



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 741270 - RJ (2022/0139270-8)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : -----
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

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 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.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício -----, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Narram os autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática, em tese, dos crimes de associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, tendo sido, ao final da ação penal, absolvido pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Madureira/RJ, aos argumentos de insuficiência de provas em relação ao crime de associação para o tráfico e nulidade no tocante ao delito de porte ilegal de arma de fogo, em razão da agressão sofrida pelo acusado no momento da prisão (fls. 25/32).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, para condenar o recorrente como incurso no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (fls. 14/24):

Apelação criminal interposta pelo Ministério Público. Sentença que absolveu o Réu da imputação de associação ao tráfico com emprego de arma. Recurso que

persegue a condenação do Acusado pela prática do crime previsto no art. 35, *caput*, c/c art. 40, IV, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, II, “j”, do CP, e, subsidiariamente, a condenação como incurso nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03. Mérito que se resolve parcialmente em favor da Acusação. Instrução revelando que Policiais Militares em patrulhamento, ao chegarem em uma via de acesso à comunidade da Malvinas (bairro Irajá –RJ), avistaram o Réu parado, segurando uma arma de fogo, o qual, ao perceber a chegada da Guarnição, jogou a arma no chão e se rendeu, sendo detido. Crime de associação ao tráfico não configurado. Fragilidade probatória relacionada à efetiva comprovação dos atributos da estabilidade e permanência inerentes ao respectivo vínculo associativo, não sendo suficiente eventual situação de coautoria. Apreensão conjunta de outros objetos incriminadores (drogas e rádio espalhados pelo chão, próximo ao achado da arma), cuja posse não foi atribuída ao Acusado, o qual foi visto em via pública, segurando efetivamente a arma de fogo descrita na denúncia. Suposta presença de outros indivíduos em companhia do Réu que não chegou a ser mencionada na Delegacia, sendo circunstância trazida pelas testemunhas somente em juízo. Policiais que afirmaram não conhecer o Réu de passagens anteriores, e tampouco possuíam informes sobre o seu possível envolvimento em segmentos criminosos locais, sendo que um deles sequer soube informar qual a facção criminosa dominante na localidade. Princípio da íntima convicção que há de ceder espaço ao da livre persuasão racional (CPP, art. 155), devendo a decisão estar lastreada em evidências inequívocas, ao largo de convicções pessoais extraídas a partir de deduções inteiramente possíveis, porém não integralmente comprovadas, estreme de dúvidas. Positivização substitutiva do crime autônomo do art. 14 da Lei nº 10826/03. Aplicação do art. 383 do CPP (*emendatio libelli*), para, à luz da narrativa fática veiculada na denúncia, reclassificar juridicamente o fato para o tipo autônomo do art. 14 da Lei 10.826/06 (Decreto nº 9.847, de 25/06/2019, e Portaria nº 1.222, de 12/08/2019), sem que se cogite sobre eventual inobservância do princípio da correlação. Inviabilidade da majorante que não conduz à conclusão de que a conduta criminosa perpetrada pelo Réu simplesmente deixou de existir ou se tornou penalmente irrelevante (STJ). Acusado que efetivamente portava uma pistola Bersa, calibre 9mm, com número de série íntegro, municiado com doze cartuchos, tendo o laudo pericial resultado positivo para o teste de eficácia do artefato. Argumento de que o Réu informou ter sido agredido por Policiais com um chute no rosto, com suposto respaldo no laudo de exame de corpo de delito, que se revela meramente especulativo em termos de comprovação da autoria delitiva, sem prejuízo de sua eventual apuração na seara própria. Acusado que ostenta reincidência em crimes dessa natureza e, embora tenha refutado a posse da arma, confirmou que o artefato foi encontrado a poucos metros de distância de si, e não trouxe qualquer justificativa para estar parado em uma via de acesso à conhecido antro da traficância, dominado por facção criminosa. Juízos de condenação e tipicidade que se revisam para o art. 14 da LA. Dosimetria ensejando pena-base no mínimo legal (CP, art. 59), com acréscimo de 1/5, na etapa intermediária, pelo reconhecimento da reincidência. Viabilidade do aumento diferenciado da reincidência específica na quantificação da respectiva agravante (STF, STJ e TJERJ). Impossibilidade de incidência da agravante da calamidade pública, a qual pressupõe “a existência de situação concreta dando conta de que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática delitiva”, não bastando sua aplicação apenas pelo fato de o delito ter sido praticado na vigência da pandemia da Covid-19, “ sem a demonstração de que o agente se aproveitou do estado de calamidade pública para praticar o crime em exame, o que ensejou o respectivo afastamento, com o redimensionamento da pena e o abrandamento do regime inicial.” (STJ). Situação dos autos que, à míngua de elementos contrários, à cargo da acusação, expõe a ausência de qualquer prova indicando que o Acusado praticou o crimes e aproveitando de eventuais facilidades decorrentes do atual contexto calamitoso (p. ex.: cometimento do delito em área desguarnecida dos mecanismos de proteção normalmente existentes). Inviabilidade da concessão de restritivas, por força da reincidência (CP, art. 44, II). Regime prisional que há de ser depurado segundo as regras do art. 33 do Código Penal, optando-se, na espécie, pela modalidade semiaberta, considerando o volume de pena, a reincidência do Réu e a disciplina da Súmula 269 do STJ. Tema relacionado à execução provisória das penas que, pelas novas diretrizes da jurisprudência vinculativa do Supremo Tribunal Federal (ADCs 43, 44 e 54), não mais viabiliza a

sua deflagração a cargo deste Tribunal de Justiça, preservando-se, *si et in quantum*, o estado jurídicoprocessual atual referente ao Acusado (réu solto). Recurso a que se dá parcial provimento, para desclassificar a imputação de associação ao tráfico armada para o tipo do art. 14 da Lei n. 10.826/03 e redimensionar as sanções finais para 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime semiaberto, além de 12 (doze) dias-multa, à razão unitária mínima, expedindo-se mandado de prisão após o trânsito em julgado.

Aqui, alega o impetrante constrangimento ilegal na condenação imposta pelo Tribunal de origem, desconsiderando a nulidade que contaminou a ação penal, consistente na violência realizada pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante.

Sustenta que, *além do fato de não ter sido apresentada qualquer razão para os ferimentos detectados pelo perito forense, [...] em sede de Delegacia de Polícia, os militares não relataram qualquer resistência do paciente, afirmando, de forma unívoca, que houve pronta obediência diante da ordem de parada (fl. 9). Além do que, a despeito de ter sido encaminhado ofício para a Promotoria de Justiça da Auditoria de Justiça Militar/RJ, não há qualquer investigação em curso que tenha os responsáveis pelo aprisionamento do paciente como indiciados, tanto que as folhas de antecedentes criminais dos policiais militares [...] se mostram intocadas quanto à tortura (fls. 10).*

Aduz que *não foi realizada a audiência de custódia em razão do cenário pandêmico, mas isso não impediu a expedição de ofício ao Promotor de Justiça da Auditoria de Justiça Militar para apurar a possível prática de tortura perpetrada pelos responsáveis pela captura do paciente (fl. 4).*

Informa que, *antes mesmo da realização da apreciação do auto de prisão em flagrante no dia 26 de julho de 2020, foi realizado exame de corpo de delito cujo laudo foi subscrito [...], atestando as lesões sofridas consistentes em escoriações com crostas hemáticas em pálpebra inferior direita, de 0,5 cm; região espondilária lombar, de 1,5x0,5 cm e de 1,0 cm. Tumefação tênue em dorso nasal, de 1,5 cm de diâmetro (fl. 4).*

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja restabelecida a sentença absolutória do Juízo de primeiro grau.

Em 16/5/2022, indeferi o pedido liminar (fls. 173/175).

Prestadas informações (fls. 62/65 e 66/78), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 83/91):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO. TESE DE NULIDADE NÃO DEBATIDA NAS

INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PEDIDO QUE SE CONFUNDE COM A NEGATIVA DE AUTORIA DELITIVA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. SUPOSTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO RECONHECIDO DE OFÍCIO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PELO NÃO CONHECIMENTO.

É o relatório.

VOTO

O presente pedido comporta acolhimento.

Antes de apreciar o mérito do presente *habeas corpus*, solicitei informações à Auditoria da Justiça Militar do Rio de Janeiro, indagando a respeito de eventual inquérito instaurado para apurar violência policial narrada na Ação Penal n. 014555897.2020.8.19.0001, da 2ª Vara Criminal da comarca de Madureira/RJ, mas não foi localizado ali nenhum feito relacionado ao tema em questão (fl. 97).

Confira-se, no que interessa, trechos da sentença que absolveu o paciente do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (fls. 30/31 – grifo nosso):

[...]

Quanto ao delito residual de porte de arma de fogo, em que pese o policial militar Luciano Cristi Pacheco tenha afirmado tanto em sede policial, como em Juízo, que avistou o momento em que o acusado portava a pistola apreendida, bem como quando este se desfez do mencionado artefato bélico, a meu sentir, ante a negativa de autoria do réu, somado, reitere-se, **ao laudo de exame de integridade física em nome do réu -----, no qual foi constatado que, de fato, o implicado apresentava vestígios de lesões à integridade corporal com possível nexo causal e temporal ao evento narrado pelo mesmo, o conjunto probatório não pode servir de esteio à prolação de um decreto condenatório em desfavor do imputado, porque, no caso em tela, deve ser ela vista com reservas, de forma a justificar a declaração de nulidade da prova obtida durante a diligência policial, o que, por consequência, macula todos os demais elementos probatórios subsequentes e dela dependentes,** impondo-se a absolvição do acusado ----- também quanto à prática do delito residual de porte de arma de fogo, conforme entendimento desta Corte de Justiça, em razão da fragilidade probatória, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP.

[...]

Agora, no que interessa, trechos do acórdão que entendeu pela condenação (fls. 21/22 – grifo nosso):

[...]

Na espécie, resultou inquestionável que o Acusado portava uma pistola Bersa, calibre 9mm, com número de série íntegro, municiado com doze cartuchos, tendo o laudo pericial resultado positivo para o teste de eficácia do artefato (e-doc. 164).

O argumento de que o Réu informou ter sido agredido por Policiais com um chute no rosto, com suposto respaldo no laudo de exame de corpo de delito, é

meramente especulativo em termos de comprovação da autoria delitiva, sem prejuízo de sua eventual apuração na seara própria.

Ressalta-se que o Acusado é reincidente em crimes dessa natureza (fls. 64) e, embora tenha refutado a posse da arma, confirmou que o artefato foi encontrado a poucos metros de distância de si, e não trouxe qualquer justificativa para estar parado em uma via de acesso à conhecido antro da traficância, dominado por facção criminosa. No particular, é de se ver que o tipo penal imputado encerra definição de crime de mera conduta, de perigo abstrato, o qual, por sua natureza e objetividade, prescinde de qualquer resultado naturalístico destacado, ficando alheio à necessidade de eventual demonstração de ofensividade real [...], sendo desinfluyente a consideração de situações individuais ou peculiaridades subjetivas [...].

Da atenta análise dos trechos transcritos, **observa-se que 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 supostamente 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.**

Sendo 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 apenas reconheceu que a mácula seria irrelevante para afastar a condenação pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Isso porque, conforme inclusive ressaltou a Magistrada singular, **a prova do delito de porte ilegal de arma está 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.**

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

Fechar os olhos para a mácula decorrente do desrespeito à integridade física do paciente, 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 o referido direito de fundamentalidade formal e material.

Conforme bem leciona Renato Brasileiro de Lima:

[...]

Ora, não podemos perder de vista, jamais, que vivemos em um Estado Democrático de Direito, e que neste a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol de um ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo.

[...] (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, vol. único, 2021, p. 581)

Em face do exposto, **concedo a ordem** impetrada para reconhecer a nulidade do flagrante do delito 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.