



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0001021521

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500621-76.2023.8.26.0628, da Comarca de Itapevi, em que é apelante IURY MATEUS CORREA ALVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria, negaram provimento ao recurso. Voto contrário do 3º Juiz, Desembargador Marcelo Semer, que declara**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), MARCELO GORDO E MARCELO SEMER.

São Paulo, 27 de novembro de 2023.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 4.277

Processo nº 1500621-76.2023.8.26.0628

Relator: **ADILSON PAUKOSKI SIMONI**

Órgão Julgador: **13ª Câmara de Direito Criminal**

Apelante: Iury Mateus Correa Alves

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de droga – Recurso defensivo – Preliminares rejeitadas. Descabe a anulação das provas pela alegada ilicitude da abordagem, pois o Código de Processo Penal permite a busca pessoal sem mandado nas hipóteses de prisão e quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo do delito, ou, ainda, quando a medida for determinada na própria busca domiciliar - Tampouco há que se falar, no caso concreto, em absolvição em decorrência de violência policial, eis que dos vídeos das câmeras corporais dos agentes que efetuaram a prisão não se depreende a prática de violência excessiva – Pleito absolutório. Descabimento. Conjunto apto a embasar a condenação pelo artigo 33, da Lei nº 11.343/06. Solução condenatória mantida – Dosimetria – Pena-base bem exasperada em razão de mau antecedente, culpabilidade e da quantidade e variedade de drogas, que evidenciam gravidade concreta superior à ínsita ao tipo penal – Manutenção do regime prisional inicial fechado - Incabíveis a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44) e o sursis penal (CP, art. 77), até porque o quantum sancionatório (superior a 4 e 2 anos, respectivamente) já os obstaculiza – RECURSO DESPROVIDO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 4.277

Cuida-se de apelação interposta em favor de **Iury Mateus Correa Alves** contra a r. sentença de fls. 164/169, cujo relatório se adota, que o condenou como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, a 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e a 750 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Sustenta-se, preliminarmente, que: a-) são ilícitas as provas, pois não havia fundada suspeita para a realização da abordagem, sendo, por consequência, nulas as provas dela decorrentes; e b-) é caso de absolvição em razão de violência policial. No mérito, alega-se, em suma, que: a-) é caso de absolvição por insuficiência de provas ou por não ter sido provado o dolo específico consistente na finalidade mercantil das drogas apreendidas; e b-) em caso de condenação deve ser afastada a exasperação da basilar em razão da natureza e da quantidade de droga (fls. 187/208).

As contrarrazões foram pela manutenção da sentença atacada (fls. 211/213).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 223/226).

É o relatório.

Primeiramente, descabe a anulação das provas pela alegada ilicitude da abordagem, pois o Código de Processo Penal permite a busca pessoal sem mandado nas hipóteses de prisão e quando houver *fundada suspeita* de que *a pessoa esteja na posse* de arma proibida ou *de objetos ou papéis que constituam corpo do delito*, ou,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ainda, quando a medida for determinada na própria busca domiciliar.

Por sinal, basta *fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*, para amparar a existência de *justa causa*, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. **BUSCA PESSOAL EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDADA SUSPEITA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** "AVISO DE MIRANDA". AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA VIA ELEITA. MULTIREINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal justifica-se quando existente fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Na espécie, a busca policial se deu de forma legal, tendo em vista a existência de fundada suspeita de que o paciente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estaria escondendo algo na sacola plástica que carregava (balança de precisão, 119,25g de maconha e a quantia de R\$ 587,00), revelado pelo seu comportamento excessivamente nervoso e pelo fato de ser conhecido pelo envolvimento com o tráfico de drogas na região.

[...]"

(HC n. 614.339/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 11/2/2021.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. ACESSO A DADOS CONTIDOS NO CELULAR DOS RÉUS. ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO, DE FORMA VOLUNTÁRIA, DOS PRÓPRIOS ACUSADOS. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE MANIFESTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Consoante o disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, a oposição de embargos de declaração enseja, em síntese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da retificação do julgado que se apresenta omissivo, ambíguo, contraditório ou com erro material. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejuízo do caso, tal como ocorre na hipótese dos autos.

2. Havia fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, de que os pacientes (ora embargantes) estavam na posse de objetos que constituíam corpo de delito (no caso, na posse de drogas), a justificar a abordagem pelos policiais militares e a busca pessoal. Em outros



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

termos, havia dados objetivos, concretos e seguros de que os acusados pudessem estar portando drogas.

[...]

10. Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus concedido, de ofício, em favor de ambos os acusados, nos termos do voto do relator.

(EDcl no HC n. 492.052/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 26/6/2020.)

Nessa contextura, em que o acusado restou flagrado, em *local conhecido como ponto de venda de drogas, portando uma sacola* e, ao notar a presença policial, *empreendeu fuga*, evidenciava-se a presença de *fundadas suspeitas* a legitimar a abordagem policial, que resultou na confirmação do tráfico de drogas.

Assim, tendo o acusado sido surpreendido na prática de ilícito penal, conforme evidencia a prova dos autos, certo é que não houve qualquer ilegalidade na abordagem.

Tampouco há que se falar, no *caso concreto*, em absolvição em decorrência de violência policial, eis que, malgrado tenha o acusado afirmado ter sofrido violência policial durante a abordagem, o que seria corroborado pelo laudo de lesão corporal (fls. 101/102), dos vídeos das câmeras corporais dos agentes que efetuaram a prisão não se depreende a prática de violência excessiva, sendo certo que, como bem ponderado pelo Juízo sentenciante, a versão dada pelo acusado em juízo, no sentido de que havia sido abordado primeiramente na rua e depois levado para o interior da mata, onde teria sido agredido, é desmentida



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelas filmagens, as quais evidenciam que a abordagem inicial se deu na mata e posteriormente prosseguiu na via pública, tendo o acusado, inclusive, admitido nas gravações a prática delitiva e detalhado o funcionamento do ponto de venda de drogas onde estava atuando.

Afastadas as preliminares, passa-se à análise do mérito.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, é da acusação que, no dia 17 de março de 2023, por volta das 22h44, na Rua Efigênia Siqueira Gonçalves, nº 10, Setor-A, Cohab, na comarca de Itapevi, **Iury Mateus Correa Alves** trazia consigo e transportava, para fins de tráfico, 65 invólucros plásticos contendo maconha, 260 invólucros plásticos contendo cocaína e 669 invólucros contendo crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva ficou evidenciada pelo boletim de ocorrência (fls. 7/9), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 10), pelo laudo de constatação (fls. 13/15), pelo laudo de exame químico-toxicológico (fls. 76/78) e pela prova pessoal haurida.

A autoria, por sua vez, é indubitosa e recai seguramente sobre o recorrente.

Interrogado, *o réu negou a imputação na fase extrajudicial*, aduzindo que estava na biqueira apenas porque havia ido comprar alimentos para o rapaz que vendia drogas, cujos nome e qualificação não soube declinar, admitindo ter corrido dos



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

policiais, mas negando estar na posse das drogas apreendidas (fls. 4).

Em juízo, o réu tornou a negar, mas *mudou sua versão*, passando a aduzir que foi abordado pelos policiais, os quais não encontraram nada e o levaram para dentro da mata, em um local isolado, onde o agrediram. Assim, temendo por sua integridade física, acabou por confessar o tráfico. Negou ter corrido.

Porém, a exculpatória do acusado não é amparada por qualquer elemento probatório (art. 156 do CPP) e foi desmentida pela prova colhida.

Dessume-se dos depoimentos judiciais das testemunhas Willian Barbosa Pereira dos Santos e Márcio José Carniel Júnior, policiais militares, que estavam em patrulhamento quando se depararam com **o acusado, o qual portava uma sacola e empreendeu fuga** para uma área de mata ao notar a presença policial, ensejando a abordagem, a qual ocorreu na referida mata, tendo sido o acusado localizado em uma canaleta de esgoto, tendo ele **confessado o tráfico** ao ser encontrado, indicando o local onde havia guardado **a sacola que trazia, a qual continha os entorpecentes**. Detalharam que a abordagem ocorreu inicialmente na mata e prosseguiu na via pública, onde havia melhor iluminação.

Inclusive – sem olvido de que **toda pessoa poderá ser testemunha** (art. 202 do CPP) – , nada foi comprovado em pretório (**art. 156 do CPP**) que demonstrasse qualquer **animosidade ou inimizade a retirar a credibilidade da prova testemunhal policial**, não se podendo inferir, pois, que houvesse na espécie incriminação **sem justo motivo**.

Aliás, seria um contrassenso a sociedade organizada (Estado) arregimentar pessoas para a atividade policial e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

depois negar-lhes valia no trabalho realizado.

A respeito, o **Superior Tribunal de Justiça**, *mutatis mutandis*:

“Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal” (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.619.050/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, julgado em 28/4/2020).

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes” (HC 209.549/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2013).

Ora, restou claro que o réu foi *flagrado*, trazendo consigo considerável quantidade de entorpecentes – **65 invólucros contendo maconha, 260 invólucros contendo cocaína e 669 invólucros contendo crack**.

Inclusive, em casos dessa ordem (*tipo misto alternativo, delito de ação múltipla ou de conteúdo variado*), *indiferente* se afigura visualização de atos de mercancia, revelando-se *também* despiciendo saber *no caso*, inclusive, de quem era a *propriedade toxicológica* respectiva, posto que *onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo*, tratando-se, aliás, de crime *permanente*, com estado de flagrância que se protraí no tempo.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não se há falar, pois, em insubsistência probatória *no caso concreto* (onde, inclusive, a condenação não está embasada “*exclusivamente*” na investigação: *art. 155 do CPP*), cumprindo anotar que a *demonstração* de *qualquer* causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade *é ônus de quem alega* (*art. 156 do CPP*), *exigindo comprovação inequívoca*, o que incoorre nestes autos.

Assim, independentemente de qualquer adminículo probatório, tem-se um conjunto apto a embasar a condenação pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Quanto à dosimetria.

A pena-base foi fixada acima dos mínimos legais, em 6 anos e 6 meses de reclusão, em razão de mau antecedente (processo nº 0000613-57.2015: fls. 22), pela quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos e pelo fato de ter o acusado praticado novo crime durante cumprimento de pena, no que andou bem o Juízo sentenciante.

Com efeito, é certo que a prática de novo delito durante o cumprimento de pena imposta em processo anterior evidencia maior reprovabilidade da conduta, a justificar o incremento da basilar.

No ponto, o **Superior Tribunal de Justiça**, *mutatis mutandis*:

“Está *justificada a exasperação da pena-base* do crime de corrupção ativa diante da *maior reprovabilidade da conduta (culpabilidade)*, porque praticada por réu *em cumprimento de pena*, recentemente agraciado com o regime aberto, em situação de infração às regras do benefício” (AgRg no HC n. 709.675/SP, relator Ministro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 24/11/2022).

Outrossim, é certo que, no caso concreto, a quantidade e variedade das drogas apreendidas - 65 invólucros plásticos contendo maconha (69,12g), 260 invólucros plásticos contendo cocaína (108,3g) e 669 invólucros contendo crack (87,2g) - evidenciam **gravidade concreta** superior à ínsita ao tipo penal, autorizando, portanto, o incremento da basilar com fulcro no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

Acerca da temática, o **Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis**:

“Na hipótese, a pena-base imposta ao agravante foi exasperada em razão da **quantidade, variedade e lesividade** da droga apreendida (118,2g de **cocaína**, 1,5g de **crack** e 20,4g de **maconha**), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, **mostra-se idônea a fundamentação**, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no HC n. 706.589/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 23/2/2022).

Nem se há falar em desproporcionalidade em relação ao **quantum** de aumento, pois, sendo consabida a possibilidade de aumento das penas em 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável reconhecida, não se mostra exagerado o incremento da basilar diante do reconhecimento de três circunstâncias judiciais negativas.

No ponto, o **Tribunal da Cidadania, mutatis mutandis**:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Havendo motivação idônea para o desfavorecimento de **3 circunstâncias judiciais**, a pena-base deve ser readequada, com a exasperação na **fração de 1/2 sobre o mínimo legal**” (HC n. 500.808/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 5/12/2019).

Na segunda fase diante da reincidência (processo nº 1500116-90.2020: fls. 24), as sanções foram aumentadas em 1 ano, perfazendo 7 anos e 6 meses de reclusão.

No terceiro estágio, não se verificam causas de aumento e de diminuição, tendo sido bem afastado o privilégio, diante da reincidência e de mau antecedente, os quais já obstam **in casu** a concessão do beneplácito do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, cujos **requisitos** são **cumulativos**.

A propósito, o **Superior Tribunal de Justiça**, **mutatis mutandis**:

“A **aplicação** da redutora do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, demanda o **preenchimento** de **quatro** requisitos **cumulativos**, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar o agente a atividades criminosas ou integrar organização criminosa” (AgRg no HC 639.517/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/03/2021).

“**Os requisitos previstos na causa de diminuição** (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) **são de observância cumulativa**, vale dizer, **a ausência de qualquer deles, implica a não aplicação da causa de diminuição de pena**” (AgRg no HC 697.770/PE, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 16/12/2021).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, a pena de multa deve ser *proporcional à reprimenda corporal*, seguindo-se *o critério trifásico* para sua fixação.

A esse respeito, o **Tribunal da Cidadania**, *mutatis mutandis*:

"O Superior Tribunal de Justiça, após afirmar que a *quantidade* de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos *no art. 59 do Código Penal*, passou a definir que a *pena de multa* deveria ser estabelecida *de forma proporcional* à privativa de liberdade imposta, *obedecendo ao sistema trifásico (art. 68 do Código Penal)* [...] A estipulação da *quantidade* de dias-multa *não* leva em consideração a *capacidade financeira do condenado*, mas, a partir das cominações mínima e máxima abstratamente previstas para a pena pecuniária, é estabelecida a *quantidade* de dias *que seja proporcional ao quantum da pena privativa de liberdade*, com *observância das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal*" (AgRg no RE 1.722.941/RS, Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 23/10/2019).

Assim, a sanção pecuniária restou bem fixada em 750 dias-multa, no menor valor unitário.

Portanto, **as sanções totalizam 7 anos e 6 meses de reclusão, e 750 dias-multa, no menor valor unitário.**

Apesar de a pena corporal ser superior a 4 e não exceder a 8 anos, o regime inicial não pode ser diverso do fechado, diante da desfavorabilidade no primeiro estágio dosimétrico e da reincidência (CP, art. 33, § 2º, "b", e § 3º), descabendo cogitar *in casu* no regime intermediário, tampouco no aberto.

A respeito, o **Superior Tribunal de Justiça**,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mutatis mutandis:

“*É assente nesta Corte* que, na hipótese em que a pena definitiva é *superior a 4 anos e não exceda a 8 anos*, sendo *reincidente* o réu e havendo circunstâncias judiciais *desfavoráveis*, é cabível a fixação do regime inicial *fechado*” (HC nº 687099 – SP, Relatoria: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 13/09/2021).

“Deve ser mantida a imposição do regime inicial *fechado*, quando verificado que o réu, *além de ostentar circunstâncias judiciais desfavoráveis (com a fixação da pena-base acima do mínimo legal)*, foi definitivamente condenado a reprimenda *superior a 4 anos de reclusão* e era *reincidente* ao tempo do crime” (AgRg no AREsp 1861290/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 15/06/2021, DJe 23/06/2021).

Inclusive, *mutatis mutandis:*

“*Por expressa disposição legal (art. 33, § 2º, 'c', do Código Penal)*, é *inadmissível* a fixação de regime *aberto* a condenados *reincidentes*” (in AgRg no HC 625.714/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 13/04/2021).

É dizer:

“*Os termos do § 2º do art. 33 do Código Penal proíbem* ao réu *reincidente* a fixação do regime *aberto*, *em qualquer caso*, e do *semiaberto*, *quando* a pena for *superior a 04 anos*” (HC 56.150/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Insta ressaltar, a respeito, que, como a estipulação *da dosimetria* e, ao depois, o estabelecimento *do regime* prisional inicial dizem respeito a *momentos legais* substancialmente *distintos* da penação (*lato sensu*), não se há cogitar em *bis in idem* em casos que tais.

Acerca da temática, o **Tribunal da Cidadania**, *mutatis mutandis*:

“A fixação *do regime prisional* segue as regras *do artigo 33* do Código Penal. A *dosimetria* da pena, *por sua vez*, respeita os critérios definidos pelos *arts. 59 e 68 do* Código Penal” (AgRg no HC 615.513/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020).

Dito de outra forma:

“*Não há falar em 'bis in idem'* em razão da utilização de *circunstâncias judiciais negativas* e da *reincidência* na dosimetria da pena, *regida pelos arts. 59 e 68 do CP*, e em razão da adoção do *regime inicial* fechado, *regulado pelo art. 33 do mesmo diploma legal*” (in HC nº 673060 – SP, Relatoria: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 24/08/2021).

Descabem, pela ausência de seus respectivos requisitos *subjetivos*, diante da desfavorabilidade considerada *na pena-base* e *da reincidência*, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, III e §3º, do CP) e o *sursis* penal (art. 77, I e II, do CP).

No ponto, o **STJ**, *mutatis mutandis*:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"*Não obstante* a presença dos *limites objetivos* previstos nos art. 44, I e 77, *caput*, do Código Penal, a existência de *circunstâncias judiciais desfavoráveis* não se compagina com o disposto no art. 44, III, e art. 77, II, do referido diploma legal" (*in* HC nº 710810 – RS, Relatoria: Ministra LAURITA VAZ, julgado em 136/12/2021).

"*É incabível* a *substituição* da pena *privativa de liberdade* por *restritivas de direito* diante da presença de *circunstância judicial desfavorável* e a *reincidência* do acusado" (*in* HC nº 721987 – PR, Relatoria: Ministro OLINDO MENEZES, julgado em 03/03/2022).

"*Inviável* a concessão de *sursis* em favor de réu *reincidente* e portador de *maus antecedentes*. [...] Devidamente reconhecidos pelo Juiz sentenciante os *maus antecedentes* do réu, *não há que se falar* no benefício da *substituição da pena* e do *sursis*" (REsp 709.100/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005).

Inalterados os fundamentos da decretação da prisão preventiva, não se há cogitar em recurso em liberdade.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo manejado.

É como voto.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

Voto nº 25067
Apelação Criminal nº 1500621-76.2023.8.26.0628
Comarca: Itapevi
Apelante: Iury Mateus Correa Alves
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Adoto o relatório do voto condutor, que bem esmiuçou as questões nele discutidas. Apresento discordância quanto à nulidade das provas em razão da ocorrência de violência policial na abordagem que deu origem à prisão em flagrante.

Como afirmado pelo douto Desembargador Relator, nos vídeos das câmeras corporais apresentados pela Polícia Militar às fls. 103, mostra-se que a abordagem ao réu dos dois policiais cujas câmeras se apresentaram se iniciou na mata e posteriormente seguiu na via pública, quando, então, grava-se uma confissão do réu.

Não obstante, tais vídeos possuem diversas outras informações que, *dava venia*, apontam a ocorrência de violência policial não apenas excessiva, mas cometida sem qualquer justificativa legal, com objetivo de obter confissão do réu, em ação característica de tortura nos termos da Lei 9.455/97.

Dos indícios de atuação ilícita por parte da polícia militar

Nas câmeras corporais inseridas no sistemas como mídias 1, 3, 6 e 8, identificadas pela sigla **X60L02369**, acompanha-se a atuação do Policial Militar Willian Barbosa Pereira dos Santos do horário 21:09:39 até 23:08:56, enquanto nas câmeras corporais 2, 4, 5, 7 e 9, identificadas pela sigla **X60L0094F**, acompanha-se a atuação do Policial Militar Marcio José Carniel Junior de 21:09:39 até 22:58:47. As filmagens estão sincronizadas, o que permite compreender melhor a dinâmica dos fatos ao cotejá-las.

As filmagens indicam, inicialmente, que ambos os policiais militares arrolados como testemunhas de acusação não acompanharam a abordagem do réu de seu início, e nem mesmo chegaram juntos ao local dos fatos.

No início do registro (mídia 8 acompanha o PM Willian e mídia 9 acompanha o PM Marcio), indica-se que o policial **Marcio** está dirigindo, chegando à base da Polícia Militar, onde conversa com colegas de profissão. Em 21:28:12, a mídia mostra que entra novamente no carro e inicia direção ao local dos fatos, enquanto liga para outras duas pessoas, uma delas aparentemente o policial **Willian** (que atende a chamada em 21:28:24 e também se dirige ao local dirigindo seu próprio veículo). Em 21:30:23, **Marcio** chega ao local dos fatos, onde já há dois policiais militares abordando diversas pessoas. Há três pessoas ao chão e um indivíduo em pé discutindo com os policiais e que se deita ao chão em seguida. Com o tempo, mais carros policiais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

chegam. Em 21:30:50, **Willian** chega ao local, troca algumas palavras com **Marcio** e volta ao seu próprio carro para manobrá-lo.

A mídia mostra **Marcio** participando da abordagem aos indivíduos que estão ao chão, ficando acima de dois deles e então revistando a mochila de um deles. Em 21:33:46, indica-se que **Willian** retorna ao local de abordagem e ambos passam a caminhar juntos em direção à mata, em que entram um minuto depois, ligando suas lanternas. Ambos se separam, e a dinâmica das imagens indica que estão procurando algo na mata.

Em 21:35:58, a filmagem mostra que **Willian** encontra o réu deitado em uma valeta no meio da mata. Aponta a arma e o réu se entrega. Rende o réu, aparentemente encostando a arma em sua cabeça.

Ao cotejar as mídias é possível observar quando, entre 21:36:01/21:36:04, **Marcio** ilumina a cena com sua lanterna. Entretanto, logo depois deixa de iluminar o local e vira seu corpo para o lado oposto, iluminando a canaleta à direita de onde, ao que consta, **Willian** estava com o réu. Logo em seguida, em 21:36:17, as imagens indicam que **Marcio bloqueia sua câmera com a mão**, que segue escura até 21:36:47, quando a arruma novamente.



(Imagem retirada da mídia 9, momento em que o policial obstrui a visão de sua câmera corporal)

Neste período, aparentemente **Willian dá murros na cabeça do réu** (a partir de 21:36:20) que se abaixa, mantendo as mãos na cabeça. A mídia indica que **Willian** começa a andar com o réu para fora da canaleta e, em 21:36:38, deita o réu no chão. A filmagem indica que o réu fica encolhido com as mãos na cabeça, enquanto **Willian** gesticula agressivamente e então o levanta novamente.

Conforme as imagens, **Willian** anda com o réu, sendo guiado por **Marcio** que segue à frente com a lanterna e acabou de desbloquear sua câmera. Os três se dirigem à uma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

árvore próxima a uma estrutura de madeira, momento em que o réu aponta para a base de tal árvore. Aparentemente, **Marcio** recupera uma pequena sacola cinza escura, com as pontas amarradas, em 21:37:10. As imagens indicam que **Willian levanta o réu pela gola e o balança, enforcando-o**, o réu novamente se agacha, discutem. Em 21:37:33, o **réu retira o que tem nos bolsos e entrega a Willian, aparentemente trata-se de um bolo de dinheiro.**

Na continuação da cena, o réu continua agachado, aparentemente recebe **um murro por cima**, olha para **Willian** e fala algo, **recebendo um tapa na cara**. Coloca as mãos no rosto para protegê-lo. É possível ver os pés de um terceiro policial que passa enquanto as agressões ocorrem (21:37:45). A mídia indica que Willian permanece por meio minuto guardando o réu enquanto os policiais à sua volta se movimentam. Em 21:38:27, aparentemente **Willian** joga o réu, que está agachado, ao chão e **passa a esganá-lo com a mão direita**. As imagens dão a impressão de que o réu tenta falar, que está ofegante, com dificuldade de respirar, e que concorda com algo. Essa cena dura ao menos até 21:39:15, quando a lanterna que os iluminava é apagada e passa a ser possível ver apenas movimentos no escuro, de pessoas andando ao fundo (mídia 8 acaba).

Nesse meio tempo, a mídia de **Marcio** indica que entre 21:37:10 e 21:37:45, após pegar a sacola cinza ao pé da árvore, o policial se vira de costas ao réu e aponta a lanterna para a mata próxima, movendo-se ao seu redor. Em 21:38:03 se vira para onde o réu está, ao que consta, aos pés de **Willian**, e se direciona novamente à estrutura de madeira. É possível observar que há um terceiro policial à direita. Em 21:38:10 **Marcio** aparentemente passa **Willian** e o réu, e a filmagem capta quando um quarto policial, atrás de Willian, recebe algo do terceiro policial, **que está com um pedaço de madeira nas mãos**.

A mídia indica que **Marcio** continua a caminhar, saindo de perto dos policiais e réu e voltando a iluminar o local próximo à canaleta. Faz buscas no chão do local em que o réu foi encontrado. Ao retornar, a filmagem apresenta novamente, em 21:39:27, o policial não identificado que está com um pedaço de madeira nas mãos (mídia 9 acaba e mídia 7 se inicia). Entre 21:39:39 e 21:39:52, a mídia indica que **Marcio coloca novamente as mãos na frente de sua câmera corporal**, enquanto passa pelo local onde o réu está com **Willian** e os outros policiais não identificados, próximo à estrutura de madeira.

Nestes segundos, na mídia de Willian é possível ver quando a lanterna de **Marcio** ilumina brevemente o ambiente captado pela câmera de **Willian, que aparentemente ainda segura o réu pelo colarinho do casaco**. Após a passagem de **Marcio**, a câmera de **Willian** continua escura, indicando, em 21:40:53, que um terceiro policial chega com a lanterna apagada no canto esquerdo da imagem. Com sua própria câmera piscando no peito, tal policial se posiciona de forma que o réu fica fora do enquadramento de tal câmera.

Após fazer busca pela mata longe da estrutura de madeira onde o réu está, a câmera de **Marcio** indica que ele se vira na direção do réu em 21:40:56. Imediatamente, o movimento da imagem indica que **Marcio reposiciona sua câmera para que só filme seus pés e**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

começa a andar na direção do réu, mantendo sua lanterna acesa. É possível ver por esse ângulo que há ao menos três policiais próximos ao réu, sendo **Willian** aquele que se mantém ao lado do réu e o segura, conforme compreendido por sua própria câmera. Ao se aproximar, **Marcio** ilumina a câmera de **Willian**, mostrando mais claramente a imagem do policial que está à esquerda de seu enquadramento. A imagem de Willian dá a entender que tal policial também abaixa sua câmera com a aproximação de **Marcio** em 21:41:14. Ao chegar perto do réu, aparenta-se pela câmera de Willian que **Marcio apaga sua lanterna** em 21:41:16, e, logo depois, entra no enquadramento de **Willian**.

A câmera de **Willian** indica que, ao passar pelos policiais e réu, **Márcio levanta sua câmera** em 21:41:20, **reacende sua lanterna** três segundos depois e segue suas buscas na mata. O registro da câmera de **Willian** dá a entender que, ao fazer buscas na mata próxima ao réu até 21:41:52, **Marcio** toma cuidado para não iluminar a área onde o réu está. Após, vai para outra área. A câmera de **Willian** volta a ficar escura, com eventual iluminação longínqua de lanterna. É possível observar nesse período apenas que o réu continua ao seu lado direito e o policial não identificado continua à sua frente, com sua câmera piscando.

Márcia faz busca na mata até 21:43:32, quando a mídia indica que novamente desliga sua lanterna ao passar perto do réu. Em 21:44:08, acende novamente sua lanterna, sobre a estrutura de madeira próxima ao réu. É possível ver nos segundos seguintes que o réu continua parado, à direita do enquadramento de **Willian** e à esquerda do enquadramento de **Márcio**. A câmera de Márcio mostra que o **réu, curvado na direção de Willian, se encontra com a camisa levantada e as costas à mostra**.





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

(Imagem retirada da mídia 7, réu com a blusa levantada e as costas à mostra)

Entre 21:44:08 e 21:44:16, é possível que um dos policiais não identificados se movimentava no ponto cego das duas câmeras. No segundo 21:44:16, as mídias indicam que, no canto esquerdo da tela de **Márcio** e mais claramente no canto direito da tela de **Willian** que **o réu recebe uma chicotada com o que aparenta ser um galho de madeira.**

Mais uma vez, a mídia indica que **Marcio** apaga sua lanterna, permanecendo parado até 21:45:50, quando então a reacende e começa a caminhar na direção urbana. Logo depois, aparentemente, **Willian** passa a se mover com o réu pelo caminho iniciado por **Marcio**. Em 21:46:20, a filmagem dá a entender que **Marcio** apaga sua lanterna, e em seguida mais uma vez obstrui sua câmera com a mão, mantendo-a tapada até 21:47:09. A câmera de **Willian** também fica escura nesse período.

Após, as filmagens indicam que os policiais retomam a retirada do réu, com **Willian** segurando o réu com sua mão direita e indo à frente. Aparentemente, segue-o um policial não identificado, então **Márcio** e por fim mais dois policiais não identificados. Em 21:48:07, a mídia de **Willian** indica que ele para com o réu, que ouve e parece concordar com algo. Voltam a andar. Em 21:49:08, já em área urbana, os policiais param novamente, atrás de um caminhão com o logo da *Elma Chips*, e ficam em roda em volta do réu, que observa de longe o que parece ser a fileira de abordados pela polícia. Em 21:49:02, voltam a andar com o réu e chegam ao local onde estão os demais abordados. Em 21:50:27 **o réu é por fim algemado.**

Em 21:52:59, **Willian e Marcio** conversam. Em seguida, a mídia indica que **Marcio** retira o réu da fileira de abordados e o leva a um canto onde passa a interrogá-lo, em conversa que dura de 21:54:08 a 22:01:55 (mídia 7 termina e mídia 4 se inicia). Nesse período, **Willian** conversa com outros policiais, tendo ido até **Marcio** em 21:56:24 e interrompido o interrogatório com o réu brevemente (aparentemente, após essa interrupção, o único trecho encaminhado com som, mídia 5, é gravado).

Em 22:02:17, aparentemente **Marcio** finaliza o interrogatório e leva o réu até um veículo policial. As mídias dão a impressão de que as testemunhas discutem com o réu, que então entra no porta-malas, com **Willian** fechando a porta. Novamente os policiais se dividem (mídia 6 termina e mídia 3 se inicia). Ao que consta nas filmagens, **Willian** volta à mata e faz buscas entre 22:09:41 e 22:17:08, então retorna à área das abordagens. Nesse período, a mídia de **Márcio** indica que este fica próximo ao veículo em que está o réu. Abre a porta do porta-malas e retoma a conversa com ele por duas vezes, fechando em seguida. Após, conversa com outros policiais. Com o retorno de **Willian**, ambos conversam brevemente. Conforme as imagens, **Marcio** entra no veículo que contém o réu e inicia sua manobra. Em 22:23:26, aparentemente **Willian** entra no banco de passageiro do mesmo veículo, e ambos levam o réu para a Delegacia, chegando com o réu em 22:30:58.

Estas são, em resumo, as informações relevantes que indicam a existência de tortura por parte de agentes do estado na abordagem policial apreciada neste feito. Tais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

informações permitem algumas conclusões. A primeira é que embora tenham afirmado o oposto em juízo, as testemunhas de acusação não acompanharam o início da abordagem ao réu, não o viram com uma sacola na mão ou o observaram correr da polícia.

As imagens indicam que quando as testemunhas chegam ao local, o réu já está escondido na mata, sendo que a dinâmica dos fatos aponta que foram convocados à cena da abordagem para ajudar em sua busca por terceiros que não deram sua versão dos fatos a este juízo. Ainda quanto às inconsistências na versão acusatória, quando o policial militar **Willian** encontrou o réu deitado em uma valeta no meio da mata, este aparentemente não carregava uma sacola, que também não estava próxima a ele. Ao contrário, a sacola apreendida, conforme as imagens, estava em outro local, que o réu indicou após sofrer agressões. Ao mesmo tempo, as imagens disponíveis neste feito indicam que os policiais continuaram a fazer buscas na mata, não encontrando mais nada no local onde o réu foi preso.

Em segundo lugar, há graves indícios de que **Willian** é autor de diversas agressões contra o réu, embora este tenha se rendido assim que foi encontrado. Tais agressões incluem socos e tapas na cabeça e rosto do réu, empurrões que o levaram ao chão, enforcamento que durou ao menos um minuto, e segurar o réu com a camisa levantada para que fosse chicoteado nas costas por um terceiro que aparentemente usava como arma galho de madeira encontrado na mata.

Além das agressões que é possível observar nas mídias advindas das câmeras policiais, traz extrema suspeição de ação ilícita o fato de que o réu foi rendido em 21:35:58 por **Willian** e foi levado ao local onde ocorriam as abordagens e algemado apenas em 21:50:27, sendo que em boa parte deste período, diversos policiais ficaram em volta do réu, em meio à mata escura, sem qualquer justificativa para tal.

Há graves indícios de que **Marcio** tinha ciência de tais agressões e agiu para auxiliar sua execução e impunidade, iluminando o caminho, bloqueando por diversas vezes a captura de imagem por sua câmera corporal ao tapá-la com a mão ou desviá-la, frequentemente combinando tais táticas com o apagamento de sua lanterna para que a imagem ficasse escura.

Há graves indícios de que não apenas as testemunhas arroladas neste processo, mas ao menos dois outros policiais não identificados agrediram ou auxiliaram nas agressões ao réu, usando as mesmas táticas aparentemente empregadas por **Marcio** para evitar que suas próprias câmeras corporais filmassem as agressões cometidas.

Tais indícios são corroborados pelas declarações do réu em audiência de custódia e em juízo. Na primeira oportunidade, afirmou que foi agredido com enforcamento, batida, murro na boca e chicotada em suas costas e alegou que quase desmaiou ao ser enforcado. Declarou ainda que, quando as agressões se iniciaram, os policiais falaram “*desliga as câmeras*”. Na segunda oportunidade, reiterou que foi agredido e que afirmou que foi ameaçado de ser mais agredido se não confessasse, alegando que ficou com medo de morrer.

Os indícios são igualmente corroborados pelo laudo de corpo de delito do réu, em que constaram “*escoriações lineares na região cervical bilateral, escoriação linear cervical*”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

que acomete as regiões anterior, laterais sendo interrompida na região posterior” compatíveis com enforcamento usando como meio a gola da blusa vestida pelo réu; “escoriação linear na região infra escapular esquerda” compatível com a chicotada; “duas equimoses lineares, avermelhadas e paralelas na região posterior do quadril, escoriação no joelho esquerdo, equimoses avermelhadas na região medial dos punhos, lineares”, compatíveis com as demais agressões que por vezes levaram o réu ao chão.

Há ainda indícios de que **Willian** furtou o réu e/ou desviou dinheiro que deveria ser apreendido como prova. Por fim, é digno de nota que, além de aparentemente ter havido tentativas de impedir que as câmeras filmassem os atos ilícitos por parte dos policiais envolvidos, as mídias foram encaminhadas sem áudio pela Polícia Militar, *exceto* por trecho da câmera de **Marcio** que continha a confissão obtida do réu após as agressões.

Tais elementos obrigam à declaração de nulidade da abordagem policial e das demais provas dela advindas, com imediata expedição de alvará de soltura ao réu. Não é demais notar que é responsabilidade dos juízes garantir a integridade corporal dos réus contra a violência estatal, estando inscrita no art. 5º, incisos LXV de nossa Constituição Federal, nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e nos incisos do art. 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Sobre o controle judicial das detenções, já se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Los incisos 4, 5 y 6 del artículo 7 de la Convención Americana establecen obligaciones de carácter positivo que imponen exigencias específicas tanto a los agentes del Estado como a terceros que actúen con su tolerancia o anuencia y que sean responsables de la detención (Corte CIDH. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, § 148, Corte IDH. par. 91).

57. Ante las alegaciones de los señores García Cruz y Sánchez Silvestre de haber sido torturados y las constancias en las actas de sus declaraciones y certificados de sus exámenes médicos de que presentaban lesiones físicas (supra párrs. 34 y 35)71, correspondía al Estado iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva de dichos alegatos de tortura conforme a los protocolos y estándares específicos72. Si los hechos eran constitutivos de un delito de tortura o de otros delitos, como lesiones, no era una determinación que correspondiera realizar a los jueces a cargo de los procesos penales contra los señores García Cruz y Sánchez Silvestre. 58.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

*Adicionalmente, el Tribunal reitera su jurisprudencia sobre la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura, tratos crueles e inhumanos y coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona*⁷³. (Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273, §57 e 58.)

É de se notar que a razão informada pelo réu para que tenha sofrido agressão em sua abordagem – a obtenção de confissão – é a mais comum para o cometimento de tortura policial durante prisão em flagrante, conforme pesquisa “*Tortura blindada: como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*”, realizada pelo Conectas Direitos Humanos, sendo a motivação em 53% das centenas de casos pesquisados no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo.

Tal pesquisa aponta que infelizmente os agentes policiais se mantêm na crença de que confissões obtidas mediante agressão serão referendadas pelas autoridades judiciais, crença esta que aparentemente permitiu neste caso que o réu tenha sido agredido com a ciência e consentimento de ao menos quatro policiais que estavam presentes.

O respeito à regra de proibição absoluta da tortura, adotada pelo Estado brasileiro em âmbito nacional e internacional (conforme o art. 5º, III, da Constituição Federal, art. 5.2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, e o art. 2.2 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU) é essencial para a prevenção da tortura cometida por agentes policiais, devendo ser aplicada com rigor para evitar que se premie ou legitime tal ação odiosa por meio da complacência do Estado.

Em um cenário nacional em que 13% das mortes intencionais são causadas por intervenções policiais (conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023), destacam-se os esforços do STJ e STF em dar vida a tais mandamentos legais, ressaltando-se a importância de dar à palavra policial o adequado peso como testemunha de acusação (AREsp n. 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022), e às ações policiais a legalidade necessária para uma política de segurança pública que não inclui o extermínio da população como meta (neste sentido a ADPF 635/RJ, do Relator Edson Fachin, teve pedido liminar parcialmente deferido para proibir o uso de helicópteros blindados como plataforma de tiros em operações policiais e as operações que envolvam perímetros escolares e hospitalares, com posterior ordem de instalação de câmeras em viaturas e nas fardas dos agentes policiais do Rio de Janeiro).

A defesa do Ministro Ribeiro Dantas no caso acima citado quanto à importância das câmeras corporais para a prevenção e punição da violência policial merece ser citada, considerando os consideráveis esforços aparentemente apresentados pelos policiais envolvidos no caso em comento para atrapalhar ou impedir que suas câmeras gravassem as agressões ao réu e a importância destas gravações para a descoberta das ilegalidades cometidas:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

*Como adiantei no começo deste voto, a solução objetiva que enxergo para conferir maior racionalidade e previsibilidade à atuação jurisdicional no julgamento de casos decorrentes de prisões em flagrante, ou do testemunho de fatos delitivos por agentes da polícia, é a seguinte: atribuir à acusação o ônus de que as palavras dos policiais sejam confirmadas pela gravação dos fatos em vídeo, com áudio, mediante o uso de sistema de câmeras corporais e automotivas, respectivamente, nas fardas e veículos empregados pela polícia. Não atendido esse ônus, a palavra dos policiais quanto aos fatos que alegam ter testemunhado não será suficiente para fundamentar a condenação. **A gravação deverá ser integral, sem cortes, e conter desde o momento que atraiu a atenção do policial (uma possível transação de entorpecentes, por exemplo) até o encerramento de sua abordagem.** Havendo prisão, a gravação deverá cobrir todo o período em que o preso esteve sob a custódia do policial responsável pelo ato, encerrando-se com a entrega do preso à autoridade que lavrará o auto respectivo. **Eventuais cortes ou interrupções na gravação implicarão o descumprimento desse ônus probatório.** A produção, armazenamento e manipulação de todo o material gravado deverá observar as regras da cadeia de custódia, com destaque para aquelas previstas no CPP, mas sem exclusão de outras úteis e necessárias a fim de garantir a integridade das mídias. Os ganhos de racionalidade probatória para o sistema processual, com a implementação desse sistema, são inimagináveis. **A possibilidade de examinar as imagens e o áudio dos fatos narrados na denúncia, se não neutraliza, pelo menos diminui consideravelmente os vieses dos depoimentos de agentes policiais e os riscos de uma armação dolosa contra o réu, pelo uso de artifícios como o “kit flagrante” e similares. Com isso, o nível objetivo de corroboração necessário para a condenação é sobremaneira fortalecido. Ademais, a existência de gravação da abordagem policial e da prisão resguarda os bons policiais, que certamente são a vasta maioria do corpo funcional da polícia, contra alegações infundadas de abuso formuladas por presos mal-intencionados.** Assim, enquanto aumenta a segurança de uma eventual condenação e previne condenações injustas, a gravação atenua também os riscos jurídicos a que os bons policiais (especialmente os militares) estão submetidos, evitando que respondam a procedimentos disciplinares sem justa causa.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (relativo a duas operações policiais ocorridas em 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995 e que resultaram em 26 homicídios de homens e 2 mulheres vítimas de violências sexual) a responsabilidade do Estado em investigar mortes, tortura ou violência sexual *derivadas de intervenção policial*, por órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente.

No mesmo caso, retomou o contexto de permanência da violência policial como uma fonte de violações de direitos humanos crônica no Brasil, tendo o país já reconhecido tal fato perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU em 1996 ao afirmar que era preciso “*tomar medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais provocadas por um funcionamento excessivamente lento dos mecanismos de justiça, fruto, por sua vez, da incapacidade do Estado de realizar uma investigação eficiente*” (Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333.).

Em consonância com tal obrigação do Estado brasileiro, a Resolução 213/2015 do CNJ dispõe que, sendo constatados indícios de tortura, o juiz deverá, entre outras medidas, “*enviar cópia do depoimento e demais documentos pertinentes para órgãos responsáveis pela apuração de responsabilidades, especialmente Ministério Público e Corregedoria e/ou Ouvidoria do órgão a que o agente responsável pela prática de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes esteja vinculado*”.

Entendi ser o caso de seguir tal regulamentação, havendo indícios de cometimento de tortura do réu (art. 1º, I, “a”, Lei 9.455/1997), furto e/ou peculato (art. 155 e 312, CP), **encaminhando-se cópia do presente acórdão ao Ministério Público de São Paulo e à Corregedoria da Polícia Civil Estadual a fim de que fossem tomadas as providências cabíveis.**

Das nulidades consequentes

Conforme a sistemática processual penal, é prova ilícita aquela colhida com infringência de normas de direito material ou de garantias constitucionais (cf. Badaró, Gustavo. *Processo Penal*, 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 401). Havendo diversos indícios de que a prisão em flagrante do réu, apreensão das drogas e a confissão extrajudicial juntada aos autos se deram por meio de emprego de violência e grave ameaça por agentes policiais, é o caso de reconhecer a nulidade de tais atos e daqueles daí derivados.

Quanto ao afastamento de provas advindas de abordagem policial eivada por agressões, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO - Tráfico de droga - Sentença condenatória – Recurso

Apelação Criminal nº 1500621-76.2023.8.26.0628



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

defensivo – Preliminar de nulidade das provas obtidas em razão de violência policial e invasão de domicílio. Cabimento. Indemonstrada a presença de justa causa para o ingresso policial no domicílio em que se encontrava Júlio. Outrossim, encontram-se presentes fortes evidências que, no caso presente, houve violação à integridade física dos acusados, em violação à garantia constitucional consagrada no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, o que tornam ilícitas as provas obtidas com a prisão em flagrante por violação à norma constitucional, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal. Portanto, não resta outra solução a não ser a anulação da prisão em flagrante dos acusados e das provas dela decorrentes, com a sua consequente absolvição - RECURSO PROVIDO (TJSP; Apelação Criminal 1501608-08.2022.8.26.0286; Relator (a): Adilson Paukoski Simoni; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itu - 2ª Vara Criminal e do Júri; Data do Julgamento: 31/07/2023; Data de Registro: 31/07/2023)

No mesmo sentido, há posicionamento recente do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA QUE ABSOLVEU O PACIENTE. RECONHECIMENTO DE NULIDADE DECORRENTE DA AGRESSÃO SOFRIDA PELO ACUSADO QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE, ATESTADA EM LAUDO DE EXAME DE INTEGRIDADE FÍSICA. CONDENAÇÃO IMPOSTA PELO TRIBUNAL. AGRESSÃO INCONTROVERSA NOS AUTOS EM FACE DO RECONHECIMENTO PELO PRÓPRIO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU QUE SÓ SERIA POSSÍVEL MEDIANTE A DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DO JUÍZO PRIMEIRO. ACÓRDÃO QUE IGNORA A GRAVIDADE DA SITUAÇÃO E A NULIDADE OCORRIDA, DECIDINDO PELA CONDENAÇÃO COM BASE NO FLAGRANTE ILEGAL. AÇÃO PENAL CONTAMINADA PELA NULIDADE DECORRENTE DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO OBTIDOS MEDIANTE AGRESSÃO POLICIAL. INVIABILIDADE DE CHANCELAR A MÁCULA PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA DO

Apelação Criminal nº 1500621-76.2023.8.26.0628



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

*FLAGRANTEADO. GARANTIA FUNDAMENTAL.
 CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

1. Hipótese na qual existe uma sentença que absolveu o paciente com base na nulidade das provas que ensejaram a deflagração da ação penal, tendo em vista a agressão realizada pelos policiais que realizaram a busca pessoal, constatada por meio de laudo de exame de integridade física, e um acórdão que, desprezando a referida mácula, entendeu por imperiosa a condenação.

2. Estando incontroverso nos autos que a busca pessoal ocorreu mediante agressão desnecessária ao acusado, uma vez que não há relato algum de resistência por parte deste, o acórdão só poderia afastar o decreto absolutório, fundamentado na nulidade, caso alcançasse conclusão em sentido contrário, o que não é a situação dos autos, em que o Tribunal reconheceu que a mácula seria irrelevante para afastar a condenação pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

3. Conforme inclusive ressaltou a Magistrada singular na sentença absolutória, estando a prova do delito de porte ilegal de arma umbilicalmente ligada ao flagrante eivado de nulidade em decorrência da violência policial realizada, sendo o testemunho do policial que realizou as agressões o único meio de prova do crime imputado, inviável a imposição da condenação.

4. Impossível negar que os elementos de informação relativos ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido se encontram contaminados pela nulidade decorrente da agressão constatada por meio de exame de integridade física, elementos estes que justificaram a deflagração da ação penal contra o paciente, sendo, portanto, nula a ação penal em decorrência da contaminação.

5. Fechar os olhos para a mácula decorrente do desrespeito à integridade física do acusado, na ocasião do flagrante que culminou com a instauração de ação penal contaminada, vai contra o sistema acusatório e os princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito, que considera a referida garantia de fundamentalidade formal e material.

6. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, bem como dos elementos de informação dali decorrentes, restabelecendo a sentença no ponto em que absolveu o paciente do referido crime. Cópias do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária

presente acórdão deverão ser encaminhadas ao Ministério Público do Rio de Janeiro, bem como à Corregedoria da Polícia Militar estadual, a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis.

(HC n. 741.270/RJ, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.)

Por fim, reconhecida a nulidade da abordagem ao réu e de seus frutos, entendia inexistentes dados inequivocamente suficientes a afiançar a certeza necessária da ocorrência do tráfico de drogas descrito na denúncia.

Segundo explica a doutrina, “*os fundamentos absolutórios da sentença penal decorrem da dimensão de regra probatória da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) e do instituto do ônus da prova, em seu aspecto objetivo. Este consiste em regra de valoração do resultado da prova, que impõe a absolvição quando houver dúvida judicial quanto à veracidade dos enunciados fáticos contidos na denúncia ou queixa-crime (in dubio pro reo)*” (in Código de processo penal comentado [livro eletrônico] -- coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

Desse modo, ausente prova suficiente da materialidade e da autoria do crime imputado, imperioso o decreto de absolvição por tal delito.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dava provimento ao recurso para absolver Iury Mateus Correa Alves das imputações que lhe são irrogadas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, determinando a expedição de alvará de soltura clausulado com urgência.**

MARCELO SEMER
Terceiro Juiz