

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO Nº 0540654-90.2019.8.05.0001 COMARCA DE ORIGEM: SALVADOR PROCESSO DE 1º GRAU: 0540654-90.2019.8.05.0001 APELANTE: EDUARDO RIBEIRO SANTOS ADVOGADOS: CLEBER NUNES ANDRADE E CARLOS HENRIQUE DE ANDRADE SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. VIA PÚBLICA. BUSCA PESSOAL. ATITUDE SUSPEITA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE CONFIGURADA. NULIDADE. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DERIVADAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO CONHECIDO. PRELIMINAR ACOLHIDA. A mera percepção subjetiva do agente público, isolada de algum dado concreto que justifique a violação aos preceitos constitucionais da privacidade e intimidade, resguardados no art. 5º, X, da Constituição Federal, não autoriza a revista pessoal, porquanto não preenchido o standard probatório de “fundada suspeita”, exigido pelo art. 244, do CPP. Patente a ofensa indevida a direitos fundamentais do agente, faz-se necessário o reconhecimento da nulidade do ato e, por conseguinte, dos elementos probatórios derivados, devendo o réu ser absolvido por ausência de prova da existência do fato. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0540654-90.2019.8.05.0001, da comarca de Salvador, em que figura como apelante Eduardo Ribeiro dos santos e apelado o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e acolher a preliminar, na esteira das razões explanadas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0540654-90.2019.8.05.0001. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 15 de Setembro de 2022. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório da sentença de id. 28518012, prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da comarca de Salvador. Encerrada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu Eduardo Ribeiro Santos pela prática do delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, com pena de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. A Defesa interpôs recurso de apelação, com suas respectivas razões, no id. 28518029, pelas quais requer, preliminarmente, o reconhecimento da quebra da cadeia de custódia, pois “não existia justa causa para revista pessoal” e, no mérito, a absolvição do Réu. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo julgamento procedente da pretensão punitiva contida nos autos (id. 28517973). A Procuradoria de Justiça, no id. 29412257, opinou pelo “conhecimento e pelo não provimento do apelo”. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0540654-90.2019.8.05.0001. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade. A denúncia relata que no “dia 15 de novembro de 2019, por volta das 11h50min, guarnição da Polícia Militar empreendia incursão na Rua 28 de Abril, bairro de Pernambués, quando foram visualizados vários indivíduos em atitude suspeita que, ao perceberem a

presença policial, efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição. Os policiais revidaram a injusta agressão, ao que os indivíduos fugiram do local, sem que ninguém fosse alvejado.” O Ministério Público acrescenta que “os policiais seguiram diligenciando na região com o intuito de encontrar os agressores, visualizando um sujeito e procedendo, ato contínuo, com a abordagem e busca pessoal no mesmo, logrando-se encontrar: 23 (vinte e três) pinos contendo cocaína e 02 (duas) porções de maconha”. Preliminarmente, a defesa aponta para o reconhecimento da quebra da cadeia de custódia, pois “não existia justa causa para revista pessoal” do Apelante. Cabível o pleito formulado pela defesa, visto inexistir lastro probatório apto a confirmar a justa causa para revista pessoal do Apelante e, por conseguinte, a condenação exarada em sentença. O acervo de provas, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, revela que a prisão em flagrante do Apelante se deu em via pública, pelos policiais militares, quando tentavam localizar indivíduos que haviam disparado armas de fogo em direção à guarnição. Vejamos trechos dos depoimentos das testemunhas: SD/PM Victor Araújo Nogueira: “(...) que se recorda do réu; que fazia parte da guarnição responsável pela prisão do acusado; que estava fazendo incursão na rua 28, logo no início dela, pois ela é longa; que viu diversos indivíduos, que ao avistarem os policiais, efetuaram diversos disparos e evadiu; que após isso, tentou encontrá-los e ao final de uma escadaria, encontrou o acusado, juntamente com os entorpecentes; que o réu foi levado para delegacia e depois para o centro médico; que o réu reclamou de uma dor de dente e o delegado ordenou que ele fosse encaminhado para o centro médico; que levou para atendimento em Pernambués e depois retornou para delegacia; que foi encontrado drogas com o acusado, mas a quantidade não se recorda; que as drogas eram cocaína e uma pouca quantidade de maconha; que na revista feita pelos policiais militares foi encontrado uma certa quantidade de maconha e na delegacia, uma outra quantidade foi achada; que não se recorda onde a maconha estava acondicionada, mas as outras drogas estavam no saco; que não foi encontrada arma com o réu; que não se recorda de ter visto ele na troca de tiros; que não se recorda se o denunciado estava sob efeito de drogas; que não se recorda se o réu estava com dinheiro; que não se recorda se o denunciado informou qual seria a destinação da droga; que a localidade onde o acusado foi encontrado é conhecida por ser ponto de drogas; que tem notícias que naquele local ficam indivíduos armados fazendo a segurança do tráfico de drogas; que não tinha visto ele antes, mas tem conhecimento que o acusado já havia sido preso por denúncia de tráfico de drogas; (...) que não tem conhecimento acerca do local que o acusado residia; que não sabe informar se o local onde ele foi preso era o local da residência dele; que não consegue identificar se a quantidade de drogas encontradas em posse do denunciado poderia ser vista como para uso pessoal; que o SI não passou informações acerca do réu. (...)” (audiência realizada em 18/02/2020, PJe mídias, grifei); SD/PM Antônio Carlos dos Santos Junior: “(...) que se recorda do acusado presente; que fazia parte da guarnição que efetuou a prisão dele; que a área onde o acusado foi preso é conhecida por ter intenso tráfico de drogas; que a região está sob domínio da facção criminosa denominada “babaloo”; que a guarnição foi até a localidade no dia em questão para averiguar a denúncia de tráfico de drogas e porte de arma de fogo; que ao chegar no local, os policiais foram recebidos a tiros, momento este que revidaram; que após isso, os elementos correram e a guarnição continuou dando seguimento a incursão; que ao final da ladeira, viu o acusado com um saco na mão; que ele fez a revista pessoal

do acusado; que ele estava com um saco na mão; que dentro do saco havia maconha e cocaína; que elas estavam em porções individualizadas; que não se recorda da quantidade; que não se recorda se o réu aparentava ter feito uso de drogas; que não se recorda se o denunciado falou a destinação da droga, isto é, se era para uso pessoal ou venda; que não se recorda se havia algo além das drogas em posse do denunciado; que não foi encontrado arma de fogo como acusado; que não conseguiu visualizar o réu no grupo que efetuou os disparos; que não tem dúvida que a droga pertencia ao réu; que a localidade onde ele foi encontrada é ambiente de tráfico de drogas; que nessa região é comum indivíduos fazendo a segurança do tráfico; que conhecia o acusado de outras abordagens, pois ele já havia sido preso por tráfico, na mesma região; que o acusado mora naquela região, mas o local exato não sabe informar; que ele reagiu à prisão, sendo necessário o uso da força; que na delegacia, ele alegou dores, pois havia feito uma cirurgia no dente (...) que só se recorda da mãe dele como testemunha da abordagem; que já sabia que o réu morava naquela região, pois ele já havia sido preso; que não teve perícia da viatura, nem das balas, uma vez que não é comum a realização dela nessas circunstâncias. (...)."

(audiência realizada em 18/02/2020, PJe mídias, grifei); SD/PM Uelligton Correia da Silva: "(...) que se recorda do réu presente; que fazia parte da guarnição responsável pela prisão dele; que a localidade tem um tráfico intenso, razão pela qual a guarnição faz rondas constantes por lá; que no dia foi recebido a tiros e na progressão de procurar os envolvidos na troca de tiro; que encontrou o réu; que ele estava sob atitude suspeita; que foi encontrado um material; que havia pinos e cocaína e dolões de maconha; que a quantidade exata não se recorda; que o réu não estava com o grupo que havia feito os disparos de arma de fogo; que com o denunciado não foi encontrado arma de fogo; que conhecia o réu de outras abordagens e por ele já ter sido conduzido por outra guarnição; que dentro da favela, existia conversa de que ele era envolvido com o tráfico; que ele não resistiu a prisão; que após a prisão, o acusado reclamou de dores de dente, e em virtude disso, foi levado até o atendimento médico; que depois eles retornaram para Central de Flagrantes; que não se recorda se o acusado informou qual seria a destinação da droga; que não sabe informar se o acusado aparentava ter feito uso de drogas; que acredita que o acusado é morador da região (...)" (audiência realizada em 18/02/2020, PJe mídias, grifei). Do conteúdo acima, resta claro que mesmo não reconhecendo o réu como parte do grupo armado que atirou contra os agentes policiais e, portanto, sem motivação neste sentido, realizou a revista pessoal do Apelante. Outrossim, o SD/PM Victor afirmou que "encontrou o acusado, juntamente com os entorpecentes", deixando de especificar o momento exato da visualização dos "entorpecentes" e a justificativa para a abordagem, relatando, inclusive, que "na delegacia, uma outra quantidade foi achada"; o SD/PM Antônio Carlos disse que "ao final da ladeira, viu o acusado com um saco na mão; que ele fez a revista pessoal do acusado", colocando como possível causa para a busca pessoal o fato do Apelante possuir uma sacola nas mãos, situação comum no cotidiano de qualquer pessoa, não podendo ser utilizada como efetiva justa causa para mitigação de direitos constitucionais; e o SD/PM Uelligton relatou que "que encontrou o réu; que ele estava sob atitude suspeita; que foi encontrado um material", trazendo o elemento genérico da "atitude suspeita", sem especificá-la e sem indicar o seu fundamento concreto. Destarte, é possível extrair dos testemunhos que a aproximação e abordagem se deram, mesmo que sob a pretensa "atitude suspeita", efetivamente, pelo fato de que o Apelante possuía uma sacola na

mão, elemento que, por si só, não configura a fundada suspeita apta a validar a busca pessoal. Nesse tear e sob a óptica do professor Renato Brasileiro, é preciso considerar que o termo destacado na norma elencada – fundada suspeita, não legitima a busca pessoal pela mera percepção subjetiva do agente público, mas, ao revés disso, deve estar lastreada em elementos concretos que justifiquem a violação direta aos direitos e garantias constitucionais individuais do cidadão, inerentes do Estado Democrático de Direito, sem os quais, torna ilegítima a investida policial. In verbis: "A expressão fundada suspeita é encontrada no Código de Processo Penal nos arts. 240, § 2º, e art. 244. Interpretando os referidos dispositivos, depreende-se que não basta uma simples convicção subjetiva para que se proceda à busca pessoal em alguém. Portanto, é necessário dado objetivo que possa ampará-la. Nesse prisma, concluiu o Supremo Tribunal Federal que a 'fundada suspeita', prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Assim, a ausência de elementos dessa natureza, como no caso, alegação de que trajava, o paciente, um 'blusão' suscetível de esconder uma arma, referenda conduta arbitrária ofensiva a direitos e garantias individuais e caracteriza abuso de poder." (Manual de Processo Penal. 8ª ed. Juspodivm: Salvador, 2020, p. 666 e 807). Avançando na temática, o Superior Tribunal de Justiça; no julgamento do RHC n.º 158.580/BA, em 19/04/2022, sob a relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, integrante da Sexta Turma; firmou o entendimento de que a legitimidade para a revista pessoal deve estar alicerçada em "fundada suspeita devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de que o indivíduo esteja na posse de armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência". Pontuou, ainda, que "há três razões principais para que se exijam elementos sólidos, objetivos e concretos para a realização de busca pessoal, além da intuição baseada no tirocínio policial: a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, caput, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora – mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre –, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes. Não por outra razão, a medida é chamada no direito norte-americano de stop (parada) and frisk (revista); b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis; c) evitar a repetição – ainda que nem sempre consciente – de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilamento racial (racial profiling), reflexo direto do racismo estrutural, sobre os quais convém tecer considerações mais aprofundadas". (sic, p. 18 e 19). Para além disso, ao responder a questão central do voto (que gira em torno de saber qual a exigência, em termos de standard probatório, para a realização de busca pessoal, a fim de definir se a mera alegação genérica de "atitude suspeita" é suficiente ou não para a medida), o Ministro relator expôs: "1. Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de

probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência. 2. Entretanto, a normativa constante do art. 244 do CPP não se limita a exigir que a suspeita seja fundada. É preciso, também, que esteja relacionada à “posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito”. Vale dizer, há uma necessária referibilidade da medida, vinculada à sua finalidade legal probatória, a fim de que não se converta em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (fishing expeditions), baseadas em suspeição genérica existente sobre indivíduos, atitudes ou situações, sem relação específica com a posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito de uma infração penal. O art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória, mas apenas buscas pessoais com finalidade probatória e motivação correlata. 3. Não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições/impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, baseadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de “fundada suspeita” exigido pelo art. 244 do CPP. 4. O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos – independentemente da quantidade – após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. 5. A violação dessas regras e condições legais para busca pessoal 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.” (p. 53 e 54). Nessa mesma linha de entendimento, é o recente julgamento de ação de habeas corpus do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. GUARDA MUNICIPAL. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. 2. Verifica-se dos autos que os guardas municipais realizavam ronda quando se depararam com o acusado, que correu assim que os viu, fato que levantou suspeita e motivou a abordagem”. Foi então realizada a abordagem do acusado em local público, e, na busca pessoal, foi localizada em seu poder uma sacola que continha 60 porções de maconha e 58 de cocaína”. 3. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à realização de busca pessoal, o próprio § 2º do art. 240 do CPP consagra que é necessária a presença de fundada suspeita para que esteja autorizada a medida invasiva, estando ausente de razoabilidade considerar que o fato de ter o agente, ao avistar os guardas

em via pública, aparentado nervosismo ou corrido, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida. 4. Sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida, e mesmo pela falta de atribuições dos guardas municipais para a busca, deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, devendo ser o paciente absolvido da imputação constante na denúncia. 5. Concessão do habeas corpus. Absolvição do paciente da imputação constante na denúncia. Expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 704.964/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.) Portanto, do estudo destes autos, o que se conclui, até por não haver prova em sentido contrário, é que os policiais militares realizaram a prisão do Apelante, após efetivação da busca pessoal, sem que, naquele momento, houvesse indicativo da ocorrência de qualquer uma das situações que permitem a relativização da inviolabilidade do direito à privacidade e à intimidade, garantias constitucionais incorporadas pela legislação pátria. E, embora tenham logrado encontrar, fortuitamente, o Apelante na posse de substâncias ilícitas, agiram em desconformidade com a lei, maculando a prova que lastreou a acusação e, conseqüente, a condenação. Patente a nulidade das provas colhidas na busca pessoal realizada e, por conseguinte, ausente materialidade suficiente à demonstração de crime no caso concreto, resta imprescindível a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual é ilícita por derivação a prova produzida a partir de um elemento anterior eivado de vício, pois a ilicitude da primeira alcança naturalmente as demais que dela se originaram, como, inclusive, determina o art. 157 do Código de Processo Penal. Assim, declaro a nulidade das provas amealhadas in folio, não remanescendo suporte probatório apto a sustentar a condenação levada a efeito em primeiro grau. Ante o exposto, conheço do recurso e acolho a preliminar, para absolver o Recorrente da imputação formulada na denúncia, com fulcro no art. 366, II, do CPP. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0540654-90.2019.8.05.0001.