

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504624-79.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA CALDAS SOUSA LAZZARINI APELADO: GABRIEL FIGUEIREDO DE OLIVEIRA ADVOGADO: LUCAS AMORIM SILVEIRA OAB/BA 45.059 ACORDÃO APELAÇÃO MINISTERIAL. SENTENÇA INVECTIVADA QUE ABSOLVEU O ACUSADO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INCISOS II E VII DO CPP, DECLARANDO A NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO POLICIAL REALIZADA NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO APELADO, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. 01-PRETENSÃO MINISTERIAL CONDENATÓRIA, SOB O ARGUMENTO DE QUE HOVE FUNDADAS RAZÕES PARA QUE OS POLICIAIS ADENTRASSEM NO IMÓVEL DO ACUSADO, DIANTE DOS DA FUGA DO ACUSADO E INDÍCIOS DA PRÁTICA DELITO DE CARÁTER PERMANENTE. NÃO ALBERGADA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA BUSCA DOMICILIAR REALIZADA SEM MANDADO JUDICIAL QUE SE MOSTROU ACERTADA. IN CASU, INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE O FATO DELITIVO APURADO NOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS OUVIDOS EM JUÍZO. AGENTES ESTATAIS QUE ALEGAM ESQUECIMENTO DOS FATOS. RELATIVIZAÇÃO DA PALAVRA DOS POLICIAIS CIVIS. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS PRÉVIOS DA POSSÍVEL PRÁTICA DELITIVA, DE CARÁTER PERMANENTE, NO IMÓVEL DO ACUSADO. NÃO DEMONSTRADO O CONSENTIMENTO DO ACUSADO QUANTO AO INGRESSO DOMICILIAR. PRECEDENTES STJ. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA À PROVA DECLARADA ILÍCITA. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº.

0504624-79.2017.8.05.0113, que tem como Recorrente, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e, como Recorrido, GABRIEL FIGUEIREDO DE OLIVEIRA. Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao presente Apelo Ministerial, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Improcedente Por Unanimidade Salvador, 30 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504624-79.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA CALDAS SOUSA LAZZARINI APELADO: GABRIEL FIGUEIREDO DE OLIVEIRA ADVOGADO: LUCAS AMORIM SILVEIRA OAB/BA 45.059 RELATÓRIO Cuida-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face da r. Sentença de ID 28813140, cujo relatório adoto, que absolveu Gabriel Figueiredo de Oliveira, das penas previstas para o art. 33, caput, da Lei 11.343/06, declarando nula a busca e apreensão realizada pela polícia militar no interior da residência do acusado, à luz do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal (cláusula de inviolabilidade do domicílio). Narrou a Denúncia, documento de ID 28813035, em apertada síntese, que na data de 15/08/2017, por volta das 12:00hs, Policiais Militares, atendendo a chamado da CICOM, informando acerca da ocorrência de tráfico de drogas nas escadarias do Bairro Fonseca, Itabuna/BA, realizaram uma ronda pela localidade, quando avistaram um indivíduo em "atitude suspeita", o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, apressadamente entrou para o interior de uma residência. Os policiais adentraram na casa e, realizadas buscas no imóvel, encontraram entorpecentes (maconha e cocaína), supostamente destinados ao tráfico. Em suas Razões Recursais, documento de

ID 28813148, o membro do Ministério Público aduz que os policiais agiram com fundadas razões para supor que ocorria o delito permanente, no interior da residência do acusado, a partir de denúncias de populares. Além disso, como “o acusado empreendeu fuga e adentrou na sua residência, surgiu a fundada suspeita do cometimento do crime” (fls. 07). Assim, considerando presentes as provas da autoria e da materialidade delitivas, pugna pela condenação do Apelado. Por sua vez, o Apelado, em suas contrarrazões, pretende que seja mantida a sentença invectivada (documento de ID 28813151). Recurso devidamente recebido pelo Magistrado sentenciante, no decisor de ID 28813149. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo Ministerial, “devendo a sentença ser mantida em todos os seus termos”. (documento de ID 30159899) Elaborado o Relatório, após a análise processual do feito, determinei a remessa dos autos ao nobre Desembargador Revisor. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504624-79.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA CALDAS SOUSA LAZZARINI APELADO: GABRIEL FIGUEIREDO DE OLIVEIRA ADVOGADO: LUCAS AMORIM SILVEIRA OAB/BA 45.059 VOTO

Cinge-se o Recurso de Apelação na pretensão condenatória do órgão ministerial, aduzindo que a busca e apreensão realizada no interior da residência do acusado mostrou-se lícita, já que os policiais agiram com fundadas razões para supor que ali ocorria o delito de natureza permanente, a partir de denúncias anônimas. Além disso, como “o acusado empreendeu fuga e adentrou na sua residência, surgiu a fundada suspeita do cometimento do crime” (fls. 07 do documento de ID 28813148). Assim, considerando presentes as provas da autoria e da materialidade delitivas, pugna pela condenação do Apelado. Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Apelação. Da análise da decisão objurgada, de ID 28813140, observam-se os seguintes fundamentos: “Nos termos do art. 5º, XI, da CF, admissível a penetração policial em domicílio, sem mandado judicial e de consentimento do morador, entre outros, nos casos de flagrante delito. Na forma do art. 302, I, do CPP, considera-se em flagrante delito aquele estiver cometendo a infração penal, expressão que envolve, inclusive, os crimes permanentes perpetrados no interior do domicílio, a exemplo das muitas modalidades de posse de arma/munição de fogo e de tráfico de drogas. Assim, em princípio, pode a Polícia adentrar em domicílio para fazer cessar a prática da crime permanente independentemente de ordem judicial ou de consentimento do morador. Entretanto, modulando o alcance do disposto no art. 5º, XI, da CF, no tocante à busca e apreensão domiciliar, conforme recentemente pacificado pelo STF em sede de Repercussão Geral – Tema nº 280, admite-se o adentramento domiciliar sem mandado ou consentimento da hipótese de situação de flagrância, mesmo noturnamente, desde que respaldado em fundadas razões preexistentes. Eis o enunciado concernente ao tema: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.” (STF: RE 603616 RG/RO, tema nº 280, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/11/2015, divulg. 12/11/2015). A título ilustrativo,

colaciona-se ementa relativa ao referido julgado (destaques deste Magistrado): (...) Com efeito, o STF e, por conseguinte, o STJ não afastaram por completo a possibilidade de adentramento domiciliar sem mandado ou consentimento do morador. Apenas vedaram a prática de toda e qualquer penetração no domicílio, no intuito de coibir eventuais abusos perpetrados pela Polícia. A rigor, esse entendimento jurisprudencial não representa qualquer novidade; apenas reafirma a necessidade da pré-existência das fundadas razões a que há muito alude a regra do art. 240, § 1º, do CPP, como requisito para a realização de buscas domiciliares sem mandado. Assim, no curso de determinada diligência policial destinada à verificação da existência do fato delituoso e, conseqüentemente, à cessação da sua prática (sondagem ou a averiguação informal da situação), mesmo que amparada exclusivamente por delação anônima, deparando-se a Polícia com um fato concreto que conduza à existência de fundada razão a respeito da configuração da flagrância, admissível a penetração no imóvel, independentemente de mandado ou consentimento do habitante, assumindo-se os riscos pelo insucesso da investida. Em recente decisão, a Corte Superior delineou muito bem as condições para a validade das buscas domiciliares sem mandado (grifos deste Magistrado): (...) Na hipótese dos autos, segundo as informações inquisitoriais, em consonância com a narrativa estampada na denúncia, os Policiais Militares, em atendimento à delação anônima, teriam se dirigido a determinado local, onde se realizaria tráfico de drogas, tendo-se deparado com o ora réu, o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, correu para o interior da sua residência. Os Policiais teriam adentrado na casa, onde, durante buscas domiciliares, teriam encontrando entorpecente. O cerne da controvérsia reside em se saber se a mera fuga do indivíduo ao interior da sua residência, por si só, é capaz de configurar as fundadas razões que autorizem o adentramento domiciliar sem mandado. Neste ponto, reconheço ser a Jurisprudência ainda divergente. Porém, mais recentemente, tem vigorado o entendimento bem amadurecido no sentido de que ingresso repentino do indivíduo na sua residência quando da aproximação de uma viatura policial, apesar de levantar certa suspeita, não permite presumir, concretamente, a existência de situação de flagrância que autorize a penetração domiciliar, isto porque a fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva constitui comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não necessariamente o de estar ele portando ou comercializando algo ilícito¹. Com efeito, a diligência policial (busca e apreensão) se apresenta ilícita, assim como as provas materiais dela decorrentes (art. 157, § 1º, do CPP). Vale dizer, a apreensão da droga se mostra eivada de nulidade, o que, naturalmente, compromete a demonstração da materialidade e da autoria delitivas. Embora reflita diretamente sobre o mérito da causa, trata-se de questão antecedente, que há de ser apreciada. Não bastasse esse cenário, a verdade é que, também, a versão apresentada pelos Policiais inquisitorialmente não se sustentou judicialmente. Os Agentes inquiridos em Juízo não trouxeram informações sobre o ocorrido, revelando esquecimento dos fatos, o que, a rigor, corrobora a versão apresentada pelo acusado. Com efeito, impende a absolvição, a teor do art. 386, II e VII, do CPP.(...)” Com efeito, segundo a Constituição Federal (art. 5º, inc. XI), “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”. Assim, inviolabilidade é regra. Em caráter de exceção, quando presente as

“fundadas razões”[1], consubstanciadas por fatos indiciados e com delimitação temporal, pode o Judiciário determinar busca domiciliar durante o dia, obedecida as determinações constantes no art. 243 do CPP. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. Em resumo, como exceções ao princípio geral da inviolabilidade, permite-se o ingresso na casa da pessoa: 1) a qualquer hora, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestação de socorro; 2) fora de tais hipóteses, somente por meio de mandado judicial e durante o dia. Tourinho Filho indica outras exceções que, embora não previstas em lei, admitiriam o ingresso na casa alheia. Assim, aquele que invade o domicílio em legítima defesa de terceiro, vítima de agressão praticada pelo dono da casa; ou quem o faz em estado de necessidade, fugindo de um perseguidor (Código de Processo Penal comentado, São Paulo: Saraiva, 2005, 9ª. Ed., p. 355). Diante do exposto acima, é imperioso que o Judiciário se questione em que medida o ingresso domiciliar para apreender drogas, em determinadas circunstâncias, representa intervenção legítima, abarcada pela excepcionalidade constitucional[2], ou uma violação do mesmo direito fundamental. 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. Se o ingresso no domicílio do acusado ultrapassa o filtro constitucional da excepcionalidade da busca domiciliar, a diligência resultante na constituição da materialidade delitiva resta comprometida. Feitas considerações, passa-se à análise do caso em apreço. De acordo com a Denúncia, documento de ID 28813035, em apertada síntese, que na data de 15/08/2017, por volta das 12:00hs, Policiais Militares, atendendo o chamado da CICOM, a partir de denúncias anônimas acerca ocorrência de tráfico de drogas nas escadarias do Bairro Fonseca, Itabuna/BA, realizaram uma ronda pela localidade, quando avistaram um indivíduo em " atitude suspeita ", o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, apressadamente entrou para o interior de uma residência. Os policiais adentraram na casa e, realizadas buscas no imóvel, encontraram entorpecentes (maconha e cocaína), supostamente destinados ao tráfico. Os Policiais Militares Alexandre Magno Alves de Araújo, Anselmo Igor de Araújo Sales e Paulo Ricardo Alves de Oliveira, que realizaram a diligência do caso em apreço, ouvidos em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não lembraram de quaisquer detalhes da operação, tampouco da fisionomia do apelado. Vejamos trechos dos depoimentos dos agentes estatais, como bem pontuado pela Ilustre Procuradoria de Justiça: “(...) sinceramente, não tô lembrando dele, já tem um tempinho (...); que não está se recorda no momento não, que são muitas situações (...); que não tem como precisar; que não consegue lembrar nem precisar nada sobre o que aconteceu nem o que achou” (PJE MÍDIAS – SD/PM Alexandre Magno Alves de Araújo). “(...) que no momento não está se lembrando (...) que não se lembra exatamente (...) que não se lembra de detalhes, pois já tem bastante tempo da ocorrência, mas detalhes, infelizmente, no momento, não se lembra (...) que sinceramente

não se recorda; que não lembra se foi apreendido dinheiro; que se recorda vagamente do réu; que não se lembra” (PJE MÍDIAS – SD/PM Anselmo Igor de Araújo Sales). “Que não se recorda da diligência nem do réu (...) que não se recorda do réu; que não se recorda de droga apreendida em tampa de caixa d’água; que, para ser sincero, não se lembra [...] (PJE MÍDIAS – SD/PM Paulo Ricardo Alves de Olveira). No caso em testilha, infere-se inexistência de informações concretas e robustas nos depoimentos dos policiais que foram ouvidos em juízo, acerca das supostas fundadas razões que os motivaram a adentrar à residência do acusado. Neste ponto, faz-se imperioso considerar algumas ponderações acerca do valor probatório da palavra dos policiais. Os policiais, por serem agentes públicos, detêm presunção relativa de veracidade de seus atos, possuindo, na esteira da jurisprudência do STJ, relevância probatória no processo penal, desde que sua palavra seja colhida sob o crivo do contraditório e ampla defesa e congruente com os demais elementos de provas constantes nos autos. Urge ressaltar, as palavras do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 138.565 os policiais costumam dizer que foram “convidados” a entrar na casa e “evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja vasculhada”[3]. O que comumente ocorre é que para contestar alegações de ingresso ilegal em domicílios, é comum que policiais se justifiquem dizendo terem sido autorizados por moradores, o que nem sempre é suficiente para, em juízo, demonstrar a legalidade da diligência. O consentimento do morador, para validar o ingresso de policiais 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. 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. Nesta linha de pensamento, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem apurado os critérios de validade do ingresso policial em moradia alheia, exigindo que a expressão “fundadas razões” esteja amparada em justificativas de elementos seguros de justa causa. Senão vejamos: HABEAS CORPUS Nº 655637 – SP

(2021/0092836-2) .O paciente pede a reconsideração do decisum de fls. 181-182, por meio do qual indeferi liminarmente o habeas corpus, diante da sua deficiente instrução. Às fls. 191-194, a defesa juntou cópia da peça faltante, motivo pelo qual reconsidero a decisão e passo à análise da liminar. Busca-se, por meio deste writ, seja relaxada a prisão do paciente e determinado o trancamento do processo, sob o argumento de que seriam ilícitas as provas que embasaram o oferecimento de denúncia, porquanto obtidas por meio de invasão de domicílio. Decido. Em análise perfunctória – inerente a esta fase processual –, observo que o Tribunal de origem, ao denegar e ordem e manter a legitimidade do ingresso dos policiais na residência do paciente, salientou que “os policiais civis abordaram o paciente no interior de seu apartamento, na posse de uma porção de crack, além de anotações referentes ao tráfico, após receberem denúncia anônima de que ele realizava esse tipo de crime com o seu vizinho – o corréu Aristóteles – com quem, aliás, também foi encontrada expressiva quantidade de entorpecentes, além de balança de precisão e uma máquina de choque”(fls. 33-34, grifei). O Juízo de primeiro grau informou que “as razões para a diligência policial foram fundadas em prévia denúncia popular de traficância no local, onde, inclusive, houve apreensão de

entorpecentes, não verificando o alegado abuso de autoridade, nem tão pouco elementos de prova a indicar prévia inimizade entre o réu e autoridades policiais, tratando-se o delito de tráfico de drogas, crime permanente "(fl. 154). Em recente julgado, a Sexta Turma desta Corte Superior reconheceu a ilicitude das provas obtidas a partir do ingresso no domicílio do acusado, por não ter havido comprovação do consentimento válido do investigado para que a autoridade policial adentrasse em sua morada (HC 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 15/3/2021). Na oportunidade, foram assentados os seguintes parâmetros para análise da diligência domiciliar (destaques no original): 1. 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. 2. 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. 3. 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. 4. 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. 5. 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. Pela leitura dos excertos transcritos, observo, a um primeiro olhar, a plausibilidade jurídica da tese suscitada. Com efeito, a moldura fática delineada no excerto transcrito evidencia que: a) a diligência policial foi originada por notícia anônima da prática de tráfico de drogas na localidade; b) não havia indicação de que o ora postulante figurasse como possível autor do ilícito; c) não foi mencionada a realização de diligências anteriores à abordagem do acusado, em sua residência, para apurar a ocorrência de crime naquele local; d) não há comprovação, nos moldes delimitados no precedente anteriormente citado, do consentimento do morador para ingresso em seu domicílio. À vista do exposto, defiro a liminar para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final desta impetração. Comunique-se, com urgência, o inteiro teor deste decisum às instâncias ordinárias. Solicite-se ao Juízo de primeiro grau que preste informações sobre o andamento atualizado da ação penal objeto desta impetração, preferencialmente, pela Central do Processo Eletrônico (CPE) do STJ. A seguir, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação. Publique-se e intimem-se. Brasília (DF), 20 de abril de 2021. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator (STJ – HC: 655637 SP 2021/0092836-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 23/04/2021) HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INVASÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, NO PERÍODO NOTURNO. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA ANÔNIMA. INDIVÍDUO QUE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL, SE DIRIGE AO QUINTAL DE SUA CASA, ONDE É ABORDADO POR POLICIAL QUE REALIZA BUSCA PESSOAL E, EM SEGUIDA, BUSCA DOMICILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONCEDIDA À RESIDÊNCIA/DOMICÍLIO QUE ABRANGE O JARDIM E O QUINTAL DA CASA, DESDE QUE CERCADO POR NÍTIDO OBSTÁCULO QUE IMPEÇA A PASSAGEM DE TRANSEUNTES. 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. A Corte Suprema assentou, também, que "o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/G0, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007). 4. Se o agente público não pode, sem o prévio consentimento do proprietário, ingressar durante o dia sem mandado judicial em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, com muito mais razão esse raciocínio permite concluir que o espaço que circunda a residência de um cidadão, é delimitado por muros e contém portão também constitui uma extensão de sua casa e está abrangido na proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI). 5. O mero avistamento de um indivíduo de pé no portão de sua casa que, ao divisar uma viatura policial, se dirige para o quintal ou para o interior de sua residência, sem qualquer denúncia/informação ou investigação prévia, não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que o cidadão trazia drogas consigo ou as armazenava em sua residência, e tampouco de que naquele momento e local estava sendo

cometido algum tipo de delito, permanente ou não. 6. Situação em que, durante ronda noturna de rotina e sem nenhuma denúncia prévia, após verificar que o paciente, que se encontrava de pé no portão de sua residência, empreendeu fuga para dentro do imóvel ao avistar a viatura policial, policial militar transpôs o portão e seguiu o indivíduo até o quintal, quando, então, teria visto o paciente jogando, na direção de sua casa, um pote plástico branco. Realizada busca pessoal no suspeito ainda no quintal da casa, foram encontrados dois pinos de cocaína em sua bermuda e, já dentro da residência, no interior do pote plástico, outros 32 (trinta e dois) pinos de cocaína. Muito embora, com efeito, a dispensa repentina e rápida do pote pudesse levantar suspeitas que autorizassem a busca pessoal, o fato é que a visão do ato suspeito somente foi possível porque o policial militar já havia adentrado o portão da casa do paciente e chegado até o quintal, em nítida violação à proteção constitucional garantida ao domicílio. 7. Reconhecida a ilegalidade da entrada da autoridade policial no domicílio do paciente sem prévia autorização judicial, a prova colhida na ocasião deve ser considerada ilícita. 8. Se a denúncia indica como provas da materialidade do crime unicamente aquelas derivadas de busca e apreensão reputada ilícita, deve ser trancada a ação penal. 9. Habeas corpus de que não se conhece. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida, reconhecer a nulidade das provas de tráfico de entorpecentes derivadas do flagrante na ação penal e, tendo em conta que ditas provas ilícitas constituem a única evidência da materialidade do crime imputado ao paciente, determinar o trancamento da ação penal. (HC 609.072/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020) Deste modo, entende-se no presente caso que não houve a comprovação nos autos de acesso franqueado pelo acusado à polícia em sua casa, sendo irrelevante os depoimentos dos policiais militares que realizaram a diligência, tudo a indicar que houve violação ao domicílio do réu. Nesse passo, agiu bem o Magistrado primevo ao reconhecer a ilicitude da prova, pois incide, na espécie, a teoria dos frutos da árvore envenenada, tornando nulas todas as provas obtidas a partir da diligência policial que culminou com a prisão do acusado. A teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree) é oriunda da doutrina norte-americana, segundo a qual a prova ilícita contaminam as provas lícitas posteriores e dela derivadas. Guilherme Madeira Dezem aponta que a Teoria da Árvore Envenenada corresponde ao dizer que: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”, informando ainda que esta teoria surgiu no caso *Silverthorne Lumber & Co versus United States*, de 1920 (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal*. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008. P. 134). A Corte Suprema, assim como a Corte de Cidadania, referendam a teoria para afastar ilegalidades cometidas pelos prepostos estatais na persecução penal: Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos...” (STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2007, Segunda Turma, data de publicação: DJe- 018 DIVULG 17-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL -02276-02 PP003221 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n 136, 2007, p 145-147) HABEAS

CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A PERÍCIA NO CELULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EXCLUSIVAMENTE EM PROVA CONTAMINADA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 1. É considerado ilícito o acesso a dados mantidos em aparelho celular diretamente por autoridades policiais, sem prévia autorização judicial. Precedentes. 2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da vistoria considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal instaurada. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal em apreço, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas admitidas pelo ordenamento jurídico. (HC 392.466/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 12/03/2018) Causa espécie reconhecer uma situação que, seja por incompetência ou arbitrariedade dos órgãos da persecução penal, conduz ao estancamento da apuração de possíveis crimes que causam diversos transtornos à ordem pública. Isto porque a partir de um ato inicial impensado, que se mostrou ilícito, contamina-se todo o procedimento processual penal. Sendo assim, agiu corretamente o nobre Sentenciante ao declarar a nulidade das provas, a partir de busca e apreensão sem autorização judicial, que infringiu a cláusula constitucional de inviolabilidade de domicílio do cidadão. Logo, deve ser mantida a sentença que absolveu o Apelado, de modo que voto pelo improvimento do Apelo Ministerial. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto por meio do qual CONHECE E NEGA PROVIMENTO ao presente Apelo. Salvador/BA, de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora [1] RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes DJe 8/10/2010 [2] Artigo 5º, XI, CF: “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” [3]https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20138565%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true e <http://www.justificando.com/2017/04/24/o-stfeviolacao-domicilio-enfim-uma-decisao-conforme-constituicao-federal/>