

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Apelação Crime: 0000242-88.2017.8.05.0020
Juízo de origem: Vara Criminal da comarca de Barra do Choça
Apelante:
Advogada: (OAB: 33927/BA)
Apelante:
Defensora Pública:
Apelante:
Advogado: (OAB: 34152/BA)
Advogado: (OAB: 13377/BA)
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia
Procuradora de Justiça:

Relator:

APELAÇÃO CRIMINAL. ELENILTON, VINICIUS E EMERSON CONDENADOS COMO INCURSOS NO ART. 33 E 35 DA LEI 11.343/06 E EMERSON CONDENADO AINDA NO ART , 244-B DO ECA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO POR VIOLAÇÃO AO SIGILO TELEFÔNICO. ACESSO AO CONTEÚDO DE MENSAGENS DO TELEFONE CELULAR DE ELENILTON EM SITUAÇÃO NÃO FLAGRANCIAL E SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DAS PROVAS. AFRONTA À GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW". TEORIA DOS "FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA". PRISÃO DE VINICIUS INQUINADA DE ILICITUDE PORQUANTO DERIVADA DE PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DO ACESSO ILEGAL ÀS COVERSAS DE WHATSAPP NO APARELHO CELULAR DE ELENILTON. PROVAS ILICÍITAS ENSEJANDO A NULIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE DECLARANDO A ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTES, RESTANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DO MÉRITO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de nº 0000242-88.2017.8.05.0020, em que figuram como apelante , e e como apelado Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal 2ª Turma do Estado da Bahia, por unanimidade, em conhecer o recurso para acolher a preliminar de nulidade e declarar a absolvição dos recorrentes, nos termos do voto do relator.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade
Salvador, 5 de Maio de 2022.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta, separadamente, pela defesa dos réus , , , em razão da sentença proferida pelo juízo da Vara Crime da comarca de Barra do Choça visando a reforma da sentença, pelas razões abaixo expendidas.

Evitando desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença, in verbis:

[...]

"O Ministério Público do Estado da Bahia por intermédio de sua representante legal, em exercício perante este Juízo, no uso de suas atribuições legais, com base no incluso auto de Inquérito Policial, tomado sob o nº 0083/2017, às fls. 09-89, ofereceu denúncia contra , brasileiro, solteiro, carpinteiro, nascido em 11/07/1998, natural de Vitória da Conquista-BA, portador do RG 15.312.507-18 SSP/BA, filho de e Marinalva , domiciliado na Rua Acelino Vieira Rocha, nº 151 - Barra do Choça/BA, , brasileiro, solteiro, motorista, nascido em 09/04/1990, natural de Caatiba/BA, portador do RG 55.233.178-8 SSP/SP, filho de , e , domiciliado na Rua Coronel, nº 40 - Barra do Choçal BA e , brasileiro, solteiro, nascido em 10/01/1998, natural de Vitória da Conquista/BA, portador do RG 1378836251, filho de e , domiciliado na Rua Dom Climério, nº 1275, Bairro Ouro Verde - Barra do Choçal BA, com incursos nas sanções previstas nos art. 33 c/c art. 35 da Lei nº 11.343/2006, em cúmulo material ao disposto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente nos fatos delituosos devidamente descritos na peça vestibular acusatória, nos seguintes termos: "Consta nos autos que os Denunciados integram facção denominada D3, responsável pela distribuição e venda de substância entorpecente, homicídios e corrupção de menores, liderada por , que entre os dias 22 a 25 de Junho de 2017, em disputa territorial, contribuiu para a elevação de índices de homicídios e violência no Município de Barra do Choça". Narra, ainda, a inicial acusatória, que durante patrulhamento rotineiro, no dia 26 de junho de 2017, efetuaram a prisão em flagrante do denunciado , na posse de 15 papелotes de cocaína destinado ao mercado de consumo e dinheiro no valor de R\$ 150,00, conforme auto de exibição e apreensão às fls. 21.

Diante de tal fato, apurou-se que o denunciado foi cooptado por para ingresso na associação criminosa. O vínculo associativo restou comprovado com os depoimentos de fls. 14-18, entre os denunciados supracitados e , que exercia o controle financeiro da associação e cooptava adolescentes para atuarem como aviões de tráfico.

Ademais, a peça acusatória, instruída pelo caderno apuratório, inferiram que a associação criminosa era gerenciada, à época dos fatos, por , morto em confronto com a Polícia no dia 26 de junho de 2017. Todavia, por meio dos depoimentos colhidos, às fls. 11-21, restou evidente que todos os denunciados estavam sob o comando de .

Autuados em flagrante, sendo a prisão preventiva decretada encartada nos autos em apenso Processo nº 0000192-62.2017.805.0020 para o denunciado e a preventiva decretada em desfavor dos acusados e , flagranteados em 26 de junho de 2017, por prática de homicídio qualificado, tendo como vítima , nos autos nº 193-47.2017.8.05.0020, conforme certidão de fls. 97.

Lastreada em investigatório levado a efeito pela repartição policial, a denúncia foi devidamente oferecida, ocasião em que foi determinada a notificação dos acusados para apresentarem defesa prévia, nos termos do art. 55 da Lei nº 11.343/2006 (f. 110).

Os réus foram devidamente notificados às fls. 108/110.

Juntou-se ao processo autos de apreensão às fls. 21, laudo de exame pericial às fls. 26/27, laudo de exame de lesões corporais às fls. 28, e laudo de exame pericial de constatação definitivo do material apreendido às fls. 196.

A denúncia fora regularmente recebida em 08.10.2018, sendo designada audiência instrutória às fls. 119.

Durante a instrução, os réus foram devidamente interrogados em Juízo às fls. 259/264, oportunidade que foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e defesa às fls. 265/271. As testemunhas residentes em outra localidade, externa a circunscrição desta comarca, foram inquiridas por Carta Precatória, com depoimento de mídia juntado às fls. 231.

Informações de pedido de Habeas Corpus devidamente prestadas às fls. 302-304.

Juntada do termo de declaração de adolescente às fls. 309/313.

Em alegações finais, sob a forma de memoriais escritos, a ilustre representante do Ministério Público, em exercício perante este Juízo, após analisar o acervo probatório entendeu estar suficientemente demonstradas a materialidade e a autoria dos delitos imputados, bem como a responsabilidade criminal dos réus pugnando por suas condenações nos exatos termos da denúncia.

Por seu turno, as alegações finais da Defesa de nega a autoria, refutando os fatos imputados, pleiteando, assim, a absolvição do Réu (fls. 333-343). A Defesa de nega a autoria, refutando os fatos imputados, aduzindo que o retrocitado denunciado era "apenas um usuário de drogas que estava no local tão somente para comprar e consumir a substância entorpecente", às fls. 346. Pleiteando, assim, a absolvição do Réu.

De outro giro, a Defesa de aponta a inveracidade das informações dispostas na denúncia, bem como requerendo a absolvição do denunciado. (fls. 355-356)".

Sobreveio sentença em 01/10/2018 (Id. 14290269), julgando procedente a denúncia para condenar como incurso nas sanções do art. 33, 8ª e 11ª figuras, e com fulcro no art. 383, c/c art. 35, ambos da Lei 11.343/06 e ainda art. 244-B do ECA, cuja sanção definitiva restou fixada em 13 anos, 06 meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.200 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, e ainda ao pagamento das custas processuais em proporção; como incurso nas sanções do art. 33, 8ª e 11ª figuras, e com fulcro no art. 383 c/c art. 35, ambos da Lei 11.343/06, cuja sanção definitiva restou fixada em 11 anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicial fechado, o pagamento de 1.200 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade e condenando-o ainda ao pagamento das custas processuais proporcionais; como incurso nas sanções do art. 33, 8ª e 11ª figuras, c/c art. 35, ambos da Lei 11.343/06, cuja sanção definitiva restou fixada em 10 anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicial fechado, o pagamento de 1.200 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade e condenando-o ainda ao pagamento das custas processuais proporcionais.

Irresignados, os réus apelaram separadamente, vide Id. 91666677, 91666761, conforme fl. 804, em despacho, a magistrada asseverou que os réus foram intimados acerca da sentença, ao tempo em que recebeu os recursos, eis que tempestivos.

No Id. 14290275, em razões recursais pugnou para: a) declarar a nulidade das provas ilícitas, obtidas violando o sigilo telefônico do recorrente, sem autorização judicial. desentranhando-as dos autos; b) ABSOLVER o apelante dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06; c) Não sendo este o entendimento, requer a redução da pena, nos termos do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, no patamar máximo, pois se trata de agente primário, com bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa; d) em caso de manutenção da condenação, com a diminuição da pena, por se tratar de réu primário, com bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, requer a fixação da pena mínima, com regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. Caso Vossas Excelências entenda, de maneira diversa, requer que seja aplicado regime inicial semiaberto, de acordo com artigo 33, § 2º, alínea b do Código Penal, por cumprir todos os requisitos; e) Caso não haja condenação superior a 04 (quatro) anos, requer ainda a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, haja vista que o réu cumpre todos os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal”.

A Defesa de , em razões recursais Id. 91666826, postulou para: 1 – Acolher a preliminar anteriormente aventada quanto ao direito do Apelante recorrer em liberdade, expedindo-se, para tanto, o competente Alvará de Soltura e, no mérito: 2 – Reformar a r. sentença exacerbada quanto ao crime capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, redimensionando-a ao patamar mínimo, em razão de terem sido todas as circunstâncias judiciais favoráveis ao Apelante, inclusive com cooperação e confissão espontânea, aplicando-se o redutor previsto no parágrafo 4º, do art. 33 da sobredita Lei de Drogas, no seu grau máximo, até porque o Apelante é primário, possui bons antecedentes, nunca se dedicou a atividades criminosas nem integra qualquer organização criminosa; 3 – Reformar a sentença para aplicar a devida atenuante de confissão espontânea disposta na súmula 545 STJ bem como art. 65, 111, d do CP; 4 – Reformar a sentença combatida no sentido de ABSOLVER o Apelante do crime insculpido no art. 35, da Lei 11.343/06, associação para o tráfico, nos termos do art. 386, 11, do CPP, por não ter ficado provado a existência do crime de associação para o tráfico; 5 – Seja promovida a detração penal que anunciará novo regime de cumprimento da reprimenda, nos termos da Lei 12.736/2012; 6 – Seja reformada a sentença condenatória no que pertine à pena de multa, ante as parcas condições financeiras afetas do apelante, a fim de que guarde consonância com a nova pena definitiva imposta, devendo ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no Juízo das Execuções Penais; 7– – Seja concedido o benefício da Justiça Gratuita. Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento dos apelos e, ao final, negar-lhes provimento, mantendo-se, por conseguinte, a decisão de primeiro grau (Id. 91666893).

Remetidos a esta instância e distribuídos, coube-me a relatoria por prevenção.

Promoção Ministerial solicitando mídia (Id.92055329) e determinada requisição ao juízo de origem.

Petição acostada pela Defesa de (fl. 988).

Despacho determinando intimação pessoal do réu para constituir novo

patrono e tendo em vista ausência de manifestação, os autos foram remetidos à Defensoria Pública.

Razões recursais apresentadas pela Defensoria Pública em favor de visando: a) O reconhecimento da ilicitude da prova colhida no celular do Apelante sem autorização judicial; b) A absolvição do Acusado, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal, por não existir prova de ter o Apelante concorrido para a ação penal, ou subsidiariamente nos termos do art. 386, VII, do CPP por não haver prova suficiente para a condenação, ante a aplicação do princípio do "in dubio pro reo"; c) Subsidiariamente, em caso de entendimento diverso, requer a reforma na dosimetria nos seguintes termos: No caso do crime de tráfico: fixação da pena no mínimo legal e incidência do art. 33, 4º, da Lei 11. 343/06; no caso do crime de associação para o tráfico: fixação da pena-base no mínimo legal; no caso do crime de corrupção de menores: fixação da pena-base no mínimo legal.

Manifestação Ministerial requerendo a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim que seja realizada a regular intimação pessoal do representante do Ministério Público com plena atribuição na causa para apresentação das contrarrazões, visando evitar posições conflitantes, haja vista que já houve oferecimento de razões no juízo de origem.

O representante do Parquet no primeiro grau, consignou que as razões recursais de foram ofertadas em 2º grau, e deste modo, o representante do Ministério Público tinha plenos poderes para contrarrazoar referido recurso.

Contrarrazões ofertada pelo Parquet nesta instância, vide Id. 14988130, pelo conhecimento e improvimento do recurso manejado por .

Petição do Bel. OAB 59.066, requerendo a habilitação nos autos para patrocínio da Defesa de .

Determinada a remessa dos autos a Diretoria de Distribuição do 2º Grau para retificar a autuação passando a constar o nome de todos os apelantes e seus respectivos patronos, inclusive com intimação do Bel. Florisvaldo para juntar procuração nos autos, devidamente juntada vide doc. 15530704. A defesa de juntou substabelecimento sem reserva de poderes a Bela. , OAB/BA 33927, ao tempo em que formulou pedido de desmembramento do processo.

Em despacho de Id. 14290299, restou indeferido o pleito de desmembramento do processo, nos termos seguintes: "Tendo em vista o substabelecimento acostado pelo recorrente , confiando poderes a bacharela , OAB-BA 33.927, encaminhe-se os autos ao Secomge, a fim de proceder a devida correção na capa do processo. Consigno que cumprida a diligência no sentido de intimar o recorrente para apresentar as razões recursais, requisito essencial para prosseguimento do feito, este voltará ao curso normal, razão pela qual indefiro o pedido de desmembramento do processo formulado pela Defesa de , evitando, inclusive, decisões conflitantes. Verificando que cumprida a carta de ordem, e conforme certidão exarada pela Oficiala de Justiça, o recorrente intimado para apresentar as razões recursais, manteve-se silente, remetam-se os autos à Defensoria Pública, com a urgência que o caso requer, a fim de que lhe seja garantido o exercício da ampla defesa e contraditório, evitando futuras alegações de nulidade processual".

Determinada nova retificação quanto ao patrono réu , antes assistido pela Defensoria Pública, para fazer constar como defensores do réu mencionado, os bacharéis: , OAB/BA sob o nº 29.375; , OAB/BA n. 39.517; , OAB BA n. 59.066, neste ato atuando em nome da Sociedade de Advogados ADVOGADOS ASSOCIADOS, registrada na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Estado da Bahia sob o número 1966/2011, com sede na Avenida João

Abuchidid, nº 194. Bairro Candeias, CEP 45.028-125, Vitória da Conquista (BA) e endereço eletrônico publicacoes@aaeadvocia.com.br (Id. 16058393) Requisitado ao juízo de origem acesso aos interrogatórios e oitiva das testemunhas (Id.16092664).

Diligências solicitadas pelo Parquet (Id. 16258310).

No Id. 24488929, o magistrado prestou informações juntamente com cópias dos interrogatórios dos réus e oitivas das testemunhas arroladas pela Defesa dos apelantes.

Oitiva do policial em juízo (Pje mídia).

Instada a manifestar-se, a ilustre Procuradora de Justiça, , lançou Parecer pelo conhecimento dos recursos interpostos por e e de conhecimento parcial do apelo aviado por , nos termos seguintes:

“Por sua vez, entende este Parquet, prefacialmente, ser o caso de reconhecimento da NULIDADE do conjunto probatório em que se amparou a condenação de todos os apelantes quanto à prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, em ordem a determinar, por consequência, a ABSOLVIÇÃO de todos eles pelos referidos delitos, ficando prejudicado, neste ponto, o mérito recursal. Sem embargo, caso Vossas Excelências hajam por bem adentrar no mérito, opina o Ministério Público, em observância ao princípio da eventualidade, pelo PROVIMENTO dos recursos interpostos por e , bem assim, na parte conhecida, do apelo interposto por , a fim de que seja reformado o objurgado decisum nos seguintes termos: a) ABSOLVENDO todos os apelantes da prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e o apelante do crime previsto no artigo 244-B do ECA; b) reconhecendo o direito de o apelante recorrer em liberdade; c) subsidiariamente, aplicando as penas-base no grau mínimo legal em favor de todos os apelantes com o consequente e proporcional redimensionamento das penas de multa igualmente impostas; d) aplicando a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, em favor do apelante , salvo se isto resultar em fixação de pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ); e) fixando o regime inicial semiaberto em favor dos apelantes e ”.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de recorribilidade, passo ao conhecimento das apelações.

A materialidade restou demonstrada através do Auto de Exibição e Apreensão exibindo 15 papелotes de cocaína e R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais em dinheiro, apreendidos em poder de , conforme Boletim de Ocorrência de nº 92512017 (Id.14289903, fl.27), Auto de prisão em flagrante, vide Id. 14289904, Guia para exame pericial (Id. 14289903, fl.35). No Id. 14289903-fls. 37/39, consta laudo pericial positivo, indicando que os materiais examinados contém Enoil-metilecgonina, possuindo efeito psicoanaléptico. Tocante à autoria delitiva, necessário consignar que a Defesa de e , suscitou nulidade processual, questão prejudicial à análise do mérito. DA ILEGALIDADE DO ACESSO AO CELULAR DE ELENILTON SOB ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL:

Conforme consta da exordial acusatória, os Denunciados integram facção

denominada D3, responsável pela distribuição e venda de substância entorpecente, homicídios e corrupção de menores, liderada pelo Primeiro que, entre os dias 22 a 25 de junho de 2017, em disputa territorial, contribuiu para elevação de índices de homicídios e violência no Município de Barra do Choça.

No dia 26 de junho do ano em curso, na Rua Dom Climério, nº 1275, a equipe da Polícia Militar e da Guarda Municipal efetuaram em flagrante a prisão de na posse de 15 papелotes de cocaína, e a importância de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais, oriundo do comércio da substância de igual natureza.

Verifica-se que após informações prestadas por uma adolescente, foi apontado como um dos envolvidos no homicídio no qual figurou como vítima, conforme se depreende da oitiva do guarda civil municipal, , vejamos: “que na segunda-feira posterior ao São João recebeu a notícia da existência de mais dois corpos, fruto de homicídio ocorrido nessa cidade; que o fato foi comunicado a Polícia Civil; que só aquela semana já representava o quarto homicídio na cidade; que foi solicitado incremento do apoio da Polícia Militar e das especializadas do referido comando; que, por conhecerem o terreno, os Guardas Municipais atuaram conjuntamente com a Polícia Civil e Militar; que ao promoverem a oitiva da adolescente, esta narrou acerca do homicídio de, informou esta a Drª Gabriela acerca do envolvimento do Denunciado; que o depoente recebeu a missão de acompanhar uma equipe da MP para promover a localização e busca do citado; que o mesmo estava em horário de trabalho, sendo localizado no Povoado de Barra Nova; que o depoente o conhecia pela alcunha de, razão pela qual não feita associação imediata entre a pessoa a ser buscada e a figura do denunciado; que na época dos fatos o denunciado exercia o serviço de motorista para a Prefeitura de Barra do Choça, vinculada a; que teve a oportunidade de conversar com no interior da DEPOL quando este relatou não proceder a acusação feita a sua pessoa, pois não teria praticado qualquer homicídio nem tem envolvimento direto na execução da tal ato; que informou, na oportunidade, ter dificuldades financeiras e tomado dinheiro emprestado com e, em contrapartida ter recebido deste a missão de agenciar Adolescentes dispostos a comercializarem drogas; que a Delegada de Polícia visualizando as conversas do Whatsapp do celular de, constatou diálogos entre o mesmo e o acusado, dentre eles informações de, noticiando que: “caiu”; que o depoente novamente foi escalado para acompanhar a equipe da RONDESP para localizar e conduzir a pessoa de, sendo esta localizado em um outro imóvel próximo a sua residência no Bairro Nova Esperança, com dinheiro e droga, sendo tudo apresentado na Depol”.

Após obterem acesso ao celular de, apontado pela adolescente, por ter envolvimento no homicídio de, verificou-se mensagens trocadas entre ele e acerca da comercialização de entorpecentes, conforme se observa nas transcrições da oitiva prestada na fase extrajudicial do SD PM SANTOS, lotado CIPT SUDOESTE:

“Que no dia 26 de junho de 2017, por volta das 14h30min o depoente estava em diligência, juntamente com o SUB TEM PM, em apoio a DPC Gabriela de Diego Garrido; Que através do celular pertencente a apreendido pela Autoridade Policial, foi possível verificar uma conversa onde, nascido aos 10/01/1998, filho de e, combinava para entregar quantidade de droga e quantia em dinheiro proveniente do tráfico para, na rua Dom Climério, nº 1275, Ouro Verde neste município; Que diante das informações a guarnição diligenciou até o local onde encontrou em posse de quinze

papelotes de cocaína e R\$ 150,00 em dinheiro oriundos do tráfico de drogas; Que , afirmou que havia passado a droga para o mesmo revender; Que foi apresentado incólume nesta delegacia e que o material encontrado em posse do mesmo foi devidamente apreendido para que fossem adotadas as medidas cabíveis”.(Id. 14289903, fl.11).

Importante aqui consignar que um dos pontos cruciais para dirimir a controvérsia instaurada acerca da prestabilidade das provas colhidas durante a instrução criminal, esbarra no enfrentamento do tema relativo ao direito à inviolabilidade do domicílio, privacidade, e questões subjacentes, sistematicamente revisitadas na jurisprudência, em virtude do seu status de direito fundamental por expressa redação legal, consoante dicção do art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, que estabelece a casa como asilo inviolável do cidadão, protegendo o indivíduo de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.

Na seara processual penal, por sua vez, o tema supracitado adquire especial relevância, sobretudo em virtude das suas repercussões, cujo alcance não se limita as fronteiras jurídicas, produzindo, também, impactos políticos e sociológicos. Por outro lado, em processos desta natureza é comum deparar-se no dia a dia forense com situações nas quais o ingresso de agentes públicos no domicílio de pessoas suspeitas de práticas criminosas, se dá dissociado da preexistência de ordem judicial que a autorize, hipóteses que, em regra, demandam maior atenção do julgador na análise e compreensão das circunstâncias nas quais se deu o ingresso, a fim de aferir a legalidade da referida medida.

Isso porque, se por um lado, a proteção constitucional conferida ao lar destina-se a integral proteção do indivíduo de eventual devassa arbitrária estatal, do outro, inexistem direitos individuais absolutos em nosso ordenamento jurídico, de sorte que o próprio texto constitucional estabelece as hipóteses nas quais essa inviolabilidade pode ser excepcionada, a saber: mediante consentimento do ofendido; nos casos de flagrante delito ou desastre; para prestar socorro, durante o dia; ou em cumprimento determinação judicial (art. 5º, inciso XI da CF).

Assim, em se tratando das situações flagranciais, ao rediscutir a matéria durante o julgamento do tema 280, afetado sob a sistemática de repercussão geral, a Suprema Corte fixou a tese de que não subsiste ilicitude na entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de crime no interior da residência, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados (RE 603.616/R0).

No caso em apreço, vale esclarecer, não se verifica situação flagrancial em relação ao recorrente , proprietário do aparelho celular apreendido, no qual se obteve informações acerca da suposta traficância, dando ensejo a prisão em flagrante de na posse de 15 papelotes de cocaína, e que ao final, instruído e processo o feito, sobreveio a condenação dos recorrentes e como incursos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, bem assim , e este ainda como incurso nas sanções do art. 244-B do ECA.

Vale frisar que o policial, , ouvido na fase extrajudicial, asseverou “que ao promoverem a oitiva da adolescente , esta narrou acerca do homicídio de , informou esta a Drª Gabriela acerca do envolvimento do Denunciado ; que o depoente recebeu a missão de acompanhar uma equipe da MP para promover a localização e busca do citado; que o mesmo estava em horário de trabalho, sendo localizado no Povoado de Barra Nova... que a Delegada de Polícia visualizando as conversas do Whatsapp do celular de , constatou

diálogos entre o mesmo e o acusado , dentre eles informações de , noticiando que: “ caiu”.

Ouvido em juízo, afirmou que estava no trabalho, vejamos:

“Que no dia trazido na denúncia o interrogado estava trabalhando no Distrito de Barra Nova deste Município; que recebeu um telefonema de sua genitora dizendo que na casa da família estavam dois policiais e dois Guardas Municipais a sua procura; que inclusive pediram para verificar a casa, o que ela permitiu; que também pediram o numero do telefone dele; que naquele momento ele manteve conversa com o que lhe indagou onde poderia ser encontrado em Barra Nova e chegaram a combinar o encontro na frente do prédio que abriga a Guarnição Policial naquele distrito; que tiveram um certo desencontro na chegada da cidade, mas acabaram por se encontrar; que lhe disse que deveria acompanhá-los até a Delegacia e ao ser indagado do motivo lhe afirmou que chegando na Delegacia ele seria informado; que o interrogado indagou sobre o carro do município que conduzia e foi cientificado que o mesmo seria conduzido por um dos Guardas, e assim foi feito; que chegando na Delegacia foi ouvido por mais de uma pessoa e todos afirmaram que ele seria solto, mas para sua surpresa a Doutora Delegada lhe afirmou que só faltava ele para ir para o presídio; que até então o interrogado não sabia qual era a denúncia que pesava contra ele, mas posteriormente ouviu dizer que foi uma menina, a qual ele não conhece e sequer sabe o nome, quem criou essa história; que não conhece , , Letícia, Tainá; que já ouviu dizer de ... que não conhece o Ten. PM ; que das testemunhas arroladas conhece apenas , mas nada tem contra ; mas acha que está preso por conta das mensagens que passou através do seu celular o qual o próprio interrogado desbloqueou, antes da entrega, sob ameaça de , que lhe disse “se não desbloquear o aparelho ele iria dar uma volta com a RONDESP” (Id. 24488929, fls. 280/281)

Observa-se assim, que as provas que lastrearam a condenação iniciaram-se através do acesso ao aparelho celular de , com indicativos da prática de tráfico de entorpecentes, dando ensejo à prisão em flagrante de , em frente à sua residência, na posse de 15 papелotes de cocaína, conforme auto de prisão em flagrante acostado.

Vislumbra-se inexistiu situação flagrancial do recorrente , que autorizaria o acesso ao celular e às mensagens.

Inocorrendo tal hipótese, como visto, resta claro a ausência de qualquer autorização judicial ou elementos outros que autorizassem tal agir, sendo forçoso o reconhecimento da nulidade das provas colhidas através do acesso aos dados de seu aparelho celular.

Comunga do nosso entendimento a ilustre Procuradora de Justiça, conforme se verifica na transcrição a seguir:

“À vista disso, e socorrendo-se da teoria dos “frutos da árvore envenenada”, é de se concluir que tanto a prisão em flagrante do apelante , encontrado em poder de drogas de uso proscrioto no país, quanto os laudos de constatação e definitivo dos entorpecentes apresentam-se inquinados de ilicitude, porquanto derivados de provas obtidas através do acesso ilegal de conversas de WhatsApp. Neste passo, é fora de dúvida que a prova ilícita e as demais que dela derivam, mesmo que formalmente perfeitas, ensejam a automática nulidade do conjunto probatório. Ademais, é de se ponderar que não há qualquer outro indício nos autos acerca da existência de uma fonte independente ou mesmo de que a descoberta das mencionadas provas seria inevitável. Deste modo, demonstrada a dependência entre a prova considerada ilícita (acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial) e os

demais elementos de prova produzidos nos autos, impõe-se, por contaminação (derivação), a nulidade destes.

No tocante ao assunto, cumpre trazer à tona as elucidativas decisões abaixo:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL APÓCRIFO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1) O Supremo Tribunal Federal fixou 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. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): , Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015. 2) Em que pese a característica de permanência do crime de tráfico de drogas, tal fato, por si só, não autoriza o direito constitucional da inviolabilidade de domicílio, devendo, para tanto, haver fundadas razões devidamente justificadas a posteriori. Precedentes STF e STJ. 3) No caso concreto, foi correta a sentença absolutória, dado que não restou demonstrada as fundadas razões que autorizassem a violação do domicílio do réu, nem, ao menos, uma linha de investigação, já que a ida dos agentes públicos ao bairro onde reside o réu foi em decorrência da suposta prática de outro crime (disparo de arma de fogo). Deste modo, ante a ausência de fundadas razões em elementos prévios ao ingresso na residência do réu que indicassem que ali estaria ocorrendo crime em flagrante delitivo, constata-se que houve a violação do domicílio do réu, o que acarreta na nulidade das provas, conforme acertadamente realizou a magistrada a quo. 4) Em que pese a possibilidade do reconhecimento de laudo pericial apócrifo para fins de comprovação da materialidade delitiva, no caso concreto, tal prova não merece ser considerada lícita, dado que derivou de prova ilícita, qual seja, a violação de domicílio do réu. Assim, deve ser aplicada a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, já que todas as demais provas foram oriundas da violação do direito constitucional domiciliar, não incumbindo o emprego das Teorias da Fonte Independente e Teoria da Descoberta Inevitável. 5) Recurso não provido. (TJ-AP – APL: 00005283920208030013 AP, Relator: Desembargador , Data de Julgamento: 17/06/2021, Tribunal). (Grifos aditados.) DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA PELO COMETIMENTO, EM TESE, DO CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003 (POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO). IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA, DIANTE DA ILICITUDE DA PROVA COLETADA POR MEIO DE BUSCA DOMICILIAR ILEGÍTIMA. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO DENUNCIADO, DURANTE BUSCA REALIZADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POLICIAIS QUE, À MÍNGUA DE INFORMAÇÃO PRÉVIA, AVISTARAM (03) TRÊS INDIVÍDUOS, DENTRE OS QUAIS O DENUNCIADO, EM "ATITUDE SUSPEITA", NÃO ESCLARECENDO, TODAVIA, EM QUE CONSISTIRIA TAL COMPORTAMENTO, E, MESMO NÃO ENCONTRANDO NENHUM OBJETO ILÍCITO EM PODER DAS PESSOAS ABORDADAS, DECIDIRAM EFETUAR BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS CONCRETOS DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. MITIGAÇÃO DO POSTULADO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO QUE RECLAMA A EXPOSIÇÃO DE FUNDADAS RAZÕES, MESMO SOB HIPÓTESE DE CRIME PERMANENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5.º, INCISO XI, DA LEI MAIOR, NA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STF, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, NO

JULGAMENTO DO RE 603.616/RO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO MINIMAMENTE SEGURA DO CONSENTIMENTO DOS MORADORES AO INGRESSO DA GUARNIÇÃO POLICIAL NO IMÓVEL. NULIDADE DA DILIGÊNCIA E, POR CONSEQUENTE, DE TODA A PROVA DELA QUE DELA SE DERIVOU, À LUZ DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. APLICAÇÃO DO ART. 5.º, INCISO LVI, DA CF, E DO ART. 157 DO CPP. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE SE MOSTROU ACERTADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-BA – RSE: 03043831320138050022, Relator: , Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 08/05/2019). (Grifos aditados.).

Em sendo assim, ressaltando à evidência a nulidade do conjunto probatório em que se escorou a condenação dos apelantes e pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, afigura-se de rigor o desentranhamento das respectivas provas dos autos e, por consequência, a absolvição não só dos referidos apelantes como também do apelante, uma vez que a imputação que lhe foi feita teve origem nas conversas e informações constantes de aparelho celular acessado pela polícia sem prévia autorização judicial, ficando, pois, neste ponto, prejudicado o mérito recursal”.

Insta consignar que a surgiu no direito norte-americano estabelecendo o entendimento de que toda prova produzida em consequência de uma descoberta obtida por meios ilícitos estará contaminada pela ilicitude desta.

Conforme esta teoria, as provas obtidas por meio de uma primeira prova que foi descoberta por meios ilícitos, deverão ser descartadas do processo na persecução penal, uma vez que se considerarão ilícita por derivação.

Consoante as lições de , a teoria é assim conceituada:

“A teoria The fruits of the poisonous tree, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.”

, assevera que a corresponde ao dizer que: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”.

Esta teoria surgiu no caso Silverthorne lumber & Co v. United States de 1920.

No referido caso, a Suprema Corte Americana considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base em uma informação obtida por meio de uma busca ilegal. Desta forma, a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a obtida indiretamente por meio da intimação baseada nesta busca e apreensão.

Apesar de a teoria ter surgido no caso Silverthorne lumber & Co v. United States de 1920, a expressão “fruits of the poisonous tree” somente foi utilizada pela primeira vez no julgamento do caso de 1937, pelo Min. Franckfurter. Tal teoria desenvolvida pela doutrina americana por volta das décadas de 1920 e 1930, foi introduzida ao nosso ordenamento com a edição da Lei nº 11.690/08.

O art. 157, da Lei 11.690, assim dispõe:

“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.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução

criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

A exclusão da prova ilícita ou afetada pelo vício da ilicitude confere a efetividade à garantia do "due process of law" preservando os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer pessoa em sede processual penal. A teoria dos "frutos da árvore envenenada" não admite sejam utilizadas provas que transgridam a garantia constitucional, evitando-se que da ilicitude originária, se transmitam aos dados probatórios subsequentes validade.

Com efeito, no caso em comento, verificando a ilicitude na prova originária, qual seja, no acesso aos dados do aparelho celular de , cujo desdobramento ensejou na condenação dos recorridos como consignado alhures, não resta outra alternativa, a não ser a declaração da nulidade das provas por derivação, pelos motivos acima expendidos.

Ante o exposto, acolho questão preliminar aventada pela Defesa, declarando a nulidade das provas colhidas, absolvendo por consequência , brasileiro, solteiro, carpinteiro, nascido em 11/07/1998, natural de Vitória da Conquista-BA, portador do RG 15.312.507-18 SSP/BA, filho de e Marinalva , , brasileiro, solteiro, motorista, nascido em 09/04/1990, natural de Caatiba/BA, portador do RG 55.233.178-8 SSP/SP, filho de , e e , , brasileiro, solteiro, nascido em 10/01/1998, natural de Vitória da Conquista/BA, portador do RG 1378836251, filho de e , restando prejudicada a análise do mérito, nos termos do voto, determinando a imediata soltura dos recorrentes, se por outro motivo não estiverem custodiados, em virtude da ilegalidade da custódia, servindo este acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser encaminhado à unidade prisional onde os apelantes encontram-se custodiados, independentemente da expedição de qualquer outro documento, recomendando-se ao responsável pela referida unidade que, antes da soltura, averigue, junto aos cadastros de prisão do país, se os pacientes não tem algum tipo de prisão decretada em uma outra unidade da federação ou mesmo nesta.

Salvador, (data registrada no sistema)

_____ Presidente

_____ Relator

_____ Procurador (a) de Justiça