

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500042-09.2020.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MAXUEL JESUS BARBOSA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): C ACORDÃO APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGADA NULIDADE DA BUSCA PESSOAL, POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ACOLHIMENTO. RÉU ABORDADO, SOZINHO, EM VIA PÚBLICA, SENDO REVISTADO UNICAMENTE PORQUE CONHECIDO PELA GUARNIÇÃO POR ANTERIOR ENVOLVIMENTO COM O TRÁFICO DE DROGAS. SUBSEQUENTE LOCALIZAÇÃO DE 15 (QUINZE) "TROUXINHAS" DE MACONHA. REVISTA PESSOAL EFETUADA À MÍNGUA DE COMPORTAMENTO OU CIRCUNSTÂNCIAS CAPAZES DE INDICAR PRÁTICA CRIMINOSA EFETIVA E ATUAL, DEMONSTRANDO, AO REVÉS, ODIOSO DIREITO PENAL DO AUTOR. FUNDADA SUSPEITA NÃO IDENTIFICADA. ATO EM CONFRONTO COM OS ARTS. 240 E 244 DO CPP, E A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PELO STJ. ILICITUDE DO FLAGRANTE E DAS EVIDÊNCIAS QUE DELE DERIVARAM. INEXISTÊNCIA DE PROVA INDEPENDENTE HÍGIDA A LASTREAR UMA CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO IMPERIOSA, A TEOR DO ART. 386, INCISO VII, DO CPP. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE NULIDADE. RECURSO CONHECIDO E PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA, ABSOLVENDO-SE, POR CONSEQUENTE, O APELANTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal n.º 0500042-09.2020.8.05.0088, oriunda do Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA, em que figura, como Apelante MAXUEL DE JESUS BARBOSA e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER do Recurso de Apelação e ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE arguida, para reconhecer a ilicitude do flagrante e das evidências dele derivadas, ante a realização de busca pessoal à míngua de justa causa, e, portanto, ABSOLVER o Réu Maxuel de Jesus Barbosa quanto à imputação do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, nos moldes do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 4 de Outubro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500042-09.2020.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MAXUEL JESUS BARBOSA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): C RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu MAXUEL JESUS BARBOSA, por meio da Defensoria Pública Estadual, em irresignação à Sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2016, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, sob o valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do delito. Narra a Peça Acusatória que: [...] Consta no anexo inquérito policial que, no dia 18/12/2019, por volta das 9:00 horas, na Avenida Governador Nilo Coelho, em Guanambi/BA, o denunciado foi preso em flagrante pela polícia militar por trazer consigo quinze trouxinhas de maconha. A substância apreendida é proscrita pela Portaria SVS-MS nº 344/98 e se destinava ao comércio, seja pela quantidade, seja pela forma de acondicionamento, seja porque o indigitado

é conhecido integrante da facção de traficantes ROUBA CENA, liderada por BAÚ. [...] A Denúncia foi recebida em 10.09.2020 (ID 27510554). Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito condenatório acima mencionado (ID 27510603). Inconformado, interpôs o aludido Condenado o Recurso de Apelação em testilha (ID 27510614). Em suas razões recursais (ID 27510632) requer: 1) Preliminarmente, seja declarada a nulidade de todos os elementos de investigação obtidos por meio da revista pessoal ilícita do réu, bem como das provas periciais e apreensões dela decorrentes, bem como de todos os atos processuais e da sentença condenatória, nos termos do art. 5º, incs. XI e LIV, da CF, art. 157, art. 564, inc. IV e 573, do CPP; 2) No mérito, seja o réu ABSOLVIDO, ante a atipicidade da conduta, pela pouca quantidade de substância apreendida, nos termos do art. 386, inc. III, do CPP; 3) Subsidiariamente, seja reformada a sentença de fls. 145/156 para absolver o apelante quanto à conduta de tráfico de drogas, consoante art. 386, VII do Código de Processo Penal; 4) Ainda, seja reformada a sentença condenatória no sentido de que seja desclassificado o delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº. 11.343/06) para o previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006, nos termos das razões expostas; 5) Seja reconhecido o direito do apelante recorrer em liberdade, em caso de eventual condenação, nos termos do novo entendimento do STF firmado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54. Em contrarrazões (ID 27510636), o Parquet Estadual rechaçou as teses defensivas, pugnando pela manutenção in totum da Sentença condenatória. No Parecer lançado no ID 29050241, a Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do Apelo, para que seja reconhecida a nulidade processual, absolvendo-se o Acusado da imputação constante no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. É, em síntese, o relatório. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500042-09.2020.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MAXUEL JESUS BARBOSA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): C VOTO Inicialmente, cabe registrar que o presente Recurso é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, pela parte que detém legítimo interesse na pretensão. Assim, é medida de rigor o conhecimento do inconformismo, passando-se ao exame das alegações. O Réu MAXUEL JESUS BARBOSA, por conduto da Defensoria Pública Estadual, em sede preliminar, argui a nulidade do feito à vista da ilicitude das provas obtidas por meio da revista pessoal ilegal, considerando que os Policiais abordaram o Recorrente pois este “estava nervoso” e era conhecido por suposto envolvimento com o tráfico de drogas. Da análise da referida argumentação, em cotejo com os elementos de convicção reunidos no feito, com efeito, na forma inclusive ponderada pela Procuradoria de Justiça no Parecer ID 29050241, é forçoso atribuir procedência à tese defensiva, por se verificar que a revista infligida ao Réu, da qual resultou sua prisão flagrancial, ocorreu em efetivo confronto com a normatividade pertinente e a atual jurisprudência sobre o tema. Pois bem, depreende-se dos autos que a abordagem policial ao Acusado operou-se no curso de ronda de rotina, tendo a Guarnição avistado o Apelante andando na rua, sozinho, e já sendo conhecido pelos Policiais por anterior envolvimento com a traficância, atividade comum na localidade, deliberaram os Agentes Públicos por abordá-lo, após o Acusado aparentar-se “nervoso” e “inquieto”, e revistá-lo, momento em que encontraram 15 (quinze) trouxinhas de maconha. Cuida-se, aqui, da dinâmica fática extraída, em

suas linhas mestras, dos próprios depoimentos judiciais dos Policiais Militares responsáveis pelo flagrante, testigos que constituem os principais alicerces da tese acusatória e da condenação, tanto que transcritos na Sentença na forma adiante colacionados (grifos acrescidos): PM BRUNO CORREIA DA CRUZ: “Que participou da diligência que resultou na prisão do réu; Que mais dois policiais participaram da diligência; Que, em ronda pela Avenida Governador Nilo Coelho, avistou MAXUEL, conhecido como “Tum Galinha” e, por conhecê-lo pela prática de tráfico de drogas, resolveram abordá-lo; Que foram encontradas com o réu 15 (quinze) trouxinhas de maconha; Que o réu disse que iria comercializar a droga apreendida em seu poder; Que MAXUEL participava da facção criminosa de BAÚ, segundo informações do setor de inteligência; Que avistou o réu saindo da região do Gurungas, que é uma região que tem alto índice de tráfico e fez a abordagem; Que já conhecia MAXUEL de outras abordagens policiais; Que o local onde o réu foi abordado e preso é um local de entrada e saída constante de pessoas que usam drogas, porque é um bairro que tem um índice de criminalidade alta, onde são realizadas várias prisões por tráfico de drogas; Que não sabe informar se no dia dos fatos havia algum usuário no local; Que o réu só portava drogas quando foi preso; Que não ouviu do réu e nem sabe informar se o réu é usuário de drogas.” PM WADSON DE CARVALHO SILVA: “Que participou da diligência que resultou na prisão do réu; Que estava acompanhado de outros policiais quando abordou o réu; Que, em ronda pela Avenida Governador Nilo Coelho, avistou MAXUEL, já conhecido dos policiais, em atitude suspeita e resolveram abordá-lo; Que MAXUEL estava sozinho, vindo do Novo Horizonte em direção ao Guanabara; Que foi encontrada, aproximadamente, treze buchas de maconha com o réu; Que o réu informou que tinha feito as trouxinhas para vender; Que já conhecia MAXUEL por já ter feito várias abordagens por suspeita de tráfico de drogas; Que tem conhecimento que MAXUEL integra a facção criminal de ROUBA CENA; Que antes da abordagem já sabia que MAXUEL tinha envolvimento com o tráfico de drogas; Que Maxuel vinha caminhando e quando avistou os policiais ficou nervoso, inquieto; Que foram até a casa da sogra do réu e, com autorização dela, procederam a uma busca mas não foi encontrado drogas; Que a sogra do réu informou que ele não residia mais lá, pois tinha ameaçado sua filha de morte e os dois não moravam mais lá.” Assim, observa-se que a abordagem ao Acusado e subsequente submissão dele à realização de busca pessoal não decorreram de qualquer comportamento do Réu que porventura sugerisse estar portando material ilícito àquela ocasião. Em realidade, pautou-se a revista, segundo os próprios Agentes Públicos, na ciência informal que detinham acerca da prévia associação dele à mercancia proscrita e sobre a prática de tal atividade na localidade diligenciada. Ora, malgrado o conhecimento extraoficial e a até mesmo a intuição dos Policiais constituam preciosas ferramentas em sua atuação profissional, não raro servindo como pontos de partida para ulteriores diligências, certo é que não se prestam, por si sós e à míngua de posterior atividade apuratória, para legitimar atos invasivos e excepcionais na linha da busca pessoal ou domiciliar. De igual maneira, a informação quanto à anterior ligação do Réu a atividades criminosas, quando dissociada de indícios efetivos e atuais de sua incursão em prática desse feitio, tampouco autoriza a realização de revista, sob pena de traduzir-se em ato arbitrário e inspirado pelo odioso Direito Penal do Autor. Em outras palavras, tratou-se de diligência em real descompasso com os preceitos contidos nos arts. 240, § 2.º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, estatuinto o último dispositivo, de

modo literal, que “a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”, condições legais que, consoante explicitado retro, não se encontravam delineadas na espécie. Destarte, é imperioso concluir pela ilicitude da revista impingida ao Acusado, porquanto carente da necessária justa causa e, destarte, efetuada à margem dos ditames legais pertinentes, na interpretação a eles conferida pela mais atual jurisprudência das 5.^a e 6.^a Turmas do Superior Tribunal de Justiça, como ilustram julgados recentes: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E POSTERIOR INGRESSO EM DOMICÍLIO. DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1-2. [...]. 3. Esta Corte tem entendido que, a revista pessoal sem autorização judicial prévia somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do Código de Processo Penal. 4. No caso dos autos, a sequência de eventos – iniciada pela voz de abordagem para a busca pessoal – se deu unicamente em razão de denúncia anônima. Não há nas declarações da autoridade policial qualquer informação de que o investigado foi visto portando objeto suspeito que levasse a crer que ele trazia consigo algo ilícito, nem mesmo indícios de que havia sido avistado praticando qualquer infração penal. Tampouco foram realizadas campanhas ou investigações prévias com o intuito de averiguar a plausibilidade da denúncia anônima. O fato de um dos recorrentes ter retornado em direção à residência da qual acabara de sair quando avistou a equipe de patrulhamento policial não constitui elemento idôneo a autorizar a presunção de que ele estaria praticando algum tipo de ilícito penal. Da mesma forma, o fato de o outro recorrente ter sido supostamente avistado pela autoridade policial saindo pelos fundos da casa tampouco constitui indício da prática de ilícito penal autorizador seja de busca pessoal, seja de busca domiciliar. Nessa linha de raciocínio, aplicando-se ao caso concreto a teoria dos frutos da árvore envenenada, devem ser consideradas ilícitas todas as provas colhidas nas buscas pessoais efetuadas nos recorrentes, assim como na busca domiciliar subsequente realizada na residência da avó de um dos recorrentes. 5. Agravo regimental do Ministério Público estadual desprovido. (STJ, 5.^a Turma, AgRg no RHC n. 163.399/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2022, DJe 30.05.2022) (grifos acrescidos) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (321,6 G DE MACONHA E 0, 21 G DE SEMENTES DE MACONHA). NULIDADE. PROVAS ILÍCITAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABORDAGEM POLICIAL SEM A APRESENTAÇÃO DE FUNDADAS RAZÕES. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO NO AGRAVADO SER CONHECIDO NOS MEIOS POLICIAIS PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCAS PESSOAL E VEICULAR INFRUTÍFERAS. POSTERIOR CONFISSÃO DO AGRAVADO, QUE TERIA DROGAS ARMAZENADAS EM SUA RESIDÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 1. O Tribunal de origem asseverou que a percepção decorrente da experiência dos policiais militares, cuja atuação vem revestida de legitimidade presumida, restou confirmada a partir da confissão espontânea do recorrente, que informou aos milicianos que guardava certa quantidade de drogas em sua residência, franqueando a

entrada para a realização da revista. 2. Na exordial acusatória consta que apurou-se que policiais militares, durante patrulhamento de rotina, abordaram o denunciado, conhecido nos meios policiais pela prática de tráfico de entorpecentes, na condução de seu veículo Ford/Ka, cor preta, de placas EVD-3089, tendo como passageira JOYCE FERNANDA VIDAL FONTANELI e a filha do casal, de dois anos de idade. [...] Realizada busca pessoal e veicular, nada de ilícito foi localizado em poder de RODOLFO GABRIEL MOREIRA FONTANELI, que, indagado pelos milicianos, confessou que em sua residência (local dos fatos) havia "maconha". 3. Não se desconhece que a abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública (HC n. 385.110/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017), contudo, in casu, levando em consideração o que motivou a abordagem veicular e pessoal do agravado, notadamente o isolado fundamento dele ser conhecido nos meios policiais pela prática de tráfico de entorpecentes, tem-se que não foi demonstrada a necessária justa causa, apta a demonstrar a legalidade da abordagem perpetrada. 4. A revista pessoal sem prévia autorização judicial somente pode ser realizada diante de fundadas suspeitas de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; ou objetos necessários à prova de infração, na forma do disposto no § 2º do art. 240 e no art. 244, ambos do Código de Processo Penal, não constituindo "fundada suspeita" o mero nervosismo apresentado pelo acusado. Precedentes: HC 659.689/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 18/06/2021; HC 687.342/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 11/10/2021. (HC n 473.727/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 19/2/2019) [...] A confissão informal de prática de delito, feita durante abordagem policial na qual nada de ilícito foi encontrado em poder do investigado, em situação claramente desfavorável, não delinea contexto fático que justifique a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial. Precedentes: HC 682.934/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021; AgRg no HC 681.198/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021 (AgRg no HC n. 693.574/MG, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 17/12/2021). 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, 6. Turma, AgRg no REsp n. 1.976.801/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.06.2022, DJe 30.06.2022) (grifos acrescidos) À vista do cenário delineado, é forçoso concluir pela nulidade da apreensão de droga em poder do Acusado, porquanto calcada em busca pessoal ilegítima, e das diligências policiais efetuadas de forma subsequente. Portanto, reconhecida a ilicitude das mencionadas provas e, conseqüentemente, das demais evidências obtidas, por derivação, a partir das primeiras, consoante preconiza o art. 157, caput e § 1.º, do Código de Processo Penal, é medida que se impõe a absolvição do Acusado, por carência de suporte probatório hígido e suficiente, quanto à imputação do crime de tráfico de drogas, na linha do art. 386, inciso VII, do citado diploma, com a conseqüente desconstituição da prisão cautelar mantida na Sentença. De resto, uma vez acolhida a preliminar suscitada pela Defesa, para declarar a nulidade das próprias diligências policiais em que se funda a presente persecução penal, fica prejudicada a análise das teses

subsidiariamente aventadas no Apelo Defensivo. Por fim, sublinhe-se que, a despeito do pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade, o Magistrado primevo, no bojo da Sentença condenatória, já deferiu tal benesse, revogando a prisão preventiva então imposta ao Apelante, mediante a expedição, inclusive, de alvará de soltura (ID 27510610). Ante todo o exposto, na esteira do Opinitivo Ministerial, CONHECE-SE do Recurso de Apelação e ACOLHE-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE arguida, para reconhecer a ilicitude do flagrante e das evidências dele derivadas, ante a realização de busca pessoal à míngua de justa causa, e, portanto, ABSOLVER o Réu Maxuel de Jesus Barbosa quanto à imputação do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, nos moldes do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora