

Documento:457676

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0003580-58.2020.8.27.2702/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos processuais e condições recursais exigíveis, daí porque dela conheço.
Como venho de relatar, trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL, inconformado com a sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 1ª Escrivania Criminal da Comarca de Alvorada-TO, nos autos da Ação Penal nº 0003580-58.2020.827.2702, que o condenou pela prática do crime capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, bem como à pena pecuniária de 600 (seiscentos) dias-multa, sendo cada dia-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.
Para tanto, sustentou, preliminarmente, o apelante em suas razões

recursais que deve ser reconhecida a ilegalidade do flagrante delito, declarando nulas as provas dele obtidas e colhidas, por haver invasão domiciliar sem de consentimento válido e consentido, tornando, portanto, as provas ilegais e inválidas.

No mérito, argumentou o recorrente que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, para o fim de que seja desclassificado o “delito imputado para o prescrito no art. 28 da Lei 11.343/06, ou, no mínimo, para o previsto no art. 33, § 3º, Lei de Drogas (“tráfico abrandado”) tendo em vista que não há sequer uma circunstância que aponte que o apelante estivesse vendendo drogas no momento da abordagem policial, e mesmo em caso de dúvida se deve aplicar o princípio do in dubio pro reo, frente à fragilidade probatória”.

Pois bem.

Em exame a prefacial de nulidade das provas obtidas por meios ilícitos. O apelante busca a nulidade das provas colacionadas no processo, alegando que não foram observados os requisitos para a sua validade, tendo em vista que os policiais militares entraram na residência do réu sem qualquer autorização para tanto, o que evidencia a invasão de domicílio.

Primeiramente, é importante consignar que a inviolabilidade de domicílio é um direito fundamental consagrado, só podendo ser sacrificado em flagrante delito, desastre, socorro a alguém ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, inciso XI, da CF). Assim, o ingresso na casa de alguém, fora dessas hipóteses, é indevido e, por parte de agentes de segurança, ilegal e abusivo, acarretando, quando não observadas, a nulidade das provas obtidas através dessa violação.

Entretanto, o STF, no julgamento do RE nº 603.616/R0, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, dado em sede repercussão geral, pacificou o entendimento que a busca e a apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, que se protraí no tempo, é possível, desde que estejam demonstrados, previamente, elementos mínimos a caracterizar a justa causa para a medida invasiva, devendo tais justificativas ser objeto de posterior análise por parte do Poder Judiciário, podendo os agentes de segurança, constatada a ausência de fundadas razões, responder disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e, ainda, inquinando de nulidade dos atos praticados.

Ressalta-se que no julgamento do HC nº 598.051/SP, da Relatoria Ministro Rogério Schietti, Sessão de 02/03/2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões:

“a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito;

b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada;

c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime,

precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação;

d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo;

e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência."

No caso, consta nos autos do Inquérito Policial nº

0000259-83.2018.827.2702, que no dia 27/12/2017, por volta das 18:00, na Rua Doutro Tancredo Neves, nº 125-179, Bairro Vila Mutirão, cidade e Comarca de Alvorada/TO, foi recebida denúncia via 190, informando que o denunciado estava ameaçando de morte JOÃO PAULO, além do que o mesmo estava andando armado e aterrorizando o Setor Vila Mutirão e região, e, ainda, estava utilizando a menor LUANA, com que mantém relacionamento, para a venda de drogas.

Em ato contínuo, o policial militar Sargento SUARTE ligou na Central de Atendimento da Polícia Civil, solicitando apoio para diligenciar na residência do denunciado, sendo que ao chegarem no imóvel, foram recebidos pela menor LUANA, que prontamente autorizou a entrada dos policiais na residência, na qual, após buscas para encontrar a arma de fogo do denunciado, foram encontradas três porções de maconha e R\$ 58,00 dentro da bolsa de LUANA e cinco pinos com cocaína embaixo do colchão de uma cama modelo box.

Durante a instrução do processo, o policial Israel Monteiro da Silva, ouvido como testemunha, relatou (evento 45 – autos de origem) que à época haviam várias denúncias no sentido de que o denunciado era traficante de drogas e que o mesmo andava armado, ameaçando pessoas pela região, bem como que utilizava-se da menor LUANA para a traficância. Externou, ainda, que com o apoio da polícia civil, se dirigiu em diligência à residência do réu para averiguação, sendo que, no local, referida menor franqueou a entrada dos policiais, onde, após realizadas buscas no interior do imóvel, foram encontradas as drogas e dinheiro mencionados nos autos.

Ve-se, pois, que o contexto fático não caracterizou a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio, tal como permitido pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição da República.

Do mesmo modo, verifica-se a inexistência de mandado judicial de busca e apreensão autorizando o ingresso dos policiais na casa do réu, bem como a inexistência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro do imóvel ocorreria situação de flagrante delito ou de que o atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, pudesse, objetiva e concretamente, inferir que a droga seria destruída ou ocultada pelo agente.

Outrossim, não há prova de que o ingresso dos policiais militares na casa do réu para a realização da busca e apreensão da droga ocorreu de forma voluntária e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação à menor LUANA, notadamente porque inexistente declaração assinada pela mesma autorizando o ingresso domiciliar, ou mesmo registro da operação policial em áudio-vídeo, apta a justificar, à luz do supracitado entendimento da

Corte Superior de Justiça, a legalidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial.

Assim, considerando a ilicitude da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e, sobretudo, sem justificativa plausível para sua efetivação, tem-se como nulas todas as provas consequentes deste ato, conforme se depreende da doutrina do fruto da árvore envenenada, segundo a qual as provas obtidas em razão de violação a direito material são ilícitas, assim como o são também todas as que dela derivarem, salvo quando não comunicáveis, seja porque não há nexo de causalidade, seja porque poderiam ter sido obtidas por uma fonte independente.

Ressalta-se que uma das consequências do reconhecimento da ilicitude da prova é a sua inutilização e desentranhamento dos autos do processo, tornando-se, a partir daí, uma não prova. O artigo 157 do Código de Processo Penal preconiza, textualmente, que são “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Por consequência disso, são consideradas provas ilícitas, no caso, a diligência de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, o laudo pericial de constatação, preliminar e definitivo, das drogas ilícitas e todas aquelas que derivaram, em nexo de causalidade, daquela primeira (busca e apreensão domiciliar), as quais, por conseguinte, devem ser inutilizadas e desentranhadas, não podendo ser usadas para nada, ou seja, nem para a absolvição, nem para a condenação.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, SEM DENÚNCIA E SEM DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCRITO DO MORADOR. FUGA DE INDIVÍDUO PARA O INTERIOR DA RESIDÊNCIA, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA BUSCA E APREENSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 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. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. 3. O avistamento de um indivíduo correndo para o interior de

uma residência não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que, na residência em questão, estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não. Necessária a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência"). Precedentes. 4. Aliás, em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (....) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito. E apresentou as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito. b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada. c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação. d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo, e preservada tal prova enquanto durar o processo. e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal dos agentes públicos que tenham realizado a diligência. 5. No caso concreto, embora o acórdão impugnado faça alusão à afirmação dos policiais responsáveis pela busca domiciliar de que o paciente teria autorizado a entrada na residência, evidencia que agiram sem mandado judicial e sem o amparo de denúncia ou de investigação prévias que os conduzissem a crer que naquele local havia tráfico de drogas. Suas suspeitas tiveram por base apenas o fato de que uma pessoa que estava na frente da casa correu para o seu interior assim que percebeu a aproximação da viatura policial. 6. Deve ser considerada inválida eventual autorização do morador da residência vistoriada, se essa autorização não foi concedida por escrito, na esteira da tese firmada no HC 598.051 (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021), tanto mais quando a descrição dos procedimentos efetuada pelos policiais, em sede inquisitorial, se revela inverossímil, ao afirmarem que, após baterem à porta da residência, quando finalmente abriu, o paciente teria consentido na busca. 7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia

autorização judicial, a prova colhida na ocasião, bem como as derivadas, devem ser consideradas ilícitas. 8. Habeas corpus não conhecida. Ordem concedida de ofício para reconhecer a nulidade da prova colhida na busca domiciliar, bem como das provas derivadas, absolvendo o paciente das imputações de tráfico de drogas e corrupção ativa." (HC 686.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILICITUDE DAS PROVAS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito. 2. Consoante decidido no RE 603.616/R0 pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária a certeza em relação à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o caso de flagrante delito. 3. Conforme a atual jurisprudência desta Corte Superior, como forma de não deixar dúvidas sobre a sua legalidade, a prova da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe ao Estado, devendo ser realizada com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato, além de ser registrada por áudio-vídeo e por escrito. 4. Embora conste dos autos que os policiais, após informações indicando a prática de tráfico de drogas em uma mercearia, se dirigiram ao local e avistaram o paciente, que teria demonstrado nervosismo durante a abordagem e, mesmo sem nada ter encontrado em seu poder, teria admitido possuir drogas em sua residência, o que permitiu a busca domiciliar, essa versão foi contestada pela defesa e não houve a comprovação da voluntariedade do ato de consentimento com a entrada no imóvel pelos agentes estatais, verificando-se a ocorrência de manifesta ilegalidade. 5. Concessão do habeas corpus. Declaração de ilegalidade (nulidade) da apreensão da droga. Absolvição do paciente do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, e das demais imputações da denúncia (arts. 157, § 1º e 386, II – CPP)." (HC 679.630/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021)

"RECURSO ESPECIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDENAÇÃO POR ROUBO VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO. AUSÊNCIA. SUSPEITA DE TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. ENTORPECENTES NÃO APREENDIDOS. CONSENTIMENTO DO MORADOR INVÁLIDO. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. 1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, "O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (HC 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 15/03/2021). 2. Na hipótese dos autos,

verifica-se ausência de situação de flagrância anterior ao ingresso no domicílio, apta a permitir para a entrada desautorizada dos policiais, por estar amparada unicamente na suspeita da prática de crime de tráfico de drogas, sem, contudo, haver a apreensão de entorpecentes, tendo ocasionalmente sido constatada, com o ingresso na residência, a prática de delito de roubo (peças de moto). 3. O ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de roubo, deve estar amparado nas circunstâncias que evidenciem, de modo satisfatório e objetivo, fundadas razões de situação de flagrante no interior da residência que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo" (HC 608.405/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 14/04/2021) 5. Além de não demonstrada a existência de fundadas razões para o ingresso dos policiais no domicílio, o eventual consentimento não se mostrou válido, porquanto não observadas as formalidades para a obtenção da prova da aquiescência do morador, tampouco houve justificativa plausível para a medida excepcional. 6. Recurso especial provido. Declaração da nulidade das provas obtidas por meio de medida de busca e apreensão ilegal, bem como as dela derivadas. Anulação da condenação imposta ao recorrente, com a consequente expedição de alvará de soltura, se preso estiver." (REsp 1946458/GO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE. ÔNUS ESTATAL. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ANULAÇÃO DA DEMANDA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição da República, consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/R0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, DJe 2/3/2021), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de

flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência. 4. O contexto fático delineado nos autos não serviu de suporte para justificar a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio. Em outros termos, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais na residência do réu não evidenciaram, quantum satis e de modo objetivo, as fundadas razões que justificassem a entrada na sua morada, de maneira que a simples avaliação subjetiva dos agentes estatais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso no domicílio. 5. As regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos servidores castrenses de que o paciente ou os pedreiros, que trabalhavam no local, ou o locatário do sítio (este, inclusive, declarou a propriedade de todo o material lá encontrado) teriam autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do acusado, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu. 6. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a captura de crack, após invasão desautorizada da residência do paciente –, pois evidente o nexos causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre o ingresso no domicílio (permeado de ilicitude) e a apreensão das substâncias entorpecentes. 7. Justifica-se a anulação da demanda judicial, se são ilegais os elementos de convicção colhidos por meio da entrada ilícita no domicílio do réu, se eles deram suporte à peça acusatória ofertada e contaminaram todas as evidências daí decorrentes. A falta de plausibilidade jurídica para a diligência afeta a própria instauração da persecução criminal, assim como todas as provas que dela se sucederam. 8. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas pelo ingresso no domicílio do paciente, sem o seu consentimento válido, e as que dela decorreram e, em consequência, anular, ab initio, a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, desde que apoiada em dados supervenientes, obtidos com atenção aos limites definidos no art. 5º, XI, da Constituição da República, e com estrita observância aos ditames previstos no art. 41 do Código de Processo Penal.” (HC 608.405/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe

14/04/2021)

Desse modo, conclui-se que a entrada dos policiais militares na residência do réu não observou aos ditames legais, o que enseja a ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida de busca e apreensão em questão, bem como das demais provas que dela se originaram em relação de causalidade, porquanto violou o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

Não obstante isso, e na esteira do que enfatizou o Ministro Rogério Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do supracitado HC nº 598.051/SP, não quero aqui, com esse meu voto, inviabilizar ou mesmo enfraquecer o trabalho realizado pelas forças policiais de segurança pública, que muito bem combatem e ajudam a arrefecer a prática do crime de tráfico ilícito de drogas e diversos outros.

Porém, não é caro rememorar que vivemos num Estado Democrático de Direito, no qual as leis postas pelo Estado são fronteiras limites entre a liberdade e o arbítrio. É a lei, pois, que confere distinção, na sua acepção semântica, entre o que é legal ou não. Com isso, não pode o Estado, que edita as leis, afastar-se delas. Não pode o agente de segurança, nessa função, e em nome do Estado, esquecer que há normas procedimentais a serem observadas e seguidas, com o fim justamente de evitar a contestação de suas condutas ou a alegação de decorreram de abuso.

Em desfecho, permitir o ingresso na residência de alguém fora das hipóteses legais e sem a devida justificativa, que deve ser clara, circunstanciada e posterior, é andar de mãos dadas com as práticas ilegais e abusivas, coisa que o Estado-Juiz não deve tolerar, resguardando, assim, o direito à inviolabilidade do domicílio dos cidadãos que caminham os trilhos da retidão e da legalidade. Repito, aliás: a proteção é voltada não para os criminosos, mas, sim, para o cidadão que não comete crimes e que deve ter esse direito fundamental preservado.

E, diante do reconhecimento da nulidade da referida prova (busca e apreensão domiciliar), bem como das que dela decorreram, entre elas o próprio laudo toxicológico, preliminar e definitivo, outra solução não resta senão a absolvição do recorrente em relação à prática do crime de tráfico de drogas que lhe foi imputado na denúncia, diante da inexistência de prova da materialidade delitiva, o que também impede a desclassificação da conduta do réu para o delito tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, uma vez que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do crime, somente podendo ser suprido, excepcionalmente, pelo laudo de constatação preliminar, que na hipótese também se apresenta como prova ilícita por derivação.

Sobre a temática, segue a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, em 26/10/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo toxicológico implica na absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva, e não na nulidade do processo. Foi ressalvada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva está amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por

perito oficial e em procedimento equivalente. 2. Segundo se infere dos autos, a sentença pelo delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 tem como fundamento apenas depoimentos testemunhais e informações extraídas de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas. Não houve a apreensão da droga e, obviamente, inexistiu o laudo de exame toxicológico, único elemento hábil a comprovar a materialidade do delito de tráfico de drogas. Assim, de rigor a absolvição do ora agravado do delito de tráfico de drogas, porquanto ausente prova da materialidade. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no HC 646.511/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO PROVISÓRIO. POSSIBILIDADE. 2. ASSINATURA POR PERITO CRIMINAL. PRESENÇA DE OUTROS COMPROVANTES. LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO, AUTOS DE APREENSÃO E EXIBIÇÃO. 3. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DESCRIÇÃO DOS FATOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, pacificou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo, de regra, é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes. Sem o referido exame, é forçosa a absolvição do acusado. Porém, em situações excepcionais, admite-se que a materialidade do crime seja atestada por laudo de constatação provisório. 2. Porquanto assinada por perito criminal além de presentes os autos de exibição e apreensão, a materialidade do crime pode ser atestada por laudo de constatação provisório. 3. Quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas por ausência de provas do envolvimento dos outros envolvidos, verifico que as instâncias ordinárias trouxeram em suas decisões a descrição minuciosa dos fatos acerca do envolvimento do agravante e dos outros corréus. Concluir de forma diversa, ou seja, de que o agravante não integra organização criminosa, implica exame aprofundado do material probatório, inviável em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 1469051/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 27/06/2019)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO JUNTADO APÓS A SENTENÇA. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. ERESP N. 1.544.057 DE 2/12/2016. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE POR LAUDO PRELIMINAR ASSINADO POR PERITO CRIMINAL. 1. A Terceira Seção, quando do julgamento do EREsp n. 1.544.057 – DJe 2/12/2016, entendeu que a ausência de laudo definitivo pode ser suprida por laudo provisório de constatação que possua condições técnicas de atestar a natureza da droga apreendida. 2. In casu, foi juntado laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína, o que enquadra o caso em questão em uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser comprovada apenas com base no laudo preliminar de constatação. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1653979/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

Na mesma toada, confirmam-se os recentes julgados deste Sodalício, um deles, inclusive, da minha relatoria:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. TESES AFASTADAS. DEVIDO ACERTO NO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DAS PROVAS. ACESSO INDEVIDO ÀS MENSAGENS DE CELULAR (WHATSAPP). VERIFICAÇÃO POLICIAL EFETUADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ESPECÍFICA,

MEDIANTE COAÇÃO. CONTEÚDO QUE NÃO DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NA ANÁLISE PROBATÓRIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL E DE JUSTA CAUSA. RÉU ABORDADO PARA AVERIGUAÇÃO DA MOTOCICLETA POR ELE CONDUZIDA. INEXISTÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE COM O ACUSADO NO MOMENTO DA ABORDAGEM. INGRESSO DESNECESSÁRIO NA RESIDÊNCIA DO RÉU, AINDA QUE TENHAM LOGRADO ÊXITO EM ENCONTRAR 2,10 GRAMAS DE COCAÍNA. AFRONTA CONSTITUCIONAL. ILICITUDE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. "Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.(...) É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protrai no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de situação de flagrante delito. (...) Ausente, assim, justa causa para o ingresso domiciliar, sem consentimento do morador nem autorização judicial, ainda que obtido êxito na apreensão de droga. (HC 617.232/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)". 2. No presente caso, depreende-se dos autos que os policiais, após abordar o apelado para averiguar uma situação decorrente de escapamento da motocicleta por ele conduzida, acessaram o celular do mesmo, mediante coação física, a pretexto de terem suspeitado de recebimento de mensagens que envolviam a traficância. Não tendo localizado com o réu qualquer substância entorpecente, se dirigiram até a residência do acusado, la adentrando, sem o seu consentimento e sem prévia autorização judicial, em absoluta afronta constitucional, sendo imperiosa a manutenção da sentença absolutória que reconheceu a ilicitude das provas obtidas. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (Apelação Criminal 0022108-93.2019.8.27.2729, Rel. Des. EURÍPEDES LAMOUNIER, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021)

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E EMBASADA EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A JUSTIFICAR A MEDIDA INVASIVA POR PARTE DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA – POLICIAIS MILITARES. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO OBSERVADA. CONDUTA ILÍCITA. ILICITUDE DAS PROVAS DELA DECORRENTES. NULIDADE RECONHECIDA. INUTILIZAÇÃO, POR SER UMA NÃO PROVA. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 1. O STF, NO JULGAMENTO DO RE 603.616/RO, DADO EM SEDE REPERCUSSÃO GERAL, PACIFICOU O ENTENDIMENTO DE QUE A BUSCA E A APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL EM CASO DE CRIME PERMANENTE, QUE SE PROTRAI NO TEMPO, É POSSÍVEL, DESDE QUE ESTEJAM DEMONSTRADOS ELEMENTOS MÍNIMOS A CARACTERIZAR A JUSTA CAUSA PARA A MEDIDA INVASIVA, DEVENDO TAIS JUSTIFICATIVAS SER OBJETO DE POSTERIOR ANÁLISE POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO, PODENDO OS AGENTES DE SEGURANÇA, CONSTATADA A AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES, RESPONDER DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E, AINDA, INQUINAR DE NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. 2. AINDA QUE O CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE SEJA DE NATUREZA PERMANENTE, A SIMPLES ALEGAÇÃO DE QUE UM TERCEIRO, QUE NÃO É MORADOR, AUTORIZOU O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE OUTRA PESSOAL E DE QUE O ENTÃO MORADOR, AO SER ENTREVISTADO, PORTOU-SE COM CONDUTA SUSPEITA QUE O COLOCOU COMO TRAFICANTE, SEM, PORÉM, UMA DESCRIÇÃO DETALHADA DESSAS CONDUTAS, SOMADA, AINDA, AO FATO DE NÃO TER SIDO APREENDIDO APETRECHOS OUTROS UTILIZADOS NA MERCANCIA, NÃO SÃO APTOS A JUSTIFICAR, À LUZ DO QUE DECIDIU A CORTE SUPREMA, BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. 3. NESSE CONTEXTO, A ILICITUDE DA BUSCA E

APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E SEM JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA SUA EFETIVAÇÃO ACARRETA A NULIDADE DE TODAS AS PROVAS CONSEQUENTES, CONFORME A DOUTRINA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA, SEGUNDO A QUAL AS PROVAS OBTIDAS EM RAZÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO MATERIAL SÃO ILÍCITAS, ASSIM COMO O SÃO TAMBÉM TODAS AS QUE DELA DERIVAREM, SALVO QUANDO NÃO COMUNICÁVEIS, SEJA PORQUE NÃO HÁ NEXO DE CAUSALIDADE, SEJA PORQUE PODERIAM TER SIDO OBTIDAS POR UMA FONTE INDEPENDENTE. PRECEDENTES DO STJ. 4. NO CASO, SÃO CONSIDERADAS PROVAS ILÍCITAS A BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL, O LAUDO PERICIAL DE CONSTATAÇÃO, PRELIMINAR E DEFINITIVO, DE DROGAS ILÍCITAS E TODAS AQUELAS QUE DERIVARAM, EM NEXO DE CAUSALIDADE, DA PRIMEIRA (BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR), AS QUAIS, POR CONSEQUENTE, DEVEM SER INUTILIZADAS E DESENTRANHADAS, NÃO PODENDO SER USADAS PARA NADA, OU SEJA, NEM PARA A ABSOLVIÇÃO, NEM PARA A CONDENAÇÃO. 5. PERMITIR O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DE ALGUÉM FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS E SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA, QUE DEVE SER CLARA, CIRCUNSTANCIADA E POSTERIOR, É ANDAR DE MÃOS DADAS COM AS PRÁTICAS ILEGAIS E ABUSIVAS, COISA QUE O ESTADO-JUIZ NÃO DEVE TOLERAR, RESGUARDANDO, ASSIM, O DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO DOS CIDADÃOS QUE CAMINHAM OS TRILHOS DA RETIDÃO E DA LEGALIDADE. REPITA-SE, ALIÁS: A PROTEÇÃO É VOLTADA NÃO PARA OS CRIMINOSOS, MAS, SIM, PARA O CIDADÃO QUE NÃO COMETE CRIMES E QUE DEVE TER ESSE DIREITO FUNDAMENTAL PRESERVADO. 6. NO CASO, E NO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO, CONSIDERANDO QUE A BUSCA E APREENSÃO E TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES SÃO PROVAS ILÍCITAS, A EXEMPLO DO AUTO DE BUSCA E APREENSÃO, DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, TANTO PRELIMINAR QUANTO DEFINITIVO, CONCLUI-SE QUE NÃO HÁ PROVA DA MATERIALIDADE DO FATO RELATIVO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. A MATERIALIDADE DO FATO, PARA SER MAIS PRECISO, CORRESPONDE À PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME. SE NÃO HÁ PROVA DA ACERCA DO CRIME, NÃO HÁ PROVA DO TRÁFICO ILÍCITO. SE NÃO HÁ TRÁFICO ILÍCITO, IMPOSSÍVEL SE MOSTRA A CONDENAÇÃO DO APELANTE POR ESSE CRIME, DEVENDO, POR CONSEQUENTE, SER ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO QUE LHE FOI FEITA. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA, RECONHECENDO A NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E DE TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES, REFORMAR A SENTENÇA E, AUSENTE A PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA, ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO DESCRITA NA DENÚNCIA, DE CONFORMIDADE COM O ARTIGO 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.” (Apelação Criminal 0016035-71.2020.8.27.2729, Rel. Des. ADOLFO AMARO MENDES, julgado em 27/04/2021, DJe 06/05/2021)

Portanto, nulas as provas da materialidade obtidas de maneira irregular, ausente encontra-se a prova do delito, sendo imperativa a absolvição do acusado. Essa é a conduta exigida pelo devido processo legal que deve nortear o processo acusatório, o direito processual penal em verdadeiro estado democrático, no qual as provas devem ser colhidas sob o manto da constitucionalidade.

Ademais, embora os policiais militares tenham sido ouvidos na delegacia de polícia e em juízo, tais testemunhos, sem a prova da existência da droga e, conseqüentemente, do tráfico ilícito, e na parte que não deriva da conduta ilícita da busca e apreensão domiciliar, não podem subsistir isoladamente, sobretudo quando o apelante negou a prática do crime que lhe foi imputado.

Em desfecho, portanto, consigno que a sentença combatida deve ser reformada, para absolver o apelante da imputação, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, desacolhendo o parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso por presentes os requisitos de

admissibilidade, e VOTO NO SENTIDO DE DAR-LHE PROVIMENTO, para, reconhecendo a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes, reformar a sentença e, ausente a prova da materialidade delitiva, ABSOLVER o apelante da imputação descrita na denúncia, de conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Documento eletrônico assinado por ADOLFO AMARO MENDES, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 457676v2 e do código CRC 0e56f780. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES Data e Hora: 15/2/2022, às 16:18:57

0003580-58.2020.8.27.2702

457676 .V2

Documento:457677

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0003580-58.2020.8.27.2702/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL E DE ELEMENTOS MÍNIMOS A JUSTIFICAR A MEDIDA INVASIVA POR PARTE DOS POLICIAIS MILITARES. CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE, QUE É ÔNUS ESTATAL OU DA ACUSAÇÃO. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO NÃO OBSERVADA. CONDUTA ILÍCITA E ILICITUDE DAS PROVAS DELA DECORRENTES. NULIDADE RECONHECIDA. INUTILIZAÇÃO, POR SER UMA NÃO PROVA. PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA INEXISTENTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. O STF, no julgamento do RE nº 603.616/R0, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, dado em sede repercussão geral, pacificou o entendimento que a busca e a apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente, que se protraí no tempo, é possível, desde que estejam demonstrados, previamente, elementos mínimos a caracterizar a justa causa para a medida invasiva, devendo tais justificativas ser objeto de posterior análise por parte do Poder Judiciário, podendo os agentes de segurança, constatada a ausência de fundadas razões, responder disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e, ainda, inquirir de nulidade dos atos praticados.

2. No julgamento do HC nº 598.051/SP, da Relatoria Ministro Rogério Schietti, Sessão de 02/03/2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: “a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que, do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, se possa, objetiva e concretamente, inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas

que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do (s) agente (s) público (s) que tenha (m) realizado a diligência.”

3. No caso dos autos, o contexto fático não caracterizou a ocorrência de uma situação de flagrante que autorizasse a violação de domicílio, tal como permitido pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição da República. Do mesmo modo, verifica-se a inexistência de mandado judicial de busca e apreensão autorizando o ingresso dos policiais na casa do réu, bem como a inexistência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro do imóvel ocorreria situação de flagrante delito ou de que o atraso decorrente da obtenção de mandado judicial, pudesse, objetiva e concretamente, inferir que a droga seria destruída ou ocultada pelo agente. Outrossim, não há prova de que o ingresso dos policiais militares na casa do réu para a realização da busca e apreensão da droga ocorreu de forma voluntária e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação ao morador, notadamente porque inexistente declaração assinada pelo mesmo autorizando o ingresso domiciliar, ou mesmo registro da operação policial em áudio-vídeo, apta a justificar, à luz do supracitado entendimento da Corte Superior de Justiça, a legalidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial.

4. Assim, considerando a ilicitude da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e, sobretudo, sem justificativa plausível para sua efetivação, tem-se como nulas todas as provas consequentes deste ato, conforme se depreende da doutrina do fruto da árvore envenenada, segundo a qual as provas obtidas em razão de violação a direito material são ilícitas, assim como o são também todas as que dela derivarem. Inteligência do art. 157 do CPP.

5. Por consequência disso, são consideradas provas ilícitas, no caso, a diligência de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, o laudo pericial de constatação, preliminar e definitivo, das drogas ilícitas e todas aquelas que derivaram, em nexo de causalidade, daquela primeira (busca e apreensão domiciliar), as quais, por conseguinte, devem ser inutilizadas e desentranhadas, não podendo ser usadas para nada, ou seja, nem para a absolvição, nem para a condenação. Precedentes do STJ.

6. Diante do reconhecimento da nulidade da busca e apreensão domiciliar, bem como das provas que dela decorreram, entre elas o próprio laudo toxicológico, preliminar e definitivo, outra solução não resta senão a absolvição do recorrente em relação à prática do crime de tráfico de drogas que lhe foi imputado na denúncia, diante da inexistência de prova da materialidade delitiva, o que também impede a desclassificação da conduta do réu para o delito tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06, uma vez que, consoante entendimento jurisprudencial pacificado pela Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 1.544.057/RJ, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do crime, somente podendo ser suprido, excepcionalmente, pelo laudo de constatação preliminar, que na hipótese também se apresenta como prova ilícita por derivação.

7. Recurso conhecido e provido, para, reconhecendo a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes, reformar a sentença e, ausente a prova da materialidade delitiva, absolver o apelante da imputação descrita na denúncia, de conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Desembargador ADOLFO AMARO MENDES, a 5ª TURMA JULGADORA da 1ª CÂMARA CRIMINAL do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, desacolhendo o parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade, e DAR-LHE PROVIMENTO, para, reconhecendo a nulidade da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial e de todas as provas dela decorrentes, reformar a sentença e, ausente a prova da materialidade delitiva, ABSOLVER o apelante da imputação descrita na denúncia, de conformidade com o art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do (a) Relator (a). Votaram acompanhando o Relator os Excelentíssimos Senhores Desembargadores ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE e MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS. A Douta Procuradoria-Geral de Justiça esteve representada pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça JOSÉ DEMÓSTENES DE ABREU. Palmas, 08 de fevereiro de 2022.

Documento eletrônico assinado por ADOLFO AMARO MENDES, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 457677v6 e do código CRC 48800c15. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES Data e Hora: 25/2/2022, às 15:48:1

0003580-58.2020.8.27.2702

457677 .V6

Documento:457675

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0003580-58.2020.8.27.2702/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

INTERESSADO: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (INTERESSADO)

RELATÓRIO

Adoto como próprio o relatório exarado pelo presentante do Ministério Público nesta instância (evento 6), verbis:

“Trata-se de RECURSO APELATÓRIO interposto por GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL, qualificado nos autos, irresignado com a Sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alvorada-TO, lançada nos autos da AÇÃO PENAL nº 0003580-58.2020.8.27.2702, que julgou parcialmente procedente a pretensão estatal, condenando-o como incurso nas sanções do crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei Federal nº 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado e à pena pecuniária de 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 salário-mínimo.

O Apelante argumenta, na oportunidade de suas razões, que houve no caso em comento, a violação de domicílio do apelante, desprovido de mandado e autorização judicial. E por consequência e de plena consonância com a teoria dos frutos da árvore envenenada, deve ser considerada inadmissível as provas derivadas das ilícitas, não podendo se apoiar em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa a garantia constitucional.

Assevera que as provas obtidas a partir de invasão de domicílio são nulas, mesmo se confirmada a ocorrência de um crime, que no caso supõe-se ser de violência, uso de armas de fogo e tráfico, na residência violada.

Propala que no que tange à autoria delitiva por crime de tráfico, verifica-se que a mesma não restou evidenciada, pois o conjunto probatório carreado aos autos não é bastante para embasar um decreto condenatório.

Informa que durante a instrução processual, em interrogatório, o Acusado negou a prática do ato delitivo, afirmando que não é verdadeira a imputação que lhe foi feita na denúncia. Que a mínima droga encontrada em sua residência era para consumo próprio.

Requer o expresse prequestionamento do artigo 5º, XI, da Constituição Federal do Brasil e artigo 301 do CPP.

Assim, pugna que seja (...) seja provido e reconhecida a ILEGALIDADE DA INVASÃO DE DOMICÍLIO do acusado apelante, tornando nulo o flagrante e demais atos dele originados, trancando a ação penal, absolvendo o acusado, desconstituindo o julgamento proferido pelo Magistrado “a quo”; não sendo esse o entendimento, seja desclassificado o crime imputado ao Apelante, para o tipificado no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06. Requer os benefícios da Justiça Gratuita, uma vez que o Apelante, assistido pela

Defensoria Pública do Estado do Tocantins, é pessoa pobre nos termos da Lei n. 1.060/50.(...).

Em resposta ao recurso, a douta Promotora de Justiça com assento na instância singela manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do mesmo. (...)."

Acrescento que o Douto presentante ministerial nesta instância opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo, para manter incólume a sentença guerreada.

É o relatório que encaminho a apreciação do ilustre Revisor Desembargador MARCO VILLAS BOAS.

Documento eletrônico assinado por ADOLFO AMARO MENDES, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 457675v2 e do código CRC dd080b53. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES Data e Hora: 18/1/2022, às 16:31:50

0003580-58.2020.8.27.2702

457675 .V2

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 08/02/2022

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0003580-58.2020.8.27.2702/TO

RELATOR: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

REVISOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

PROCURADOR (A): JOSÉ DEMÓSTENES DE ABREU

APELANTE: GLEISON BONFIM RODRIGUES PIMENTEL (RÉU)

ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES, A 5ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, DESACOLHENDO O PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA, CONHECER DO RECURSO POR PRESENTES OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE, E DAR-LHE PROVIMENTO, PARA, RECONHECENDO A NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL E DE TODAS AS PROVAS DELA DECORRENTES, REFORMAR A SENTENÇA E, AUSENTE A PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA, ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO DESCRITA NA DENÚNCIA, DE CONFORMIDADE COM O ART. 386, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

Votante: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

Votante: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

Votante: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

WANDELBERTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

Secretário