

Recurso em sentido estrito. Provimento. Denúncia rejeitada com base em convencimento pessoal do magistrado de que na diligência policial se teriam violado as exigências do art. 5º, incisos XI e LVI da Constituição Federal. Presunção juris tantum de idoneidade dos atos emanados dos agentes da autoridade

Tribunal de Justiça

4ª Câmara Criminal

Recurso em sentido estrito nº 102

Recorrente: O Ministério Público

Recorrida: Aurenilda Rohr Viene

Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia fundamentada no convencimento pessoal do magistrado no sentido de que a diligência policial originadora do inquérito que serviu de suporte à *opinio delicti* desatendeu as exigências prescritas no art. 5º, incisos XI e LVI, da Constituição Federal. Inoportunidade do ocorrido exame valorativo dos elementos constantes do procedimento policial. Inexistência de demonstração a respeito da irregularidade ou falta de lisura. Presunção *juris tantum* de idoneidade e correção dos atos emanados dos agentes da autoridade constituída no exercício de sua relevante missão. Peça inquisitorial revestida de perfectibilidade formal dando conta de legítima atuação que visou coibir a prática de crime de natureza permanente. Situação de flagrância que torna admissível a entrada da polícia em casa alheia sem mandado judicial e contra a vontade do proprietário. “A guarda de maconha é crime permanente. Nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (STF, RHC 53659, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 78/682). “Tratando-se de crime permanente, que veio a se concretizar com a apreensão da droga, legítima se apresenta a busca domiciliar realizada sem exibição de mandado judicial *ex-vi* do disposto nos arts. 5º, XI da Constituição Federal e art. 150, § 3º, II do CP” (STJ, 5ª T., rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 01.08.94, pág. 18660). “A casa é o asilo inviolável do indivíduo, porém não pode ser transformada em garantia da impunidade de crimes que em seu interior se pratiquem” (STF, RE 86926, 2ª T., rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ vol. 84, pág. 302). Prova ilícita. Apre-

ciação do fato criminoso nela lastreado sob a chamada “teoria da proporcionalidade”, ou dos “interesses preponderantes” para o fim da aferição da justa causa para o processamento de sua autora confessora. Parecer da Procuradoria de Justiça que se orienta no sentido do conhecimento e do provimento do recurso ministerial para o fim de ser desconstituído o hostilezado despacho liminar negativo, propiciando a que a ação penal prossiga em seus ulteriores trâmites.

PARECER

Egrégia Câmara:

1. Cuida-se de recurso em sentido estrito manifestado pelo zeloso Promotor de Justiça Edward Carlyle Silva em exercício na 2ª Vara Criminal da Comarca de Macaé com fundamento no artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal. A irresignação do órgão do Ministério Público decorreu de despacho judicial de rejeição da denúncia oferecida perante o citado Juízo contra Aurenilda Rohr Viene sob a acusação de haver ela afrontado o artigo 16, da Lei nº 6.368/76. Segundo consta, o recorrente fez desde logo instruir a peça inaugural com os autos do Inquérito Policial nº 173/95 instaurado contra a denunciada na 123ª Delegacia Policial, contendo a notícia de que esta fora presa em flagrante por agentes lotados naquela distrital, durante diligência normal, em virtude de ter sido pílhada no interior de sua residência na posse ilegal de um embrulho envolto em papel próprio de embalagem de certa marca de cigarros, contendo em seu interior quantidade do vegetal entorpecente conhecido pelo nome de maconha, e então guardado em cima de um armário existente no quarto da mesma. A fundada suspeita formada pelo ilustre Promotor de Justiça denunciante foi seguramente reforçada pelas circunstâncias dadas a conhecer no bojo do procedimento inquisitorial, relacionadas com a apreensão e prévia identificação da substância proibida guardada na residência da denunciada e, notadamente, pelo teor da confissão por ela prestada ainda sob o calor dos acontecimentos, admitindo lisamente a propriedade do tóxico apreendido e revelando que já respondera a processo anterior pela mesma infração. O despacho liminar negativo da lavra do culto juiz Juary Silva está vasado nos seguintes termos: - “Rejeito a denúncia, em vista da inobservância do artigo 5º, inciso XI e LVI na diligência policial que resultou no flagrante. Com efeito, a busca em casa particular, que é a da indiciada, não foi precedida de mandado judicial. No caso, nem sequer consta que a indiciada franqueou a entrada da residência aos policiais. Como a penetração na casa foi ilegal, a prova obtida é inadmissível no processo, por disposição constitucional expressa”. O recurso foi regularmente recebido (fls. 18), sendo a seguir ofertada a respectiva dissertação pelo recorrente, resumida na tese consistente em que a acusação se fez acompanhar de inquérito revestido de regularidade formal e originado de atividade policial legítima, que visou coibir a prática de crime de natureza permanente, estando a atuação dos agentes da autoridade acobertada mesmo que tivessem realizado a diligência durante a noite, sem mandado judicial ou contra a vontade da proprietária.

ria da casa. Nesse sentido colacionou o recorrente vários precedentes jurisprudenciais (fls. 21/23). Foram colhidas contra-razões no interesse da denunciada, sendo elas produzidas pela excelente Defensora Pública Simone Haddad Lopes, centradas em argumento segundo o qual ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas. Argumenta, então, que como a prova obtida contra sua assistida incidiu na vedação consubstanciada no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segue-se que sua ilicitude é inquestionável, o que torna a mesma inexistente por se tratar de não prova, equivalente à verdadeira inexistência jurídica. A sustentada tese está afinada nos ensinamentos hauridos por sua subscritora no magistério da professora Ada Pellegrini Grinover e em lição ministrada pelo professor Fernando da Costa Tourinho Filho, por ela expressamente citados em seu bem lançado arrazoado (fls. 30/33). Subindo os autos à Instância Superior, e em sendo eles destinados à apreciação desta douta Câmara, determinou o eminente desembargador relator fosse preliminarmente observada na Vara de origem a exigência constante do artigo 589, do Código de Processo Penal. A diligência oportunamente ordenada pelo eminente Desembargador Américo Canabarro já atendida através do circunstanciado despacho de manutenção de fls. 37/39. É o que se pode alinhar de útil à conta de recomendável e fiel relato histórico do procedimento recursal (cf. Sergio Demoro Hamilton, "A Técnica do Parecer", *Livro de Estudos Jurídicos* nº 9, pág. 297, item 12).

2. É compreensível a irresignação ministerial. Em primeiro lugar porque o despacho de rejeição da denúncia formalmente escoreita oferecida pelo Promotor Natural foi proferido pelo juiz mediante antecipado e inoportuno juízo de valor sobre a validade dos elementos informativos que fundamentaram a *opinio delicti*. A questão foi assim posta com rara precisão pelo professor Afranio Silva Jardim: - "Uma coisa é constatar a existência de prova no inquérito ou peças de informação, e outra coisa é valorá-la, cotejá-la. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto é questão pertinente ao mérito da pretensão do autor, até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o juiz tendo em vista o sistema acusatório, mas apenas viabilizar a ação penal. De outra maneira se poderia dizer que a prova do inquérito ou das peças de informação tem como finalidade convencer o juiz da admissibilidade da ação penal" (*Direito Processual Penal, Forense*, edição de acordo com a Constituição de 1988, 1995, pág. 148). No mesmo diapasão discorre o professor José Barcelos de Souza, asseverando que o juiz não pode "antecipar-se na delibação da denúncia ou da queixa ao exame do mérito, ainda que de maneira a investigar apenas o bom embasamento da acusação, não só porque a lei determina, mas também e especialmente porque esse exame deve ser feito na época própria, depois da instrução e na sentença - e para isso se faz o processo" (*Teoria e Prática da Ação Penal*, Saraiva, 1979, pág. 138). Sob a mesma linha de entendimento o saudoso professor José Frederico Marques também aconselhava não rejeitar a acusação como se estivesse decidindo sobre o mérito da causa. Além disso, observava com grande acuidade e sabedoria que o despacho de delibação "requer sem dúvida muito equilíbrio e ponderação, pois, do contrário, a função repressora do Estado acabaria estancando-se com grave prejuízo para o inte-

resse comum e a segurança da vida social” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 2ª edição, 1965, volume II, pág. 167 e 168). Ainda a respeito, anota o professor Damásio E. de Jesus expressivo precedente da Suprema Corte, estampado na RTJ volume 75/474 proclamando ser inconcebível que o juiz aprecie antecipadamente aquilo que a acusação se propõe a demonstrar na instrução, sendo por isso inviável o exame da prova policial, vez que importaria em absolvição sem processo (*Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 1991, pág. 42). É o entendimento da jurisprudência também formada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, que já teve oportunidade de proclamar que “a denúncia só pode ser rejeitada quando o fato for típico ou estiver extinta a punibilidade por manifesta ilegitimidade de parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, o que não ocorre, como se verá a seguir. Outrossim, na mesma ocasião, afirmou a existência de contrariedade ao disposto no artigo 43, do Código de Processo Penal, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de delibação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição sem processo (RE 118-RJ), 6ª Turma, rel. Min. Carlos Thibau, RSTJ, volume 27/436). Em segundo lugar porque em se tratando de diligência procedida por agentes da autoridade no desempenho de suas funções específicas, é de se presumir até prova em contrário que ela tenha se desenrolado com regularidade. Se nada consta a respeito do franqueamento da residência, como refere o próprio dr. juiz - é curial que não se deva, nas circunstâncias, senão concluir pela legitimidade da atuação dos policiais, mesmo porque estes, como funcionários públicos, gozam de presunção *juris tantum* de idoneidade e correção relativamente aos atos que pratiquem no exercício de seu cargo. Em terceiro lugar porque a questão jurídica agitada, envolvendo uma das condições da ação, não comporta a singeleza do tratamento que lhe dispensou o nobre magistrado. Sob esse relevante enfoque, averbe-se que, mesmo diante da vedação constitucional, os mais acatados doutrinadores sabidamente preconizam a aplicação da chamada “teoria da proporcionalidade” de inspiração alemã, ou “teoria da responsabilidade” seguida nos Estados Unidos, sugestivamente denominada entre nós pelo professor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha de “teoria do interesse preponderante”. Tal corrente de opinião - explica o citado autor, conquanto reconheça a inconstitucionalidade da prova ilícita, busca sempre cotejá-la com o malefício provocado à sociedade pelo criminoso, estabelecendo, então, um juízo de admissibilidade ou não (*Da Prova no Processo Penal*, Saraiva, 1983, pág. 37). Com respeito ao sedutor tema jurídico sustenta a professora Ada Pellegrini Grinover que a Constituição Brasileira de 1988 não afasta radicalmente a aplicação da teoria da proporcionalidade, e isso porque os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto em face da natural restrição resultante do princípio da convivência da liberdade, que não permite qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias (*As nulidades no Processo Penal*, Malheiros, 1992, págs. 104, item 1 e 115, item 9). Ora, com relação ao crime atribuído à denunciada

(artigo 16, da Lei nº 6.368/76), é de se admitir desde logo e independentemente de qualquer cogitação em torno do mencionado e elegante tema proposto pelos citados doutrinadores envolvendo a teoria da proporcionalidade, que a guarda de substância entorpecente é infração de natureza permanente, o que vale entender que constitui crime que se prolonga no tempo, de modo que a prisão em flagrante de seu autor está legitimada. Nesse caso, o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 admite a entrada em casa alheia mesmo contra a vontade do morador e sem mandado judicial (STJ, RHC 10099, 5ª Turma, DJU de 27.05.91, pág. 6972). Aliás, o colendo Supremo Tribunal Federal já deixou claro que o próprio texto constitucional prevê que se pode penetrar na casa independentemente de tais requisitos no caso de crime e, inclusive, já teve oportunidade de enfatizar que a garantia insculpida na Carta Magna não pode ser transformada em garantia da impunidade do crime (RE 86986, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 84/302). Segundo emerge com clareza da *notitia criminis* anexada com a denúncia, a diligência policial visava então localizar e prender indigitado autor de crime de homicídio ligado à cobrança de dívida originada do fornecimento de tóxico, que noticiadamente se homisiera na residência da denunciada como namorado da mesma. É de se supor, por isso mesmo, que um dos objetivos colimados pelos policiais com a diligência de que resultou a prisão em flagrante da denunciada era o de esclarecer o possível prosseguimento na residência das atividades criminosas do indivíduo procurado, justificando-se por todos os títulos e razões a legítima busca domiciliar empreendida no interior da casa. Mas, mesmo que assim não pudesse ser entendido, o que se admite apenas para argumentar, é de indiscutível interesse a repressão do crime de guarda de entorpecente, por estar vinculado aos malefícios representados pela propriedade danosa da substância que, nos dias de hoje, constitui verdadeiro flagelo social. É como elucidam os mais abalizados autores (v. Menna Barreto, *Lei de Tóxicos*, 5ª ed. atualizada, 1996, Freitas Bastos, págs. 85/89 e Vicente Greco Filho, *Tóxicos - Prevenção - Repressão*, Saraiva, 7ª edição, 1991, pág. 119). É como sabidamente é também encarada a prática criminosa em questão pela jurisprudência consolidada no colendo Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte vem sistematicamente repudiando, com fundamento no risco social e na salvaguarda da saúde pública, os argumentos comumente utilizados pela defesa técnica dos réus, relacionados com a reduzida quantidade de entorpecente e a prática do chamado "crime de bagatela" (v. RE 14339, rel. Min. Sydney Sanches, RTJ 122/1186, e RE 109619, rel. Min. Octávio Galloti, RTJ 119/874). Aventura-se por isso a Procuradoria de Justiça a defender, com base na aludida teoria da proporcionalidade, cuja aplicação, como se viu, não é repelida pelos dispositivos encartados na Constituição Federal, a preponderância dos relevantíssimos interesses protegidos pela norma penal dada como violada pela denunciada. Sob esse aspecto e embora reconhecendo os propósitos elevados que por certo informaram o hostilizado despacho, a Procuradoria de Justiça ousa dele dissentir sob todas as vênias. Considera, modestamente, que a atividade persecutória confiada constitucionalmente ao Ministério Público não haverá de ser impedida ainda em seu nascedouro por exagerado amor ao dogmatismo, mesmo que porventura estivesse de-

monstrado que os policiais se houvessem na diligência que se frutificou com a prisão em flagrante da denunciada, com certa inabilidade ou despreparo. Considera por tudo isso irrecusável a existência de justa causa para o processamento da denunciada.

Coerente com o exposto, sem quebra ao reconhecimento à cultura do eminente juiz em exercício na Comarca de Macaé, de cujo concurso sempre brilhante tanto se ressentente o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a que pertenceu por longos anos, a Procuradoria de Justiça se vê na contingência de opinar no sentido do conhecimento e do provimento do recurso, para o fim de ser desconstituído o impugnado despacho de rejeição da denúncia, assim propiciando o prosseguimento da ação penal contra a denunciada nos ulteriores termos.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1994.

Adolpho Lerner
Procurador de Justiça