

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003614-81.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUCAS DO NASCIMENTO SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E LEI 11.343/2006. APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR TER HAVIDO VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ACOLHIMENTO. APELANTE ABORDADO EM RONDA DE ROTINA, EM VIA PÚBLICA, SEM SUSPEITA CONCRETA DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE BENS ILÍCITOS EM BUSCA PESSOAL. POSTERIOR INGRESSO NA RESIDÊNCIA DO APELANTE, ONDE FORAM ENCONTRADAS DROGAS. CONSENTIMENTO PARA INGRESSO EM DOMICÍLIO NÃO COMPROVADO. INVEROSSIMILHANÇA DE POSSÍVEL VOLUNTARIEDADE DO APELANTE EM PERMITIR A ENTRADA DOS POLICIAIS EM SUA CASA. FORÇA DO APARATO ESTATAL EM SITUAÇÕES COMO A PRESENTE QUE NÃO TORNA CRÍVEL A EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO. PRECEDENTES DO STJ. PATENTE HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO DO APELANTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ART. 157, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ANULAÇÃO DE TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, NA FORMA DO ART. 386, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREQUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 8003614-81.2021.8.05.0079, oriundos da 1ª Vara Crime da Comarca de Eunápolis, tendo como apelante LUCAS DO NASCIMENTO SANTOS e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E JULGAR PROVIDA A APELAÇÃO, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 2 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003614-81.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUCAS DO NASCIMENTO SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Trata-se de apelação interposta por Lucas do Nascimento Santos (ID 35199833) contra sentença condenatória proferida pelo Magistrado da 1ª Vara Crime da Comarca de Eunápolis (ID 35199829). Segundo a denúncia (ID 35199763): "(...) no dia 22 de outubro de 2021, por volta das 17h00min, o denunciado foi flagrado, por prepostos da Polícia Militar, mantendo em depósito, em sua residência, 70 (setenta) pinos de "COCAÍNA", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, junto uma balança de precisão e duas cadernetas com anotações sobre o tráfico de drogas. II- Segundo apurado, a Polícia Militar realizava ronda de rotina na Rua Cristóvão Colombo, bairro Pequi, nesta urbe, quando o denunciado abandonou a motocicleta e entrou numa distribuidora de bebidas assim que avistou a viatura. A guarnição foi avisada por populares daquela atitude suspeita e, por essa razão, incursionou no estabelecimento comercial, onde conseguiu captura o denunciado. Nada de ilícito foi encontrado com ele, porém em meio a uma conversa com os policiais, LUCAS revelou já haver sido preso anteriormente

por tráfico de drogas e por roubo, bem como manter armas e drogas em sua residência. Com autorização do denunciado e de sua namorada, os militares entraram na casa do denunciado, localizada no Caminho 01, nº 36, bairro Alegria, nesta urbe, e, durante a busca domiciliar, localizaram 70 (setenta) pinos de "COCAÍNA", numa caixa, no rack, na sala de estar, dois cadernos com a escrituração contábil do tráfico de drogas, embaixo do sofá, e mais uma balança de precisão, no quintal do imóvel. III – As circunstâncias e o local do crime, as condições pessoais do agente, sua atitude diante da presença da guarnição, a quantidade e a natureza dos entorpecentes, a forma como estavam acondicionados e escamoteados, associados aos petrechos apreendidos no contexto do flagrante revelam situação típica de narcotraficância. Outrossim, como ele próprio expos em seu interrogatório, o denunciado é dedicado a atividades criminosas." Por tais fatos, Lucas do Nascimento Santos foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Após regular instrução, a autoridade judiciária de primeiro grau julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando Lucas do Nascimento Santos pela prática do crime definido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento de uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime. Foi negado o direito de recorrer em liberdade (ID 35199829). Irresignado com a condenação, Lucas do Nascimento Santos interpôs apelação, por meio da qual pretende: 1) a sua absolvição nos termos do art. 386, VII do CPP, por fragilidade de provas quanto a autoria, sobretudo em razão de nada de ilegal ter sido encontrado na posse do recorrente, o que aponta a ilicitude da busca domiciliar; 2) subsidiariamente, a desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006, diante da pequena quantidade de drogas e ausência de provas de que o entorpecente era destinado à traficância; 3) o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006 na sua fração máxima, pois ações penais em trâmite não servem para afastar a incidência da minorante, tampouco os petrechos supostamente encontrados em poder do apelante; 4) mantida a pena, requer a mudança do regime inicial para o semiaberto, por ausência de fundamentação válida para a imposição do regime mais gravoso; 5) prequestiona o art. 5º, LVII da Constituição Federal, os artigos 28 e 33, caput e § 4º, ambos da Lei 11.343/2006, o art. 33, § 2º, do Código Penal e o art. 386, VII, do Código de Processo Penal (ID 35199833 e ID 35199838). Em contrarrazões, o Ministério Público refuta as teses da defesa e pugna pelo conhecimento e improvimento da apelação, prequestionando o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, art. 28, art. 33, caput e § 4º e art. 42, todos da Lei Federal nº 11.343/2006, art. 32, § 2º e art. 59, ambos do Código Penal Brasileiro (ID 35199842). Encaminhado o recurso a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e improvimento da apelação (ID 35609852 destes autos). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas Relator 05 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003614-81.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUCAS DO NASCIMENTO SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO"Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal,

conhece-se da apelação. Pleito de absolvição ou de desclassificação para o crime descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006. Inicialmente, o apelante requer a sua absolvição nos termos do art. 386, VII do CPP, por fragilidade de provas quanto a autoria, sobretudo em razão de nada de ilegal ter sido encontrado na posse do recorrente. Alega que a versão dos policiais, de que o recorrente disse que tinha drogas em sua casa, é inverossímil. Inicialmente, cumpre registrar que a materialidade do fato denunciado está comprovada por meio do auto de exibição e apreensão, do laudo de constatação provisório e do laudo de exame pericial das drogas, que atestam a apreensão, no que interessa ao feito, de 70 pinos de cocaína, totalizando aproximadamente 51g, uma balança de precisão e dois cadernos de anotações (ID 35199761, páginas 06 e 10 e ID 35199822). Sobre os fatos e a sua autoria, em juízo, foram ouvidos dois policiais militares responsáveis pelas diligências que culminaram com a prisão do recorrente. Os dois confirmaram os fatos na forma em que se encontram narrados na denúncia, nos seguintes termos: Policial Matheus Santos Ferreira: Nesse dia a gente estava fazendo uma ronda normal pelo bairro Pequi; ao passar pela rua informada, o indivíduo ele vinha em direção contrária a nossa e, ao se aproximar da viatura, ele deixou a moto morrer e ele correu para dentro do estabelecimento; quando a gente percebeu que ele tinha abandonado a moto e corrido para o estabelecimento, logo eu o desembarquei da viatura e corri atrás dele e aí eu avistei dentro do estabelecimento; o cabo que estava comigo adentrou a Distribuidora e conseguiu segurar o rapaz e aí, quando segurou, trouxe para o lado de fora e pediu para eu ficar custodiando ele até fazer a vistoria dentro do próprio estabelecimento para ver se encontrava alguma coisa; e aí a gente não chegou a encontrar nada dentro do estabelecimento; e conversando com ele, ele informou que não tinha nada com ele, mas que na casa dele tinha; disse que tinha arma e ele já era um cara até conhecido; aí a gente foi até a residência dele, eu até entrei na sala, enquanto o cabo subiu por uma escada e foi procurar na parte de cima; aí dentro da casa eu encontrei uma caixa e dentro desta caixa eu encontrei a quantidade de drogas, foi quando eu afirmei para o cabo que a tinha achado a droga; a gente procurou arma, porque ele tinha dito que tinha arma e tudo mais, mas na verdade ele mesmo informou que tinha mentido (...) a gente também encontrou uma balança de precisão e dois cadernos com anotações; a gente conhecia ele de outras abordagens e informações dele traficando (...); tivemos informação de o acusado era envolvido com a facção PCE e foi até por isso que a gente foi pra residência dele; ele trabalharia para a facção; nesse dia da prisão, a gente não tinha informação sobre atividade suspeita do acusado; a suspeita foi ele estar sem capacete na moto e ter largado a moto e entrado em um estabelecimento (...); ele tentou resistir quando fomos pra casa dele e aí tivemos que colocar algemas e colocar ele no fundo da viatura (...); a gente tinha informações há anos de que o acusado tinha envolvimento com o tráfico de drogas (...); eu já tinha abordado o apelante anteriormente e só no Pequi que a gente encontrou uma quantidade de droga irrisória (...). (PJE Mídias) – grifos deste Relator. O outro policial ouvido confirmou que estava em rondas de rotina quando viu o apelante abandonando a motocicleta em que estava e adentrando em uma distribuidora. Ele narrou o seguinte: Policial Antônio José Souza Filho: ele deixou a moto e correu pra distribuidora; abordamos; não tinha nada em busca pessoal com ele; nada foi achado na distribuidora, mas era um lugar escuro não sabíamos se ele tinha escondido algo; aí eu comecei a conversar com ele e ele disse que tinha um ferro em casa e droga; fomos até o local e encontramos o

entorpecente; a balança de precisão estava no fundo; tinha caderno de anotação também; já conhecia o réu de envolvimento dele com o tráfico; ele nega fazer parte de organização criminosa, mas segundo informado pra gente ele faz parte do PCE; da distribuidora pra residência dele era distante; o acusado não foi logo algemado; a conversa informal com o réu foi na viatura; eu disse que já conhecia ele e ele disse que tinha ferro e droga na casa dele; eu perguntei a ele onde estavam os objetos ilícitos; não me recordo se disse a ele que ele tinha o direito de ficar em silêncio; eu não conhecia o endereço onde o acusado residia; eu sabia onde ele praticava atividade ilícita; já tinha abordado ele antes e ele foi encontrado com substância e disse que era usuário; já apresentei ele na delegacia quando ele era menor de idade (...) a namorada dele estava na residência e tanto ela quanto o acusado autorizaram a entrada na residência. (PJE Mídias) – grifos deste Relator. O apelante, em juízo, exerceu o seu direito de permanecer em silêncio (PJE Mídias). Na fase policial, sobre a apreensão do material ilícito, também exerceu o seu direito ao silêncio (ID 35199761). Expostas as provas acima, pode-se concluir que o apelante foi abordado por estar em uma moto sem capacete e por, diante da aproximação da viatura, ter abandonado a sua motocicleta e adentrado um estabelecimento comercial. Os policiais, então, diligenciaram, abordaram o recorrente e, em busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado. No estabelecimento onde ele entrou, os policiais também disseram que nada de ilícito foi apreendido. Entretanto, o apelante, já com os policiais, disse que tinha arma e drogas em casa e teria chamado os policiais a ir a sua residência. A entrada no imóvel teria sido autorizada pelo recorrente e pela namorada deste que estava no local. Pelos fatos acima delineados, de logo, pode-se dizer que a ação dos policiais foi ilegal, pois houve violação de domicílio, o que implica a absolvição do apelante nos termos do art. 386, II do CPP. Conforme já dito, a abordagem do apelante pelos policiais não decorreu de nenhuma conduta que pudesse ser associada ao tráfico de drogas. Não havia qualquer notícia concreta da prática do referido crime pelo apelante naquela ocasião, embora haja relatos de que ele já era conhecido da polícia. Abordado, o apelante não trazia nada de ilícito consigo e, ainda assim, os policiais continuaram as diligências e foram para a casa do recorrente, onde foram encontradas drogas, balança de precisão e caderno de anotações, pois ele mesmo teria dito, já na viatura, que guardava arma de fogo e entorpecentes em sua casa. Ora, não é crível que o apelante, abordado em via pública, sem nada de ilícito em sua posse, tenha levado os agentes de segurança à sua casa, sabendo haver drogas em seu interior, sobretudo diante da força do aparato policial e da intimidação que tais diligências exercem sobre os indivíduos abordados, mormente quando se trata de grupos de pessoas vulneráveis às ações estatais abusivas. Evidentemente, sabe-se que o delito de tráfico de drogas é permanente e, assim sendo, se houvesse uma situação de flagrância, legitimar-se-ia a atuação dos agentes estatais, pois a inviolabilidade de domicílio admite flexibilizações, conforme literalidade do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal. Sobre o tema, em julgamento de Recurso Extraordinário Representativo de Controvérsia, o Supremo Tribunal Federal admitiu o ingresso forçado em residência em caso de flagrante, ressaltando que a flagrância do delito de tráfico de drogas se protraí no tempo. Contudo, também foi fixado, no julgamento, que o flagrante que legitima a entrada de domicílio não pode ser posterior à entrada e deve preceder de justa causa para a adoção da medida. Assim foi ementado o Acórdão em comento: “Recurso extraordinário representativo da

controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação 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, 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.” (RE 603616, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) – grifos deste Relator Acerca da possibilidade de haver violação de domicílio em caso de flagrante delito de crime permanente, ensina Aury Lopes Júnior: “O problema é: como a autoridade policial pode saber, antes de ingressar na residência, que lá havia, por exemplo, armas ilegais ou depósito de substâncias entorpecentes? Partindo disso, alguns setores da doutrina e da jurisprudência passaram a exigir que a polícia comprove de que forma soube, previamente, da ocorrência do crime permanente e, principalmente, que a situação de flagrância corresponda – efetivamente – à visibilidade do delito. Deve-se considerar que o flagrante corresponde à atualidade do crime, sua realização efetiva e visível naquele momento. Portanto, como ensina Carnelutti, a noção de flagrância está diretamente relacionada à 'chama que denota com certeza a combustão, quando se vê a chama, é indubitável que alguma coisa arde', é a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta, é a visibilidade do delito. Assim, somente quando presente essa 'prévia visibilidade' é que está autorizada a busca domiciliar sem mandado judicial e legitimada pelo flagrante delito previsto no art. 5º, XI da CF. Nos demais casos, em que

não existe essa prévia visibilidade e apenas após o ingresso na residência é que a autoridade policial consegue buscar e encontrar a substância ou armas, é necessário o mandado judicial de busca e apreensão.” (Direito Processual Penal, – 18.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.p. 574/575) No presente caso, conforme já dito, não houve situação de flagrância que justificasse a ida dos policiais à residência do apelante, pois as diligências decorreram de rondas de rotina e nada de ilícito foi encontrado na posse do apelante ou dentro do estabelecimento onde ele teria se homiziado quando percebeu a presença da viatura policial. Logo, não se pode falar em existência de fundadas razões ou em prévia visibilidade que justificassem a entrada no domicílio em razão de flagrante. Ainda sobre a temática, é importante considerar que a questão da inviolabilidade de domicílio e o ingresso de policiais em residências em situação de tráfico de drogas vêm sendo amplamente debatida, não apenas no meio social, mas no meio jurídico, sobretudo diante de inúmeras ações policiais que vem sendo questionadas pelos acusados e por suas defesas técnicas. Com efeito, a abordagem dos Tribunais acerca do tema tem evoluído, para inadmitir determinadas práticas dos órgãos da persecução penal quando se incorre em violações de direitos fundamentais. Nesse contexto, já há vários julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça invalidando ingressos em residências que teriam sido justificados em atitudes suspeitas do acusado. Nesse sentido: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância protraí-se no tempo, o que 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, encontra-se em situação de flagrante delito. 2. A informação por usuários de que o paciente seria traficante e sua fuga para dentro do imóvel, ao avistar patrulhamento, dispensando uma pedra de crack, não autorizam presumir armazenamento de drogas na residência nem o ingresso nela sem mandado pelos policiais. 3. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da droga, pela violação de domicílio, e, consequentemente, absolver o paciente MIKE FELIPE GOULART.” (HC 609.955/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021) – grifos deste Relator. “HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente. 2. Denúncias de origem não identificada, que por si não servem de qualquer modo como prova, e o seqüente ingresso imediato no domicílio, sem quaisquer diligências investigatórias adicionais prévias, não cumprem ao requisito de fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio. 3. In casu, os policiais entraram na casa, onde estavam quatro pessoas e uma delas (o acusado), ao ver a guarnição, foi para o quarto e jogou o revólver pela janela, ou seja, o paciente teria dispensado a arma de fogo pela janela após avistar os policiais dentro de sua residência. 4. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da arma de fogo, pela violação de domicílio, e, consequentemente, absolver o paciente DIEGO DIRCEU ROSA DOS SANTOS.” (HC

609.982/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)– grifos deste Relator. “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente. 2. A abordagem dos agentes no quintal de uma residência, em local conhecido como ponto de tráfico, sendo que um deles empreendeu fuga para dentro do imóvel e o outro permaneceu parado, sendo encontrado com ele uma certa quantidade de entorpecentes, não autoriza o ingresso na residência, por não demonstrar os fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio. 3. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da droga, pela violação de domicílio, e, conseqüentemente, absolver os pacientes JAIR DUTRA JUNIOR e DAVID WELLINGTON MARTINS.” (HC 586.474/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 27/08/2020) – grifos deste Relator Em julgado mais recente, importante para este caso em análise, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ampliou a discussão e adentrou nas hipóteses em que os policiais afirmam que houve consentimento do morador para adentrar o imóvel (Habeas Corpus nº. 598.051 – SP (2020/0176244–9) Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 02/03/2021). A referida Corte Superior de Justiça concluiu que os policiais, caso precisem adentrar uma residência e não tenham mandado, devem registrar a autorização do morador em vídeo e em áudio e, sempre que possível, por escrito, para que haja a comprovação do consentimento. O acórdão, que fez uma análise profunda e importante acerca do direito à inviolabilidade de domicílio, foi assim ementado: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal 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”. 1.1 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. 1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: “O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!” (“The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the

rain may enter, but the King of England cannot enter! "William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1). 2. 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. 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade. 3. 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, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado. 4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude "suspeita", ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. 5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou



de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 5.1. Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. 5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos – diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas – pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local. 5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo. (...) 7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça. 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. (...) 8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança. 9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto

a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoal realizada em via pública. 10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor. 11. Assim, 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 apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas. 12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital. 13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.” – grifos deste Relator. Consta do inteiro teor do julgamento em comentário que: “Nesse quadro, soa inverossímil a versão policial, ao narrar que o paciente teria mostrado onde residia – mesmo nada sendo encontrado em seu poder – e que teria franqueado a entrada em seu domicílio. Ora, um mínimo de vivência e bom senso sugerem a falta de credibilidade de tal versão. Será mesmo que uma pessoa sobre quem recai a suspeita de traficar drogas irá franquear a entrada na residência, onde está a droga escondida? A troca de que faria isso? Se de um lado se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal. Saliento que, em juízo, o paciente negou a ocorrência dos fatos da maneira descrita pelos policiais, ao relatar que, "estava em sua casa domingo, "Era usuário de maconha" e que "Os policiais invadiram sua casa e encontraram a pochete de maconha" (fl. 21)." Pela leitura do inteiro teor do julgado em análise, percebe-se que o caso concreto submetido à apreciação do STJ envolvia a entrada no domicílio de uma pessoa que, abordada anteriormente e sujeita à busca pessoal, nada foi encontrado em seu poder. Mesmo assim, a pessoa teria franqueado a entrada dos policiais em sua residência, no interior da qual foram encontradas drogas. A

condenação em primeira instância, mantida pela segunda instância, afastou a arguição de nulidade por violação de domicílio, em razão de os policiais, em juízo, terem dito que a entrada no imóvel foi autorizada pelo réu. Ora, o caso ora em apreciação é idêntico ao julgado pelo STJ, pois não foram encontradas drogas na posse do apelante em via pública, mas dentro da sua casa, cuja inviolabilidade é garantida pela Constituição Federal. Portanto, parafraseando o Ministro que lavrou o Acórdão em análise e cuja ementa foi acima transcrita, parece ser "ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade" admitir uma possível versão de que houve consentimento do apelante, de que ele ou a sua namorada teria autorizado a entrada dos agentes, espontânea e voluntariamente, em sua residência. Imprescindível deixar registrado ser inolvidável que a atuação dos policiais é de suma relevância para a sociedade, sobretudo na atuação repressiva de crimes como o tráfico de entorpecentes, que, além de ser um tipo penal por si só, provoca outros tantos males na coletividade, seja pela dependência química causada, seja pela violência indireta dele decorrente, que se revela por inúmeros outros delitos, como roubos e homicídios. Com efeito, o ritmo de crescimento da criminalidade tem exigido maiores esforços estatais, seja para que o crime não aconteça, seja para que, ocorrendo, haja a punição devida. Nesse sentido, é logicamente aceitável e esperado que os órgãos imbuídos da persecução penal atuem com ênfase na investigação e na punição de crimes, mas essa atividade deve ser exercida em estrita observância às normas legais, sobretudo quando há em questão um direito fundamental, como é a proteção da inviolabilidade de domicílio. Não se trata de desmerecer o testemunho dos agentes estatais, mesmo porque é cediço que os seus depoimentos, na seara penal, assumem relevante papel. Todavia, o fato é que as narrativas dos policiais não conseguiram justificar a situação de flagrância e nem são críveis para justificar um possível consentimento do apelante para o ingresso na residência. O fato é que admitir a existência de um consentimento válido, nas circunstâncias já delineadas, não é possível, diante da força e consequente constrangimento que o aparato policial exerce sobre as pessoas abordadas em diligências policiais. Nessa linha de idéias, importante transcrever os ensinamentos de Aury Lopes Júnior sobre a relação entre consentimento para entrada em domicílio e atuação policial: "consentimento viciado: quando alguém está cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, 'consentindo' que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente. Deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional. Analisando um caso desses, o Tribunal Supremo da Espanha (STS, 13 de junho de 1992) entendeu na mesma linha, ou seja, de que o detido não está em condições de expressar livremente a sua vontade e existe uma 'intimidação ambiental' que macula o ato." (Direito Processual Penal, – 18.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.p. 573) Diante das razões aludidas, o voto é pela provimento da apelação, para reconhecer que a atuação dos policiais, na busca e apreensão realizada na residência do apelante, foi ilegal, por ter havido violação de domicílio. Dessa forma, sendo inválida a apreensão das drogas, inválida é toda a ação penal que dela decorreu, por força da incidência da Teoria dos Frutos da Árvore

Envenenada, ou mais claramente, da ilicitude de provas por derivação, conforme previsão do art. 157, § 1º do Código de Processo, in verbis: “Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” Por fim, sobre o prequestionamento de dispositivos legais feito pelo Ministério Público, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. 309 G DE CRACK ACONDICIONADOS EM 36 INVÓLUCROS. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PLEITEADO. IMPROCEDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. QUANTUM DE MAJORAÇÃO PELA NEGATIVAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A jurisprudência desta Corte admite o prequestionamento implícito, em que não há menção expressa aos dispositivos, mas se debate o conteúdo da norma tida como vulnerada, sendo esse o caso dos autos. (...) 4. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1747006/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/09/2018)– grifos deste Relator. Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recursos às instâncias superiores. O voto, portanto, é pelo conhecimento e provimento da apelação interposta por Lucas do Nascimento Santos, para que seja reconhecida a ilicitude das provas contidas nos autos, absolvendo o apelante, na forma do art. 386, inciso II do Código de Processo Penal. Assim, deve ser expedido o respectivo alvará de soltura em favor do paciente (RIJ 214097855–98) por meio da plataforma do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP2), de acordo com as disposições contidas no Ato Conjunto nº 01 de 16/05/2022 (DJe de 31/05/2022, pág. 708) “Ex positis, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se CONHECE E SE JULGA PROVIDA A APELAÇÃO, para absolver o apelante, na forma do art. 386, inciso II do Código de Processo Penal. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05