308-45.2020.8.26.0556

Apelante: Bruno Henrique de Lima

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itápolis

Apelação. Comércio ilegal de munição. Sentença procedente. Recurso defensivo. Preliminar. Ilicitude probatória. Violação ao direito a não autoincriminação. Mérito. Pleito de absolvição por insuficiência probatória. Desclassificação para o delito previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Aplicação da suspensão condicional do processo. Pleitos subsidiários: a) fixação da pena no mínimo legal; b) aplicação do regime inicial aberto; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

1. Preliminar. Confissão informal quanto à comercialização ilícita das munições. Violação ao direito ao silêncio. Qualquer pessoa tem o direito de permanecer em silêncio, de não declarar qualquer informação que resulte em auto-incriminação. Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e art. 8.2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Norma de eficácia imediata, direito que independe de regulamentação por norma infraconstitucional. Necessidade de advertência ao direito ao silêncio em qualquer fase da persecução penal e por qualquer agente estatal. Precedentes da Suprema Corte norte-americana, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos Tribunais Superiores Pátrios. Inadmissibilidade da prova ilícita.

2. Exceções à prova ilícita por derivação. Ilicitude da confissão informal do réu que não é capaz de contaminar outros elementos probatórios. Apreensão das munições decorrente de cumprimento de mandado de busca e apreensão. Fonte independente preexistente. Desconsideração das referências feitas pelos policiais à confissão informal. Subsistência dos demais relatos não relacionados com a prova ilícita. Confissão judicial do réu que não é atingida pela prova ilícita. Desconexão causal. Réu que admitiu a posse das munições.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Aplicação do art. 157, do Código de Processo Penal que se impõe. Precedentes da Suprema Corte norte-americana reconhecidos pela jurisprudência nacional e incorporados na legislação.

3. Desclassificação da conduta prevista no art. 17, da Lei nº 10.826/2003 para o art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Elementos probatórios lícitos que permitem a configuração do delito de posse irregular de munição. Réu confesso. Decreto 9.847/2019: calibre nominal que passou a ser considerado de uso permitido.

4. Impossibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo. Ausência dos requisitos.

5. Dosimetria da pena que não merece reparo.

6. Alteração para o regime aberto que se impõe diante do *quantum* da pena aplicado e da primariedade do acusado.

7. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, do Código Penal.

8. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **BRUNO HENRIQUE DE LIMA** contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Vinicius Gonçalves Porto Nascimento, da 1ª Vara da Comarca de Itápolis**, que, julgando procedente a ação penal, condenou-o à pena de 06 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso no art. 17, da Lei nº 10.826/2003 (fls. 272/280).

Em razões de recurso, pugna a defesa pela absolvição do apelante por insuficiência probatória. Aduz não haver elementos suficientes a indicar o envolvimento do apelante na prática do delito previsto no art. 17, da Lei nº 10.826/2003. Sustenta que o édito condenatório não pode fundar-se, exclusivamente, na confissão informal do apelante aos policiais. Aduz que as supostas declarações informais, no dia dos fatos, são ilícitas, porque não foram precedidas de advertência do direito ao silêncio, sendo ilícitos por derivação os depoimentos que a elas fazem referência. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta imputada ao apelante para aquela prevista no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Entende que não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

estão presentes circunstâncias que digam respeito com a habitualidade. Isso porque, as munições em pequena quantidade foram encontradas na residência do réu, sem a presença de qualquer indício de que ali praticasse ato de comércio. Pontua que não houve a identificação de negociações ou de possíveis vendedores e compradores. Além disso, ressalta que ninguém viu o réu comercializar qualquer arma ou munição. Na hipótese de desclassificação, requer a aplicação da suspensão condicional do processo. Subsidiariamente, pleiteia a fixação da pena base no mínimo legal. Pugna pela aplicação do regime inicial aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal (fls. 294/304).

Contrarrazoado o recurso (fls. 307/309), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento (fls. 331/337).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que a Defesa almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do recurso interposto pela defesa do réu Bruno

2.1. Dos termos da imputação

O acusado foi denunciado pela prática do delito tipificado pelo art. 17, da Lei nº 10.826/2003, porque no dia 10 de junho de 2020, por volta das 09h30min, na residência localizada na rua Joaquim Nabuco, nº 1907, bairro Jardim



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tropical, na cidade de Itápolis, possuía e tinha em depósito, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial irregular, munições, sem autorização legal (fls. 170/172).

Conforme narrado pela denúncia, policiais civis, em cumprimento a um mandado de busca e apreensão expedido em investigação relacionada ao tráfico de drogas, dirigiram-se até a residência do acusado. Após serem por ele recebidos, os agentes estatais encontraram, sobre a cômoda de seu quarto, doze cartuchos íntegros de espingarda calibre 12, além da quantia de R\$ 4.616,50 em espécie. Questionado a respeito das munições encontradas, o acusado confessou que eram destinadas à venda, aduzindo ainda, de forma espontânea, que também possuía, até pouco tempo, munições de calibre 22 lr, mas que já havia realizado a venda de todas.

A persecução penal foi instaurada por auto de prisão em flagrante (fls. 01/02). A prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva (fls. 69/71).

Ao final da instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia.

Por acórdão prolatado pela 16ª Câmara de Direito Criminal, foi revogada a prisão preventiva do acusado, a qual foi substituída por medidas cautelares alternativas (fls. 314). O alvará de soltura foi cumprido aos 23 de outubro de 2020.

2.2. Da questão preliminar

2.2.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do STF e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³, a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

Mas, a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norte-americana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Como anota Magalhães, *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz*.⁶

As questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput* do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional, a base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

2.2.2. Do direito ao silêncio

2.2.2.1. *Miranda rights*

Como é assente, o direito a não autoincriminação é corolário das garantias da presunção de inocência e da ampla defesa. Consagrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos,⁷ o *nemo tenetur se detegere* abarca o direito do investigado ou do acusado de não ser obrigado a colaborar na produção de quaisquer provas ou mesmo de se autoincriminar.

Entre as manifestações do direito a não autoincriminação ou ao *privilege against self-incrimination* do direito anglo-americano, está o direito ao silêncio que assegura ao imputado o direito não se pronunciar ou mesmo de responder, total ou parcialmente, aos questionamentos que lhe forem feitos.⁸ É uma projeção do direito de defesa, na perspectiva da autodefesa negativa. Para que o exercício do direito seja plenamente assegurado, sobretudo no contexto da investigação criminal onde a restrição de direitos fundamentais é mais sensível, é indispensável que o imputado seja informado do direito, de sua extensão e de seu

⁷ Art. 8.2.g, CADH: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

limite.⁹

Não foram outras as razões que levaram a Suprema Corte norte-americana, no paradigmático caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436, 1966)¹⁰, a fixar orientações, nas ações policiais, assecuratórias do direito ao silêncio. O caso envolveu a prisão de Ernesto Miranda, indivíduo que era portador de transtornos mentais e sobre quem pairavam suspeitas de envolvimento em abusos sexuais. Uma vez detido, foi conduzido até uma sala nas dependências policiais onde foi interrogado. Durante o interrogatório, realizado sem qualquer advertência ao direito ao silêncio, Ernesto acabou confessando a prática delituosa. Processado foi condenado, amparando-se o júri em sua confissão policial. Após os percursos recursais, a Suprema Corte anulou a condenação.

A Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que as declarações prestadas em contexto de custódia somente poderiam ser utilizadas como elemento de prova caso os procedimentos tivessem observado os direitos fundamentais do preso, dentre os quais o direito ao silêncio.¹¹ Assim, para além da advertência ao direito ao silêncio, a Suprema Corte determinou o atendimento das seguintes regras: (i) o direito da presença de um advogado constituído ou nomeado e (ii) advertência de que se o imputado optar em se manifestar, seu conteúdo poderá

⁹ GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell'art. 78 C.P.P. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 13, n. 4, p. 1119-1181, out./dez., 1970, p. 1120.

¹⁰ *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436, 1966). Disponível em: <<https://www.law.msu.edu/foundations/Foundations%20of%20Law%20Website%20Class%20One%20Reading.pdf>>. Acesso em: 22/03/2021.

¹¹ "Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against selfincrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored. (...)In accord with our decision today, it is impermissible to penalize an individual for exercising his Fifth Amendment privilege when he is under police custodial interrogation. The prosecution may not, therefore, use at trial the fact that he stood mute or claimed his privilege in the face of accusation".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ser utilizado como prova.¹²

2.2.2.2. O direito ao silêncio no sistema brasileiro

O direito ao silêncio, que encontra albergue no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, como projeção do direito a não autoincriminação, tem há tempos tomado o foco de atenção da jurisprudência nacional. No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, cristalizou-se o entendimento de que nenhuma pessoa, uma vez confrontada com a atividade persecutória estatal, poderá ser compelida a produzir prova contra si mesma. Nesse sentido:

“O direito à não autoincriminação consiste na prerrogativa do investigado ou acusado a negar-se a produzir provas contra si mesmo, e a não ter a negativa interpretada contra si. No caso, interessa o direito ao silêncio, o aspecto mais corrente do direito

¹² Nas palavras da Suprema Corte: *“The warning of the right to remain silent must be accompanied by the explanation that anything said can and will be used against the individual in court. This warning is needed in order to make him aware not only of the privilege, but also of the consequences of forgoing it. It is only through an awareness of these consequences that there can be any assurance of real understanding and intelligent exercise of the privilege. Moreover, this warning may serve to make the individual more acutely aware that he is faced with a phase of the adversary system-that he is not in the presence of persons acting solely in his interest (...). In order fully to apprise a person interrogated of the extent of his rights under this system then, it is necessary to warn him not only that he has the right to consult with an attorney, but also that if he is indigent a lawyer will be appointed to represent him. Without this additional warning, the admonition of the right to consult with counsel would often be understood as meaning only that he can consult with a lawyer if he has one or has the funds to obtain one.”* Miranda vs. Arizona (384 U.S. 436, 1966). Disponível em: <<https://www.law.msu.edu/foundations/Foundations%20of%20Law%20Website%20Class%20One%20Reading.pdf>>. Acesso em: 22/03/2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

à não autoincriminação. Por projeção, o direito ao silêncio consistente na prerrogativa do implicado a recorrer-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade.”

(STF, ADPF nº 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J: 14/06/2018, DJe: 22/05/2019)

No mesmo sentido, converge o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE. CONFISSÃO DA AUTORIA DELITIVA DURANTE A INQUIRÇÃO, NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA, EM OUTRO PROCESSO CRIMINAL. EFETIVO PREJUÍZO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, o direito ao silêncio é um consectário do *nemo tenetur se detegere*, sendo este uma garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.

2. Consequência lógica da aplicação do direito ao silêncio é a exigência que se impõe às autoridades, policiais e judiciais, da advertência ao réu de seu direito de permanecer em silêncio (art. 186, caput, CPP), sob pena de nulidade. Não fosse assim, na prática, o princípio jamais seria observado, como não o foi no famoso e paradigmático precedente da jurisprudência norte-americana, *Miranda vs. Arizona*, em 1966, no qual se anulou a confissão prestada pelo réu, por ausência de informação de seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado. Nesse sentido, STF – HC nº 78.708-1/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.4.1999. Mais que uma exigência ética de observância do Direito, a informação da existência do direito ao silêncio presta-se também a evitar a prática de métodos extorsivos da confissão, que vem a ser a *ratio essendi* da norma (Curso de processo penal/Eugênio Pacelli. – 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 386).

3. "A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prejuízo" (AgRg no HC 549.109/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019).

4. Na hipótese, a defesa logrou demonstrar o efetivo prejuízo suportado pelo recorrente, uma vez que, em ofensa ao princípio da não autoincriminação, é réu em uma ação penal cuja denúncia se baseia, principalmente, em confissão por ele feita na condição de testemunha noutro processo criminal, oportunidade na qual, embora formalmente advertido da obrigação de dizer a verdade, a Magistrada que conduziu a oitiva, em vez de adverti-lo sobre o direito de permanecer em silêncio, iniciou verdadeiro interrogatório, pressionando-o a se autoincriminar.

5. "Se o indivíduo é convocado para depor como testemunha em uma investigação e, durante o seu depoimento, acaba confessando um crime, essa confissão não é válida se a autoridade que presidia o ato não o advertiu previamente de que ele não era obrigado a produzir prova contra si mesmo, tendo o direito de permanecer calado" (STF. Segunda Turma. RHC n. 122.279/RJ, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 12/8/2014 - Informativo de Jurisprudência n. 754 do STF).

6. Recurso ordinário em habeas corpus provido, a fim de anular as provas obtidas mediante violação do direito ao silêncio, determinando o seu desentranhamento dos autos de n. 0025326-50.2016.8.26.0050, em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. (STJ, RHC nº 131.030, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J: 03/11/2020, DJe: 16/11/2020).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA SENTENÇA. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. DIREITO AO SILÊNCIO. AMPLITUDE. ADVERTÊNCIA JUDICIAL. REFLEXOS NA VOLUNTARIEDADE DO DEPOIMENTO. PROVA ILÍCITA. PREJUÍZO AO ACUSADO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A busca da verdade no processo penal sujeita-se a limitações e regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, cujo objetivo maior é a descoberta da verdade processual e constitucionalmente válida, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

2. Uma dessas limitações, de feição ética, ao poder-dever de investigar a verdade dos fatos é, precisamente, a impossibilidade de obrigar ou induzir o réu a colaborar com sua própria condenação, por meio de declarações ou fornecimento de provas que contribuam para comprovar a acusação que pesa em seu desfavor. Daí por que a Constituição assegura ao preso o "direito de permanecer calado" (art. 5º, LXIII), cuja leitura meramente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

literal poderia levar à conclusão de que somente o acusado, e mais ainda o preso, é titular do direito a não produzir prova contra si. 3. Na verdade, qualquer pessoa, ao confrontar-se com o Estado em sua atividade persecutória, deve ter a proteção jurídica contra eventual tentativa de induzir-lhe a produção de prova favorável ao interesse punitivo estatal, especialmente se do silêncio puder decorrer responsabilização penal do próprio depoente.

4. A moldura fática delineada no acórdão impugnado explicita que o Magistrado, antes de iniciar o depoimento do adolescente, advertiu-o, após externado seu desejo de permanecer em silêncio, de que poderia "ser novamente apreendido se não falasse a verdade".

5. A hipótese retrata situação em que o destinatário da advertência foi chamado a depor, como testemunha de acusação, e era o adolescente que acompanhava o paciente quando este foi autuado em flagrante, por estar supostamente transportando expressiva quantidade de maconha dentro do automóvel por ele conduzido.

6. Desde o início da persecução penal, a controvérsia central cingiu-se à definição sobre a propriedade dessa droga, pois nenhum dos dois ocupantes do automóvel - o paciente e o seu carona, o referido adolescente - assumiu a posse da embalagem encontrada no interior do veículo.

7. Assim, e mais ainda por tal circunstância, a advertência da autoridade judiciária feita ao depoente viciou o ato de vontade e direcionou o teor das declarações.

8. É ilícita, portanto, a prova produzida e, por ter sido desfavorável ao réu e ter-lhe causado notório e inquestionável prejuízo, há de ser afastada, com a consequente anulação da sentença condenatória, de modo a que seja feito o ato decisório, sem que conste, do seu teor e da argumentação judicial, esse depoimento. Isso porque se nota, sem dúvida alguma, que a sentença faz alusão a outras evidências e a provas produzidas em juízo, de sorte a não autorizar-se a acolhida do pedido principal formulado na impetração, de absolvição do paciente. 9. Ordem concedida em parte, a fim de anular o processo a partir, inclusive, da sentença. Deve o juiz desentranhar dos autos o depoimento do adolescente M. S. da C, colhido judicialmente, e proferir nova sentença, com o conjunto das provas restantes.

(STJ, HC 330.559/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, J: 25/9/2018, DJe: 10/10/2018)

Importante salientar que, para além da observância do direito ao silêncio no âmbito dos interrogatórios formais, ou seja, aqueles prestados perante as autoridades policial e judiciária, em vários precedentes, o Supremo Tribunal Federal, tal como decidido pela Suprema Corte norte-americana no caso *Miranda vs. Arizona*, tem reconhecido que a advertência do direito ao silêncio deve ser realizada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

também pelos policiais responsáveis pela voz de prisão.

No julgamento do HC nº 80.949/SP, em 30 de outubro de 2001, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a falta de advertência do direito ao silêncio pelos policiais, quando de conversa informal com um preso, havia sido ilegal qualificando a prova obtida como ilícita. O caso envolveu situação de preso temporário que foi levado até uma sala nas dependências do distrito policial onde passou a travar uma conversa com os agentes policiais que tomaram a cautela gravá-la. Entendeu-se no caso que a ausência de advertência do direito ao silêncio havia maculado a prova obtida. Nesse sentido:

O interrogatório é a única forma legal de tomada, no inquérito policial, de declarações do indiciado: nele, não há espaço para acolher como declarações do indiciado – e menos ainda para validar eventual confissão nelas contida – o registro, gravado ou não, de “conversa informal” dele com policiais.

A Constituição, no entanto, aditou outra exigência essencial à valoração no processo de declarações do indiciado ou do réu, ao erigir, como garantia fundamental do acusado:

Art. 5º (...) LXIII. O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...

Elevando aí o nemo tenetur se detegere à alçada de garantia fundamental – além da inconstitucionalidade superveniente, consensualmente admitida, da parte final do art. 186, C. Pr. Pen – a Constituição – na linha da construção da jurisprudência americana, a partir dos famosos casos Escobedo vs. Illinois (378 U.S. 478 1964) e Miranda vs. Arizona (384 U.S. 436 (1969) – impõe ao inquiridor, na polícia ou em juízo, o dever de advertência ao interrogado de seu privilégio contra a auto-incriminação.

A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório.

Dezoito anos após a prolação do referido julgado, nos autos da Reclamação nº 33.711, julgada em 11 de junho de 2019, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, reconheceu a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nulidade do interrogatório o qual havia sido denominado de “entrevista” pela Polícia Federal. Naquele caso, os agentes policiais, quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão, realizaram várias perguntas ao acusado e cujas respostas foram reduzidas a termo. Mais uma vez entendeu-se que a providência havia desrespeitado o direito ao silêncio pela omissão nas advertências.

No caso em análise, a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, ocorreu com a realização de interrogatório travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes acima transcritos. Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações. Há a evidente tentativa de se contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas.

(...)

Cumpre lembrar o entendimento firmado no julgamento do caso Miranda v. Arizona, citado nos votos que proferi nas ADPFs 395 e 444. No caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a acusação não poderia se utilizar de declarações obtidas por agentes policiais após a apreensão ou detenção de acusados, sem a demonstração da utilização de procedimentos que evidenciassem a proteção contra a autoincriminação prevista na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Por fim, em recente acórdão prolatado nos autos do RHC nº 192798 AGR/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado nas sessões virtuais de 12 a 23 de fevereiro do corrente ano, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito ao silêncio havia sido violado em razão da utilização de confissão informal como elemento de prova. A situação envolveu o contexto de prisão em flagrante quando o suposto agente confessou, informalmente, a prática do delito de associação para o tráfico de drogas. Durante o processo, apurou-se que os policiais responsáveis pela prisão do paciente não haviam observado o comando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

constitucional assecuratório do direito ao silêncio e a imperatividade, dele decorrente, das necessárias advertências. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe a o Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvição do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido.

2.2.3. Da análise do caso posto a julgamento

Pelo que se infere dos autos, policiais civis receberam informação de que **Bruno** era o gerente de um ponto de tráfico de drogas na cidade de Itápolis. Realizaram, então, várias campanhas no local indicado pela denúncia, quando apuraram que ali havia movimentação típica de tráfico de drogas. Assim, após obterem o endereço residencial do acusado, solicitaram pela expedição de mandado de busca e apreensão. Com o acolhimento da representação, deram cumprimento à ordem judicial quando então encontraram 12 munições de calibre 12, além de réplicas de uma submetralhadora e de um fuzil na residência do acusado. Ainda de acordo com o apurado, questionado sobre os fatos, o acusado teria admitido, informalmente, que as munições eram vendidas pelo valor de R\$ 15,00. Confirmou, inclusive, a venda de munições de calibre 22, mas que estas já haviam acabado.

Conforme se vislumbra dos autos, a condenação do acusado pela prática do delito previsto no art. 17, da Lei nº 10.826/2003 fundou-se, exclusivamente, na suposta confissão informal realizada aos policiais quando da sua prisão em flagrante. Não há, contudo, qualquer elemento a indicar que as declarações do acusado perante os policiais tivessem sido precedidas da advertência ao direito ao silêncio. Em todas as oportunidades em que foram ouvidos, os policiais civis afirmaram que o acusado havia confirmado a venda das munições. Nada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mencionaram, repita-se, sobre a advertência do direito ao silêncio.

Diante de tal quadro, inegável a violação ao direito ao silêncio. De se ressaltar que é irrelevante a ausência de norma processual que estabeleça o dever aos agentes policiais de previamente cientificar a pessoa presa dos termos daquele direito. Isto porque, tal direito está previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e no art. 8.2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, normas que, portanto, possuem eficácia imediata, não dependendo de normas infraconstitucionais para sua regulamentação. O direito ao silêncio, conforme assente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal, não se restringe à fase processual, nem aos interrogatórios formais, mas deve ser observado por todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, inclusive aos agentes policiais quando da prisão do suspeito ou do acusado. Nesse sentido, é a lição de Maria Elisabeth Queijo¹³:

A rigor, a advertência deve ser formulada quando da prisão do suspeito ou acusado, para que desde logo fique ciente de seus direitos, entre ele o de não se auto-incriminar. Referida advertência deverá ser formulada, mesmo que o suspeito ou acusado não venha a ser, de pronto, indagado sobre os fatos. Desde logo, a advertência evitará a tomada de declarações com violação do nemo tenetur se detegere e preservará sua liberdade de autodeterminação.

Na mesma esteira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, julgado em 22 de novembro de 2005¹⁴, reconheceu a violação ao direito ao silêncio. Isso porque, ao longo de dois processos instaurados Iribarne havia comparecido às dependências do Ministério Público onde prestou declarações que não havia sido precedidas do direito ao silêncio. Nesse

¹³ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 207.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara vs. Chile*. Julgado em 22/11/2005. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>> Acesso em: 17/03/2021.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentido:

Además, la Corte debe resaltar que durante los dos procesos penales militares el señor Palamara Iribarne rindió declaración ante el Fiscal en diversas ocasiones. En relación con dichas declaraciones la Corte realiza dos observaciones. Por un lado, en ninguna de ellas el señor Palamara Iribarne declaró ante un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, lo que vulnera el artículo 8.1 de la Convención. Por otra parte, en las diferentes citaciones a declarar emitidas por el Fiscal no se indicó el motivo para solicitar su comparecencia ni el tema sobre el que versaría dicha declaración, así como tampoco se le realizaron las previsiones sobre su derecho a no declarar contra sí mismo. Por la propia estructura del proceso penal militar y la consiguiente falta de imparcialidad el Fiscal Naval no puede ser asimilado al juez que garantiza el derecho a ser oído. Por ello, el Estado violó el artículo 8.1 y 8.2.g) de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne.

Por derradeiro, tratando-se de prova ilícita, a consequência é a sua imprestabilidade para fins processuais. Esta foi a formatação adotada pelo legislador constituinte ao proclamar a proibição das provas ilícitas. Mais do que isto, a inserção da cláusula da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma vigorosa mensagem do apreço pelo regime das liberdades individuais. O que se proíbe é a concretização ilícita do poder-dever punitivo na busca por provas reveladoras da responsabilidade penal de alguém. O mandamento é, enfim, imperativo dele não podendo se afastar o operador do direito na realização diária de sua atividade jurisdicional.

2.2.4. Das exceções à prova ilícita por derivação

Como exposto, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas, razão pela qual incorporou a teoria da fonte independente – *independent source*, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Silverhorne Lumber Co v. United States* (251 U.S. 385 1920), na redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal. É fato que redação provocou – e ainda provoca – debates. Em que pese a referência à fonte independente a formula normativa traz elementos da teoria da descoberta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inevitável, igualmente lapidada pela jurisprudência norte-americana, no paradigmático caso *Wong Sun vs. United States* (371 U.S. 471 1963).

De se ressaltar que a despeito dos percalços da legislação nacional, a base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade. É o que ocorre no caso em apreço.

Pelo que se infere dos autos, as diligências policiais realizadas no interior da residência do acusado, fundaram-se em investigação que o vinculava ao comércio de drogas. Os elementos subsidiaram a expedição de mandado de busca e apreensão. Uma vez no interior da casa, os policiais encontraram as munições. Após o encontro, indagaram-lhe acerca da procedência daquele material. Foi quando o acusado teria confessado, informalmente a comercialização das munições.

Assim, o encontro da munição resulta de fonte independente preexistente que não foi afetada pela prova ilícita posterior - confissão informal. Cuida-se, dessa forma, de prova legal e válida. Por sua vez, a ilicitude leva à desconsideração da parte dos relatos policiais em que há alusão à confissão informal de envolvimento no comércio de armamento. Não há a contaminação de todo o depoimento. Sequer a confissão judicial é atingida pela ilicitude. Não se vislumbra aqui conexão causal entre a prova ilícita e a confissão realizada quando do interrogatório.

2.3. Dos fatos provados

A materialidade e a autoria do delito foram comprovadas por meio do boletim de ocorrência (fls. 10/14), auto de exibição e apreensão (fls. 15/18), laudo pericial (fls. 149/151), bem como pela prova oral colhida em juízo.

Em sede preliminar, o policial civil Douglas Cardilli afirmou que se dirigiu à residência do acusado para dar cumprimento a mandado de busca e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apreensão, o qual decorria de investigação de seu envolvimento no delito de tráfico de drogas. Esclareceu que em data anterior, foram realizadas campanhas no ponto de venda de drogas que pertenceria ao acusado. Nas campanhas realizadas, verificou-se movimentação compatível com o tráfico de drogas e que, por várias vezes, o acusado chegava em sua motocicleta e conversava com vendedores. Consoante as investigações realizadas, **Bruno** exercia a função de gerência da biqueira, não sendo responsável pela venda direta dos entorpecentes aos usuários. Apesar de não haver notícia de que tivesse ocupação lícita, o acusado residia em imóvel alugado, de padrão social moderado, bem como possuía veículos de valor considerável. Quando da realização da busca e apreensão, foram localizados 12 cartuchos íntegros de espingarda calibre 12 na cômoda do quarto do acusado. Além disso, foi localizada a quantia de R\$ 4.613,50, bem como dois simulacros de arma de fogo, sendo uma submetralhadora e um fuzil. Na residência, estavam outras pessoas cujos celulares foram apreendidos. Foram, ainda, apreendidas duas motocicletas (fls. 03/04).

Em juízo, o policial civil Douglas confirmou os relatos prestados em sede policial. Esclareceu que **Bruno** era alvo de investigação em razão de seu envolvimento no delito de tráfico de entorpecentes. Realizou várias campanhas no ponto de tráfico de drogas onde **Bruno** atuava como gerente. Durante as campanhas, descobriu-se o endereço do domicílio do acusado, tendo sido requerida a expedição de mandado de busca e apreensão na sua residência e no endereço da biqueira. Em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, compareceu à residência de **Bruno**, onde foram encontradas 12 munições de calibre 12.

No mesmo sentido, foram os relatos da testemunha José Pires Garcia Filho. A Polícia Civil recebeu informações de que **Bruno** era responsável pela gerência de uma “biqueira”. Realizou várias campanhas no local indicado pela denúncia, tendo sido constatada movimentação típica de tráfico de drogas naquele local. Em dado momento das investigações, foi descoberto o endereço da residência do acusado. Foi, então, solicitada a expedição de mandado de busca e apreensão na residência do acusado e na “biqueira”. Na residência do acusado, foram encontradas 12 munições de calibre 12, além de réplicas de uma submetralhadora e de um fuzil.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Os relatos, note-se, não possuem contradições. Não há, dessa forma, motivos para que a prova oral seja desconsiderada.

Nesse ponto, não merece prosperar a linha argumentativa que procura desqualificar a prova oral consistente em depoimentos fornecidos por agentes policiais. Afinal, não há, nos autos, elementos que afetem a idoneidade daqueles policiais. Na verdade, por estarem investidos no exercício de importante função pública, gozam de uma natural credibilidade. Trata-se de uma presunção de que somente cederá quando infirmada por outros elementos de convicção. Assim, importante valor probatório deve ser conferido àqueles depoimentos. A questão, note-se, não é nova na jurisprudência conforme ilustram os seguintes julgados:

Prova criminal – Testemunhal - Tráfico de entorpecentes - Depoimentos de policiais que efetuaram a apreensão – Credibilidade - Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorra e desde que não defendem interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador.

(STJ, ACR 147980, Relator: Jarbas Mazzoni).

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ, HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

(STJ, HC n.º 404.514- PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

De mais a mais, o sistema probatório abraçado em nossa legislação afastou-se do modelo de provas legais segundo o qual os valores probatórios são previamente indicados pelo legislador. Ao contrário, adotou-se o sistema do livre convencimento racional. Dessa forma, as provas devem ser avaliadas em seu contexto. As provas produzidas levam à reconstrução histórica dos acontecimentos. Esta reconstrução, por sua vez, é posta em confronto com a imputação. Se dela houver identidade que afaste a possibilidade de ocorrência de fatos diversos, haverá coincidência a qual é imperiosa da procedência e, portanto, do édito condenatório.

As testemunhas de defesa não presenciaram os fatos. A testemunha de defesa Marisa Dias dos Santos afirmou conhecer **Bruno** há vinte anos. Asseverou que **Bruno** nunca teve envolvimento com a Polícia, sendo que ele era uma pessoa trabalhadora. Disse que **Bruno** costumava caçar. Em certa vez, foi convidado pela mãe dele a comer um javali caçado pelo réu. Por sua vez, a testemunha de defesa Reginaldo Alessandro Moro disse que foi pescar com **Bruno** no Rio São Lourenço, sendo que lá encontraram as munições. Esclareceu que encontraram aproximadamente oito cartuchos de calibre 12. Asseverou não saber se **Bruno** possuía arma de fogo e não soube dizer o que o acusado faria com as munições.

Na fase preliminar, o acusado permaneceu em silêncio. Em juízo, asseverou que foi pescar com Reginaldo no Rio São Lourenço, tendo ali encontrado as munições. Levou-as para casa, pois gostava de caçar javalis. Disse que guardou as munições na sua residência, mas esqueceu que ali estavam, tendo ficado surpreso com o encontro de tais objetos pelos policiais. Esclareceu que possuía apenas armas de “airsoft”.

Como visto, o acusado admitiu guardar munições na sua residência. A reconstrução histórica dos fatos, portanto, torna indubitosa a posse, pelo réu, das munições com ele encontradas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2.4. Da qualificação jurídica dos fatos

Diante do reconhecimento da ilicitude da confissão informal do réu, a qual serviu para sustentar sua condenação pela prática do delito previsto no art. 17, da Lei nº 10.826/2003, não restam elementos suficientes que permitam afirmar um juízo de certeza quanto aos termos da imputação inicialmente dada pelo Ministério Público. No entanto, os elementos probatórios lícitos remanescentes permitem a configuração do delito previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/2003.

Com efeito, os policiais civis, em cumprimento de mandado de busca e apreensão, encontraram na residência do réu doze munições de calibre 12¹⁵. O réu, por sua vez, admitiu a guarda de tal armamento na sua casa. Diante de tal quadro, imperiosa a readequação penal típica dos fatos para aquela prevista no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. De se ressaltar que, nos termos do art. 2º, do Decreto nº 9.847/2019¹⁶, as armas de fogo portáteis de alma lisa, desde que na saída do cano, a energia cinética não seja superior a 1200 libras ou 1620 joules são classificadas como de uso permitido. É o caso da arma de calibre 12 e, por consequência, da munição de tal calibre.

Nessa esteira, cabe observar que, nos termos do artigo 617¹⁷, combinado com artigo 383¹⁸, do Código de Processo Penal, possível é a aplicação do instituto da *emendatio libelli*, em segundo grau de jurisdição, desde que não seja agravada a pena do réu quando somente interposto recurso pela defesa. De mais a mais, consoante entendimento assente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nada obsta a alteração da classificação jurídica dos fatos em segundo grau de

¹⁵ Auto de exibição e apreensão (fls. 15/18) e laudo pericial (fls. 149/151).

¹⁶ Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - arma de fogo de uso permitido - as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules; b) portáteis de alma lisa; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules.

¹⁷ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos [arts. 383, 386 e 387](#), no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

¹⁸ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

jurisdição, desde que observados os princípios da correlação entre acusação e decisão condenatória e da *non reformatio in pejus*. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS. EMENDATIO LIBELLI EM SEGUNDO GRAU JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE.** REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NESTA ESTREITA VIA ELEITA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A *emendatio libelli* pode ser aplicada em segundo grau, desde que nos limites do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a *reformatio in pejus*. Precedentes. E a decisão impugnada foi mais favorável ao paciente, na medida em que a pena imposta é menor do que aquela em tese pretendida na imputação originária. Aliás, o acórdão impugnado consignou expressamente que a conduta foi bem descrita na denúncia e que somente a capitulação foi modificada em benefício do acusado.

3. "É inadmissível, na via angusta do *habeas corpus*, o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório" (HC 13.058/AM, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 194).

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ, HC nº 294.149/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, J: 03/02/2015, DJe: 11/02/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E O ACÓRDÃO. CONDUTA INICIALMENTE CAPITULADA COMO FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

DIVERSA PELO TRIBUNAL EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. NULIDADE INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal.
2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o Tribunal Regional, autorizado pela norma contida no artigo 617 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório.
3. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que é perfeitamente possível que o Tribunal, em segundo grau de jurisdição, aplique a *emendatio libelli*, só não se admitindo que realize a *mutatio libelli*, nos termos do enunciado 453 do Supremo Tribunal Federal.
4. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC nº 295.069/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, J: 03/03/2015, DJe: 11/03/2015)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *EMENDATIO LIBELLI* NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA DEVOLUTIVIDADE EM EXTENSÃO. REGRA DE CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Nos termos do art. 383, do Código de Processo Penal, *emendatio libelli* consiste na atribuição de definição jurídica diversa ao arcabouço fático descrito na inicial acusatória, ainda que isso implique agravamento da situação jurídica do réu, mantendo-se, contudo, intocada a correlação fática entre acusação e sentença, afinal, o réu defende-se dos fatos no processo penal. O momento adequado à realização da *emendatio libelli* pelo órgão jurisdicional é o momento de proferir sentença, haja vista que o *Parquet* é o titular da ação penal, a quem se atribui o poder-dever da capitulação jurídica do fato imputado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Como corolário da devolutividade recursal vertical ampla, inerente à apelação, desde que a matéria tenha sido devolvida em extensão, plenamente possível ao Tribunal realizar *emendatio libelli* para a correta aplicação da hipótese de incidência, desde que dentro da matéria devolvida e não implique *reformatio in pejus*, caso haja recurso exclusivo da defesa.

4. Neste caso, o *Parquet* expressamente devolveu o capítulo da condenação pela corrupção de menores, sob o mesmo contexto fático descrito na denúncia, segundo a qual o réu corrompeu os três adolescentes para praticar o crime de roubo. A sentença, equivocadamente considerou o crime de corrupção de menores como material, contudo, reformando para incidir corretamente o tipo, o tribunal entendeu tratar-se de crime formal, por ser irrelevante aferir eventual prática de crime anterior do menor. Por conseguinte, não se violou a congruência e a devolutividade em extensão, tendo em vista o recurso do Ministério Público, o que afasta a tese de *reformatio in pejus*.

5. Em concreto, o Tribunal considerou que houve prévio acerto entre os menores e o paciente para a execução do crime de roubo posteriormente: ou seja, analisando o contexto fático, o Tribunal constatou que a cooptação dos menores ocorreu em momento diverso do crime de roubo, com condutas diversas, o que inviabiliza a incidência da regra do concurso formal. Outrossim, entendimento diverso, no sentido que os crimes ocorreram no mesmo contexto, implicaria revolvimento fático-probatório, o que é inviável nessa sumária via do *habeas corpus*.

(...)

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(STJ, HC nº 427.965/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, J: 13/03/2018, DJe: 20/03/2018)

Nesse sentido, também já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

Apelação. Roubo simples e furto mediante fraude. Prova. Materialidade e autoria comprovadas. Réu confesso. **Necessidade de desclassificação do segundo delito para o crime de estelionato. Artigos 383 e 617 do CPP. Readequação das penas.** Réu reincidente em delito patrimonial. Regime inicial fechado mantido. Recurso parcialmente provido.

(TJSP, Apelação Criminal nº 0001507-98.2018.8.26.0540, Rel. Des. Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal, J: 03/02/2020)

Nulidade. Crime de trânsito. Homicídio culposo. Denúncia e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sentença capitulando a conduta do agente no art. 121, §§ 3º e 4º, do CP Possibilidade de alteração da capitulação em 2º Grau, dando o réu como incurso no art. 302 da Lei n. 9.503/1997. **Emendatio libelli. Inexiste prejuízo à defesa pelo fato de a denúncia ter capitulado a conduta do agente no art. 121, §§ 3º e 4º, do CP e a sentença condenatória ter dado o réu como incurso no art. 302 da Lei n. 9.503/1997, se a descrição dos fatos imputados ao réu na inicial acusatória contiver todas as circunstâncias elementares do crime de homicídio culposo na condução de veículo automotor. Cuida-se de hipótese não de mutatio libelli, mas sim de emendatio libelli, que está prevista no art. 383 do CPP, que pode ser procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, independentemente de qualquer formalidade prévia. (...)**

(TJSP, Apelação Criminal nº 0002665-24.2016.8.26.0294, Rel. Des. Grassi Neto, 9ª Câmara de Direito Criminal, J: 23/04/2020)

PECULATO. Cerceamento de defesa ante o indeferimento de providência. Inocorrência. Prejuízo não demonstrado. Provas não obtidas por meio ilícito. Sentença baseada em elementos dos autos. Desnecessidade de enfrentamento de todas as teses defensivas. Não vislumbramento de sentença ultra petita. Aplicação do art. 92, CP, que prescinde de manifestação ministerial. Preliminares afastadas. Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito. Negativa do réu isolada nos autos. **Conduta que se amolda ao tipo do art. 312, §1º, CP. Possibilidade de emendatio libelli em sede de apelo.** Pena corporal, regime e substituição bem fixados. Pequena redução da pena de multa e prestação pecuniária Perda do cargo justificada Recurso parcialmente provido (voto nº 30510).

(TJSP, Apelação Criminal nº 0005920-92.2012.8.26.0176, Rel. Des. Newton Neves, 16ª Câmara de Direito Criminal, J: 30/08/2016)

Assim, no caso posto a julgamento, considerando-se que a denúncia faz expressa menção à posse de arma de fogo de calibre 12 e que a alteração da qualificação jurídica não importa em *reformatio in pejus* e que o *quantum* da reprimenda prevista para o tipo penal previsto no art. 12, *caput* é inferior do que aquela dada ao artigo 17 da Lei nº 10.826/2003, possível a realização de *emendatio libelli*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2.5. Da individualização da pena

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada no mínimo legal ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. A operação não comporta reparos. Assim, estabeleço-a em 01 ano de detenção e pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, acertadamente, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes. A pena, então, é mantida nos patamares acima estabelecidos.

Não há causas de aumento ou de diminuição.

O i. Magistrado fixou o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Contudo, diante do *quantum* da pena fixado e da primariedade do acusado, fixo o regime inicial aberto.

Preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, a ser fixada pelo Juízo da Execução.

A pena de multa é cumulativa e, portanto, não é atingida pela substituição.

O valor do dia-multa é fixado no mínimo legal.

2.6. Da impossibilidade de concessão da suspensão condicional do processo

Em suas razões recursais, a defesa pugna, na hipótese de desclassificação da conduta, o retorno dos autos ao juízo de origem para cumprimento dos procedimentos relacionados com a suspensão condicional do processo. Afirma que o acusado preenche todas as condições impostas para o gozo do benefício.

Não assiste razão à defesa.

Pelo que se verifica dos autos, mais precisamente da certidão de antecedentes (fls. 217/218), o acusado possui processo em andamento (Processo nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

1500412-44.2019.8.26.0274, da 2ª Vara do Foro de Itápolis) o que, por si só, impede a concessão do benefício pleiteado, conforme dispõem o art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95¹⁹.

3. Do voto

Pelo exposto, pelo meu voto, **conheço do recurso interposto e, no mérito, dou parcial provimento ao apelo defensivo para:** a) afirmar a ilicitude probatória da confissão informal do acusado; b) afirmar a validade da apreensão da munição por força da teoria da fonte independente preexistente; c) afirmar a licitude dos depoimentos dos policiais nos pontos em que não há referência à confissão informal do acusado; d) desclassificar a imputação jurídico-penal do art. 17 da Lei nº 10.826/2003 para a figura delituosa prevista pelo artigo 12 da Lei nº 10.826/2003; e) substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos nos moldes acima indicados e f) fixar o regime inicial aberto, readequando a reprimenda imposta ao apelante **BRUNO HENRIQUE DE LIMA** em 01 ano de detenção, no regime inicial aberto e pagamento de 10 dias-multa, no valor mínimo unitário legal, como incurso no artigo 12, da Lei 10.826/2003.

Mantida, no mais, a r. Sentença, nos seus termos.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator

¹⁹ Art. 89, da Lei nº 9099/95: Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, **desde que o acusado não esteja sendo processado** ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).