



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
4ª CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal nº 0000934-95.2022.8.16.0088

Vara Criminal de Guaratuba

Apelante: ADENILSON GONÇALVES ROSA

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

Relatora: Juíza Conv. Dilmari Helena Kessler

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA.**

**RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER MANIFESTADA PELO
SENTENCIADO. INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELO DEFENSOR.
PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DA DEFESA TÉCNICA.
OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO
E DA AMPLA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O
CONHECIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E
JURISPRUDENCIAIS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 705 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DA DEFESA.**

**PRELIMINAR DE NULIDADE DAS DILIGÊNCIAS QUE CULMINARAM
NA APREENSÃO DOS ENTORPECENTES. ACOLHIMENTO.
NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO
5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLICIAIS QUE NÃO
TINHAM MANDADO JUDICIAL, NEM FUNDADAS RAZÕES PARA
INGRESSAR NO DOMICÍLIO DO APELANTE. RÉU QUE SE ESCONDEU
NO PRÓPRIO QUINTAL DA RESIDÊNCIA E, SUPOSTAMENTE,
ARREMESSOU OBJETO NO TELHADO, O QUE, POR SI SÓ, NÃO É
ARGUMENTO VÁLIDO PARA CONFIGURAR A JUSTA CAUSA. MERA
INTUIÇÃO DE TRAFICÂNCIA. MILITARES QUE NÃO REALIZARAM
QUALQUER DILIGÊNCIA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER
TIPO DE ANUÊNCIA DO MORADOR. PROVA ILÍCITA. MANDADO DE
PRISÃO EM ABERTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS
DITAMES DO ART. 293, DO CPP. FUGA NO MOMENTO DA
ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS. ILEGALIDADE
FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. ABSOLVIÇÃO PELA
AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE.**

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº **0000934-95.2022.8.16.0088**, da Vara Criminal da Comarca de Guaratuba, em que figuram, como apelante, **ADENILSON GONÇALVES ROSA** e, como apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ**.

1. RELATÓRIO

Extrai-se dos autos que o Ministério Público do Estado do Paraná, em exercício perante a Vara Criminal da Comarca de Guaratuba, denunciou Adenilson Gonçalves Rosa, por considerá-lo violador da norma penal incriminadora inculpada no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, atribuindo-lhe a prática da seguinte conduta penalmente reprovável:

“No dia 13 de fevereiro de 2022, por volta das 17h15min, na residência localizada na Avenida Juvevê, nº 748, Bairro Cohapar, em Guaratuba/PR, o denunciado ADENILSON GONÇALVES ROSA de modo consciente e voluntário, transportava, trazia consigo e guardava, para fins de entrega a consumo de terceiros, 13,0 g (treze gramas), divididos em 87 (oitenta e sete) porções da substância à base de Benzoilmetilecgonina, vulgarmente conhecida como ‘crack’, substância esta apta a causar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar”.

O acusado foi pessoalmente notificado (mov. 51.1) e, por meio de defensor constituído (mov. 31.1), apresentou defesa preliminar (mov. 59.1).

Procedido ao juízo de admissibilidade, presentes as condições da ação e os pressupostos de desenvolvimento válido do processo, a denúncia foi recebida em 07 de março de 2022, pela decisão interlocutória simples de mov. 62.1.

No sumário da culpa, foram ouvidas 02 (duas) testemunhas arroladas pelo Ministério Público e 02 (duas) testemunhas arroladas pela defesa (mov. 91.2, 91.3, 91.5, 91.6), bem como procedido ao interrogatório do réu (mov. 91.4).

Ultimada a instrução processual, em alegações finais, o Ministério Público postulou a procedência da pretensão punitiva estatal e, conseqüentemente, a condenação do réu nos termos da denúncia (mov. 112.1). A defesa, por sua vez, sustentou a nulidade das provas produzidas, sob o fundamento de que o ingresso na residência do acusado foi ilícito, eis que realizado sem ordem judicial ou autorização. No mérito, postula a absolvição do acusado, por insuficiência probatória e pelo princípio *in dubio pro reo*. Alternativamente, a fixação da pena no mínimo legal e o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda (mov. 116.1).

Adveio a r. sentença de mov. 119.1 (publicada em 12 de setembro de 2022), por meio da qual a MMª Juíza de Direito julgou procedente a denúncia, a fim de CONDENAR o réu ADENILSON GONÇALVES ROSA como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixando-lhe a pena definitiva de 06 (seis) anos, 06 (dez) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além de 657 (seiscentos e cinquenta e sete) dias-multa.

Intimado, o réu disse que não iria recorrer (mov. 137.1).



Entretanto, seu defensor constituído interpôs recurso de apelação (mov. 132.1), com as razões da insurgência (mov. 14.1-TJ), pleiteando a declaração de ilicitude das provas obtidas mediante ingresso domiciliar ilegal, com a consequente absolvição do apelante.

Em contrarrazões (mov. 19.1-TJ), o Ministério Público pugnou pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça (mov. 25.1-TJ) opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso interposto.

2. VOTO E FUNDAMENTAÇÃO

Do conhecimento do recurso

Preliminarmente, não obstante o apenado tenha demonstrado desinteresse em recorrer, seu defensor interpôs recurso de apelação.

Neste caso, deve prevalecer a vontade do defensor, pela interposição do recurso, porque ele é o profissional que possui conhecimentos técnicos para tal.

Aliás, neste sentido, tem-se o enunciado da Súmula 705, do STF:

“A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ROUBO MAJORADO, AMBOS NA FORMA TENTADA, RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES. AÇÃO PENAL PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU QUE AO SER INTIMADO DA DECISÃO RENUNCIA AO DIREITO DE RECORRER. INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELO DEFENSOR. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DA DEFESA TÉCNICA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DA AMPLA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DO APELO. PRECEDENTES. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 705 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRELIMINARES. AVENTADA NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DA PRESENÇA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL. DESNECESSIDADE. FASE INQUISITORIAL. IRREGULARIDADE QUE, SE RECONHECIDA, NÃO TEM O CONDÃO DE ANULAR A AÇÃO PENAL. ALEGADA NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. DISPOSIÇÕES DOS ARTIGOS 226 E 228 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PARADIGMA LEGAL QUE SERVE DE RECOMENDAÇÃO. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. PREJUÍZO INOCORRENTE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. TESE REJEITADA. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DE TODOS OS FATOS DELITUOSOS. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO E



HARMÔNICO. RECONHECIMENTO DO ACUSADO PELA VÍTIMA DO DELITO DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL QUE TAMBÉM FOI TESTEMUNHA DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 155 DO MESMO CODEX. VALIDADE. RELEVÂNCIA DAS PALAVRAS DOS OFENDIDOS EM DELITOS PATRIMONIAIS, GERALMENTE PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE. VERSÃO CORROBORADA PELAS PALAVRAS DO POLICIAL MILITAR QUE EFETUOU A PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO, CONDUZINDO VEÍCULO OBJETO DE ROUBO PRECEDENTE AOS FATOS. NEGATIVA DE AUTORIA QUE SE MOSTROU DISSOCIADA DAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO INAPLICÁVEL NA ESPÉCIE. DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES QUE POSSUI NATUREZA FORMAL, DISPENSANDO PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO INTEGRALMENTE MANTIDA. REQUERIMENTO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE RELATIVA AO DELITO DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. INVIABILIDADE. CULPABILIDADE ACENTUADA. RÉU QUE COMETEU O CRIME ENQUANTO CUMPRIA PENA PELO COMETIMENTO DE DELITO DA MESMA NATUREZA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE UMA QUALIFICADORA PARA TIPIFICAR O DELITO E DE OUTRA PARA NEGATIVAR CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Havendo divergência entre a vontade do sentenciado que renunciou ao seu direito de recorrer da condenação, e seu defensor, que interpôs apelação, prevalece a vontade da defesa técnica, pois esta, em tese, está em melhores condições de aferir a necessidade e utilidade da impugnação, prestigiando-se o duplo grau de jurisdição e a ampla defesa, conforme precedentes doutrinários e jurisprudenciais das Cortes Superiores e deste Sodalício. II - Inteligência do enunciado da Súmula n. 705 do Supremo Tribunal Federal: “a renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”. (...) (TJPR - 4ª C.Criminal - 0003449-41.2020.8.16.0196 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR CELSO JAIR MAINARDI - J. 03.05.2021)

Portanto, em caso de divergência entre o réu e seu defensor, quanto à conveniência da interposição do recurso de apelação, deve prevalecer a vontade da defesa técnica, tendo em vista que, em tese, está melhor preparada para avaliar a necessidade da impugnação, conforme a doutrina e precedentes dos Tribunais Superiores.

À luz destes esclarecimentos iniciais, procedido ao juízo de admissibilidade do recurso, da verificação dos pressupostos objetivos (previsão legal, adequação, observância das formalidades legais e tempestividade) e subjetivos (legitimidade e interesse para recorrer), conclui-se que o apelo interposto merece conhecimento.

Preliminar de nulidade das diligências que culminaram na apreensão da droga.

A defesa pretende, preliminarmente, a declaração de nulidade das provas obtidas mediante busca domiciliar, sob o fundamento de serem ilícitas, eis que referida busca foi realizada sem autorização judicial ou prévio consentimento.

Com razão, a defesa.



Sobre o tema, o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, é claro ao estabelecer 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”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que:

“O art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que este asilo inviolável protege. O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada. [...] Essas exceções à proteção do domicílio ligam-se ao interesse da própria segurança individual (caso de delito) ou do socorro (desastre ou socorro) ou da Justiça, apenas durante o dia (determinação judicial), para busca e apreensão de criminosos ou de objeto de crime”. (in Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 437).

Note-se que a redação da norma constitucional supracitada autoriza a violação do domicílio em situações excepcionais, como é o caso do flagrante delito em crimes de tráfico de drogas, que, na modalidade constatada nos autos, é crime permanente,

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS. MONITORAMENTO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA O INGRESSO DOMICILIAR. ILICITUDE DAS PROVAS AFASTADA. DOSIMETRIA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. Conforme o entendimento desta Corte Superior, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí 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, situação que se faz presente.(...) (AgRg no HC n. 741.058/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 15/12 /2022.)

Outrossim, o artigo 303, do Código de Processo Penal, estabelece que:

“Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. ”

Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima:

“Crime permanente é aquele cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protraí-se no tempo, detendo o agente o poder de fazer cessar a prática delituosa a qualquer momento. Como se vê, uma das principais características do crime permanente consiste em o agente poder fazer cessar a perturbação do bem jurídico a qualquer momento. Ele possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.



O art. 33 da Lei de Drogas prevê algumas condutas que são permanentes, como, por exemplo, a de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar. Essa natureza permanente de algumas modalidades do tráfico de drogas traz consigo algumas consequências, a saber:

Prisão em flagrante: enquanto não cessar a permanência, o agente encontra-se em situação de flagrância, ensejando, assim, a efetivação de sua prisão em flagrante, independentemente de prévia autorização judicial. Nos exatos termos do art. 303 do CPP, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Violação domiciliar independentemente de prévia autorização judicial: em seu art. 5º, a própria Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio nos casos de flagrante delito, seja durante o dia, seja durante a noite, e independentemente de prévia autorização judicial. Em relação aos crimes permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Logo, estando o agente em situação de flagrância no interior de sua casa, será possível a violação ao domicílio mesmo sem mandado judicial. ”

Acerca do tema, o pleno do Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões que indiquem a situação de flagrante delito (RE 603.616/RO, Tribunal Pleno, DJe 10/5/2016). Assim foi ementado o aresto:

“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. (...). 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: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Acrescente-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformada em garantia de impunidade de crimes que em seu interior se pratiquem.

Assim, de acordo com o firmado pela Corte Suprema, para legitimar a diligência, desprovida de mandado judicial, é preciso que - antes da constatação do ilícito - exista justificativa prévia, calcada na demonstração de elementos mínimos que caracterizem fundadas razões (justa causa) para a medida. Isto é, somente quando o contexto fático anterior permitir conclusão acerca da ocorrência de delito no interior da residência alheia mostra-se possível a incursão policial no local sem autorização judicial



Partindo do enfoque doutrinário e jurisprudencial para o exame do caso em concreto, verifica-se que, efetivamente, não havia fundadas razões para a ação policial, muito embora a diligência tenha resultado na apreensão de 87 pedras de crack, pesando aproximadamente 0,0013 kilogramas.

Consta do boletim de ocorrência nº 2022/157808 que (mov. 1.13):

“DESCRIÇÃO SUMÁRIA DA OCORRÊNCIA:

EM PATRULHAMENTO, ESTA EQUIPE PASSOU EM FRENTE A RESIDÊNCIA DE LUILSON DE OLIVEIRA ROSA, QUANDO VISUALIZAMOS UMA PESSOA SE ESCONDER ENTRE UM GALINHEIRO, QUE QUANDO A VIATURA POLÍCIAL PAROU PARA REALIZAR A ABORDAGEM, O MESMO ARREMESSOU UM PACOTE BRANCO EM CIMA DO TELHADO ONDE ESTAVA. QUE DIANTE DOS FATOS, ABORDAMOS A PESSOA E O IDENTIFICAMOS COMO SENDO ADENILSON GONÇALVES ROSA, QUE NA BUSCA PESSOAL O MESMO TINHA CONSIGO R\$ 61,00 E 87 PEDRAS DE CRACK, JÁ EMBALADAS E PRONTAS PARA SEREM COMERCIALIZADAS, AS QUAIS FORAM ACHADAS EM CIMA DO TELHADO EM UM INVÓLUCRO BRANCO DE SACOLA. QUE EM CONSULTA AO SISTEMA SESP INTRANET O MESMO POSSUI UM MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELA COMARCA DE GARUVA/SC. DIANTE DOS FATOS DEMOS VOZ DE PRISÃO A ADENILSON, REPASSAMOS SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E O ENCAMINHAMOS A DELEGACIA DE POLICIA CIVIL PARA MEDIDAS CABÍVEIS. QUE O INDIVÍDUO EM VOGA É REINCIDENTE NOS CRIMES DE PORTE DE ARMA E TRÁFICO DE DROGAS. ”

Ainda na fase investigativa, foram ouvidos os policiais militares Ricardo Chiarello Marchesi e Sidney Vettori de Moura, responsáveis pela prisão em flagrante.

O policial Ricardo Chiarello Marchesi esclareceu que (mov. 1.4):

“Estavam em patrulhamento quando passaram em frente à residência do pai de ADENILSON, local também conhecido pelo tráfico de drogas. Visualizaram alguém se escondendo entre os galinheiros. Pararam a viatura e desembarcaram. Nesse momento, o réu saiu dos galinheiros e jogou para cima um pacote em cima do telhado. Fizeram a abordagem dele, revistaram os bolsos. Utilizaram uma escada para subir no telhado, acharam um pacote branco, com 87 pedras de crack. Quando consultaram o nome do acusado no sistema, encontraram um mandado de prisão em aberto pelo crime de homicídio na comarca de Garuva/SC. Disse que ADENILSON é faccionado ao PCC. Indagado se o réu admitiu que a droga era de sua propriedade, o depoente disse que sim.”.

Seu colega de farda, Sidney Vettori de Moura detalhou que (mov. 1.6):

“Disse que a equipe estava em patrulhamento visando localizar uma pessoa que havia cometido o crime de feminicídio, quando se deparam com outra situação, que não tinha nada a ver com o patrulhamento inicialmente citado. Que já sabia que ele estava com um mandado de prisão em seu desfavor. Disse que quando ADENILSON visualizou a equipe, o réu jogou um invólucro em cima do telhado da residência. Diante disso, a equipe fez a abordagem, executaram a prisão do acusado pelo mandado. Em seguida, localizaram o objeto que ele havia jogado. No invólucro havia uma quantidade de droga e com o réu uma quantia em dinheiro. Informou que o réu admitiu que as pedras de crack eram dele. Confirmou que havia um mandado de prisão em aberto pela cidade de Garavu/SC. Não sabe dizer por qual delito era o mandado de prisão. ”.



Durante a instrução, essas duas testemunhas confirmaram a versão inicial.

Em juízo, Ricardo Chiarello Marchesi (mov. 91.2) disse que:

“Disse que realizavam patrulhamento na região, onde um pouco antes da prisão de ADENILSON houve um homicídio. Então, estavam procurando o autor de um homicídio. Sabiam, também, que ADENILSON estava com um mandado de prisão expedido pelo estado de Santa Catarina. Quando passaram em frente à residência do genitor do réu, perceberam alguém se escondendo em meio ao galinheiro. Disse que acreditaram que pudesse se tratar do réu ou do autor do homicídio. Resolveram aborda-lo. Quando desembarcaram da viatura, o réu arremessou um pacote branco em cima do telhado. Ato contínuo, procedeu a revista pessoal do réu e localizou R\$ 69 em notas trocadas. Informou que seu colega policial apanhou uma escada para alcançar o telhado e constatou que haviam pedras de crack prontas para serem comercializadas, todas embaladas. Diante do fato, deram voz de prisão ao réu e o encaminharam até a delegacia. Indagado pela defesa como aconteceu a entrada na residência do réu, disse que era um terreno grande, que não tem portão, a casa de ADENILSON é uma casa lateral a de seu pai. Disse que o pai do réu autorizou a entrada da equipe no local. Confirmou que viu o réu jogando a sacola no telhado. Informou que com o rapaz que estava sendo procurado pelo homicídio também foi encontrada uma quantidade de substância entorpecente (crack).”.

E Sidney Vettori de Moura (mov. 91.3) detalhou que:

“Disse que sua equipe ROTAM realizava patrulhamento na tentativa de localizar o autor de um feminicídio. Durante o patrulhamento, passaram em frente à residência de ADENILSON. O réu ao avistar a presença policial, tentou se esconder entre árvores e bananeiras do quintal. No momento em que a equipe desembarcou da viatura, viu que poderia ser ADENILSON, ou o autor do feminicídio. Nesse momento, o réu jogou um invólucro no telhado da casa. Em seguida abordaram o acusado, que constataram que se tratava do réu, indivíduo conhecido no meio policial. Em revista pessoal localizaram quantidade de dinheiro em notas trocadas. Ato contínuo, o depoente subiu no muro e com um cabo de vassoura puxou o objeto arremessado no telhado. Na sacola haviam aproximadamente 90 pedras de crack. Ao consultarem o nome de ADENILSON no sistema, verificaram mandado de prisão em seu desfavor pelo estado de Santa Catarina. Afirmou que procederam ao fiel cumprimento do mandado, bem como a prisão em flagrante por tráfico de drogas. Ao ser indagado pela defesa se a equipe já tinha conhecimento do mandado de prisão antes da abordagem do réu ou depois dela, o depoente respondeu que não se recordava. Afirmou que viu ADENILSON arremessando a sacola no telhado da residência. Disse que ADENILSON primeiramente viu a equipe e tentou se esconder, depois que ele viu que não havia mais o que ele fazer, arremessou a sacola no telhado. Confirmou que foi o depoente quem fez a abordagem inicial no réu, seu parceiro fez a revista pessoal, e após o próprio depoente foi atrás do objeto arremessado. Disse que quando subiu no muro para alcançar a sacola, o vizinho veio ver quem estava no muro, momento em que o depoente solicitou uma vassoura e explicou para ele que havia sido jogado o objeto. Disse que de testemunha ocular somente a equipe. Relatou que o réu estava no início da situação de flagrante delito e correu se esconder. Confirmou que com o suspeito do feminicídio foi encontrada uma quantidade de droga.”.

Colhe-se, de todos esses depoimentos prestados pelos policiais militares que participaram da diligência que culminou na prisão em flagrante do denunciado e da apreensão da droga, que eles estavam realizando patrulhamento em busca de um autor de feminicídio, quando avistaram um indivíduo correndo e se escondendo entre um galinheiro e árvores do quintal da residência. Segundo eles, o indivíduo, ao perceber a aproximação da



equipe policial, correu e escondeu-se no quintal da residência, quando desceram da viatura, visualizaram o indivíduo arremessando algo para cima do telhado, momento em que eles realizaram a incursão na residência do acusado, ocasião em que encontraram com ADENILSON uma quantia em dinheiro e, ao verificar em cima do telhado a sacola dispensada por ele, encontraram 87 pedras de crack, pesando aproximadamente 13 gramas.

Em que pese os policiais tenham informado que o réu era conhecido no meio policial, pois tinha passagens, e que a região era conhecida pelo tráfico de drogas, não realizaram nenhuma diligência anterior para colheita de elementos que justificassem, de fato, o ingresso sem autorização no domicílio do acusado.

Nem se diga, também, que a visualização, pelos milicianos, do réu ter se escondido e em seguida arremessado um objeto no telhado, legitimaria a busca, posto que o simples fato do réu esconder-se em seu quintal ou jogar um objeto, por si só, não configura ilícito penal, nem indicativo de que o estivesse praticando, e, portanto, justa causa para o ingresso desautorizado na residência do réu.

Além disso, segundo informado pelo policial Ricardo, o pai do acusado teria franqueado a entrada dos policiais na residência.

No entanto, tal situação não ficou comprovada nos autos, tendo em vista que não há qualquer documento (autorização para a busca), tão pouco um vídeo que confirmasse tal autorização.

Da mesma forma, ao ser ouvido em Juízo (mov. 91.6), Luilson de Oliveira Rosa (pai do réu) disse que os policiais iniciaram a abordagem, alegando que tinham mandado de busca, e que, em nenhum momento, a equipe policial solicitou a autorização dele para adentrar na propriedade.

Portanto, no caso concreto, ficou evidenciado que os policiais militares adentraram à residência sem prévia autorização judicial, sem permissão dos moradores, motivados, exclusivamente, pelo fato de que, ao ver a equipe policial, o réu teria se escondido no quintal e jogado para o telhado algum objeto, o que não legitima o ato, configurando a invasão de domicílio.

A par disso, sublinhe-se ser entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que a mera “fuga” do indivíduo para o interior de um imóvel, ao perceber a presença da polícia, isoladamente, não configura justa causa para acesso ao domicílio do suspeito.

Nesse sentido:

6. Assim, reconhecida a ilegalidade da entrada dos agentes estatais no domicílio do agravado, devem ser reconhecidas como ilícitas as provas dos crimes de tráfico de drogas derivadas do flagrante no Processo n. 0003566-60.2017.8.21.0014, o que enseja sua absolvição do crime de tráfico de drogas, por ausência de materialidade delitiva. 7. Agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 749.950/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.)

5. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida de exceção, somente admitida se evidenciadas, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, eventual causa de extinção



da punibilidade ou a ausência de justa causa para a ação penal. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 745.504/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS E DE FUNDADAS RAZÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância avança 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 situação de flagrante delito. 2. Conforme constou do acórdão impugnado, após denúncias anônimas a respeito da prática de tráfico de drogas em determinado endereço, os policiais para lá se dirigiram e se depararam com o paciente e outra pessoa saindo do local, os quais correram para o interior do imóvel ao notar a aproximação da viatura, o que motivou o ingresso dos policiais e a apreensão de uma mochila contendo uma porção média de pasta base de cocaína, dois tijolos de maconha, porções de cocaína e de maconha, uma pedra grande e porções de crack, além de certa quantia em dinheiro. 3. A fuga do paciente não autoriza presumir armazenamento de drogas na residência, nem o ingresso nela sem mandado pelos policiais. O resultado utilitário da apreensão da droga não legitima a ação policial à margem da Constituição. O objetivo de combate ao crime não justifica a violação "virtuosa" da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI - CF). 4. Habeas corpus concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da droga, pela violação de domicílio, e, conseqüentemente, absolver o paciente da imputação constante da denúncia, pela qual foi condenado (art. 386, II e VII - CPP). (HC 703.063/RS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2022, DJe 07/04/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. Conforme tem reiteradamente decidido esta Corte Superior de Justiça, atitude considerada suspeita e nervosismo do acusado ao avistar os policiais não constituem justa causa a autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial. Precedentes. 4. O fato de o réu, ao haver avistado os policiais, ter corrido para o interior da residência também não constitui uma situação justificadora do ingresso em seu domicílio, até porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente. 5. 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 de drogas, pois evidente o nexó causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias. 6. Agravo regimental não



provido. (AgRg no HC 591.577/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 16/03/2022)

Em situações similares à do presente caso concreto, esta Corte de Justiça também tem seguido o mesmo entendimento da Corte Superior:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. INCONFORMISMO DA DEFESA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DAS DILIGÊNCIAS QUE CULMINARAM NA APREENSÃO DOS ENTORPECENTES. ACOLHIMENTO. NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POLICIAIS QUE NÃO TINHAM MANDADO JUDICIAL, NEM FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSAR NO DOMICÍLIO DO APELANTE. ATITUDE SUSPEITA, DEVIDO AO NERVOSISMO DO INDIVÍDUO, E FUGA PARA DENTRO DO IMÓVEL, POR SI SÓ, NÃO SÃO ARGUMENTOS VÁLIDOS PARA CONFIGURAR A JUSTA CAUSA. MERA INTUIÇÃO DE TRAFICÂNCIA. MILITARES QUE NÃO REALIZARAM QUALQUER DILIGÊNCIA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER TIPO DE ANUÊNCIA DO MORADOR. PROVA ILÍCITA. CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 4ª Câmara Criminal - 0072180-19.2021.8.16.0014 - Londrina - Rel.: JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU DILMARI HELENA KESSLER - J. 28.11.2022).

APELAÇÕES CRIMINAIS – AÇÃO PENAL PÚBLICA – TRÁFICO DE DROGAS (LEI Nº 11.343 /2006, ART. 33), PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (LEI Nº 10.826/2003, ART. 12 E ART. 14) – SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS 1 E 2 – PRELIMINAR COMUM – ILEGALIDADE DAS DILIGÊNCIAS FLAGRANCIAIS – INVASÃO INJUSTIFICADA DE IMÓVEL PARTICULAR – TESE ACOLHIDA – INGRESSO NO INTERIOR DE IMÓVEL, À VISTA DE VIATURA POLICIAL – COMPORTAMENTO ATÍPICO QUE, DE FORMA ISOLADA, DESSERVE À FORMAÇÃO DE FUNDADA SUSPEITA SOBRE EVENTUAL ESTADO DE FLAGRANTE DELITO – PRECEDENTES – INEXISTÊNCIA DE NOTÍCIA DE PRÉVIAS INVESTIGAÇÕES ALUSIVAS AOS AGENTES, TAMPOUCO DE MOVIMENTAÇÃO INCOMUM DE PESSOAS OU OUTROS INDICATIVOS DA PRÁTICA DE ILICITUDES – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO CONFIGURADA – ABORDAGEM NO QUINTAL DA RESIDÊNCIA – IRRELEVÂNCIA – ESPAÇOS ADJACENTES À CASA, DE USO EXCLUSIVO E CERCADOS, ABARCADOS PELA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – ILICITUDE DO FLAGRANTE E, CONSEQUENTEMENTE, DAS PROVAS RESULTANTES DA APREENSÃO – FRUIT OF THE POISONOUS TREE – MATERIALIDADE INDEMONSTRADA – SENTENÇA REFORMADA – ABSOLVIÇÃO ARRIMADA NO CPP, ART. 386, II. RECURSOS 1 E 2 CONHECIDOS E PROVIDOS. RECURSO 3 PREJUDICADO. 1. O ingresso forçado em residência à minguada de mandado judicial apenas encontra legitimação constitucional – a qualquer hora do dia ou da noite – quando amparado em fundadas razões indicativas quanto à ocorrência de estado flagrancial, cumpridamente evidenciadas,



estas, pelas particulares circunstâncias do caso concreto. 2. O mero ingresso para o interior de um imóvel quando pressentida a aproximação de patrulheiros desserve a legitimar violação domiciliar, máxime quando verificada a desoras. Se a tentativa de evitar contato com agentes policiais sugere alguma irregularidade, certo é que ausentes, todavia, outros sinais concretos que apontem para situação de flagrante delito ('v.g.', como nos casos de crime permanente), tal comportamento evasivo não confere, isoladamente, franquia para acesso violento e desautorizado em residência particular. 3. À luz da teoria 'fruits of the poisonous tree doctrine', o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. É dizer: os elementos probatórios decorrentes do ingresso injustificado em residência serão, também eles, ilícitos e inadmissíveis. (TJPR - 4ª C.Criminal - 0032582-77.2020.8.16.0019 - Ponta Grossa - Rel.: DESEMBARGADOR DOMINGOS THADEU RIBEIRO DA FONSECA - J. 07.08.2022)

Quanto à outra afirmação dos policiais, de que acessaram a residência porque havia um mandado de prisão expedido pelo Estado de Santa Catarina em desfavor do acusado, tal situação está eivada de ilegalidade.

Primeiramente, insta consignar que o relato apresentado pelos policiais sobre o conhecimento pretérito do mandado de prisão é controverso.

Enquanto perante a autoridade policial, o militar Ricardo relatou que, somente após a incursão na residência, consultaram o nome do réu no sistema e verificaram a existência do mandado de prisão. Diversamente do afirmado pelo seu colega de farda, o policial Sidney afirmou que já sabiam que o réu tinha um mandado de prisão em aberto, no momento em que patrulhavam o local.

Em juízo a situação alterou-se, pois o policial Ricardo afirmou que a equipe policial tinha conhecimento prévio da existência de um mandado de prisão em desfavor do acusado. Em contrapartida, o militar Sidney, ao ser indagado pela defesa se a equipe já tinha conhecimento do mandado de prisão antes da abordagem ou após a consulta no sistema, respondeu que não se recordava.

Em que pesem as divergências, os policiais informaram que havia um mandado de prisão em desfavor do acusado. No entanto, tal situação também não bastava para o ingresso domiciliar.

Isso porque, o artigo 293, do Código de Processo Penal, preconiza a seguinte redação:

“Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.”

De acordo com o dispositivo supracitado, para ingressar em domicílio, a fim de dar cumprimento a um mandado de prisão, o executor primeiro deve intimar o morador a entregar o foragido e, depois, em caso de desobediência, se o ato for durante o dia, a autoridade, deverá convocar duas testemunhas, e, com isso, poderá adentrar no imóvel.



Na hipótese, além de não haver sido seguido o procedimento legal acima, não se sabia – com segurança – se o réu (detentor do mandado em seu desfavor) estava ou não dentro da casa, pois diversas vezes os policiais citam que o indivíduo que viram se escondendo atrás do galinheiro poderia se tratar do réu ou do suspeito de ter cometido um feminicídio (razão pela qual patrulhavam a região).

De toda sorte, mesmo que, eventualmente, considerado que o ingresso no domicílio ocorreu em perseguição imediata ao réu – e ainda que seguido o procedimento legal do art. 293, do CPP –, isso não bastaria para validar a apreensão das drogas dentro da propriedade.

Nesse sentido é o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL. MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DO ART. 293 DO CPP. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. 1. Consoante preceito constitucional, o domicílio é asilo inviolável, demandando circunstâncias específicas para a mitigação de sua inviolabilidade, com regramento específico e requisitos expressos em lei e na jurisprudência. 2. "Conforme a jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal, 'o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo [...], pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade' [...]" (RMS n. 57.740/PE, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/3/2021, DJe 29/3/2021).

3. O art. 293 do Código de Processo Penal prescreve que, em caso de cumprimento de mandado de prisão, "[s]e o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso". 4. No caso em tela, a despeito de o proprietário do terreno haver permitido a entrada dos policiais para cumprimento do mandado de prisão, o flagrante foi realizado mediante ingresso forçado em outra residência na mesma propriedade, ocasião em que o agente foi encontrado em posse de drogas. 5. Os policiais alegaram em juízo que o agente empreendeu fuga para a sua residência ao avistá-los, o que não encontra respaldo no testemunho do proprietário do terreno, que afirmou expressamente em depoimento judicializado que, ao sair "para ver a movimentação, não visualizou o acusado, afirmando que ele deveria estar dormindo. Questionado sobre a alegação dos policiais de que teriam visto o acusado correndo para dentro da residência dos fundos, Jair relatou que, assim que autorizou a entrada dos milicianos, entrou na sua casa e não acompanhou a diligência". 6. Portanto, não só as alegações dos policiais não encontram lastro no depoimento da única testemunha que acompanhou a ação policial - ou seja, não há confirmação acerca do requisito de que o executor do mandado verificou com segurança a entrada do foragido em



uma residência - como não foi obedecido o regramento legal que determina a convocação de testemunhas para comprovação das circunstâncias justificadoras do ingresso forçado. 7. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio. (HC n. 695.808 /PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9 /2022.).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E FALSA IDENTIDADE. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. DESVIO DE FINALIDADE E FISHING EXPEDITION. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE 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. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito. 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 598.051/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti), a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, à unanimidade, propôs nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: a) Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito; b) O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada; c) O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação; d) A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo; e) A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade,



sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência. 4. Sobre a gravação audiovisual, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento dos Embargos de Declaração na Medida Cautelar da ADPF n. 635 ("ADPF das Favelas"), reconheceu a imprescindibilidade de tal forma de monitoração da atividade policial e determinou, entre outros, que "o Estado do Rio de Janeiro, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos". 5. Por se tratar de medida invasiva e que restringe sobremaneira o direito fundamental à intimidade, o ingresso em morada alheia deve se circunscrever apenas ao estritamente necessário para cumprir a finalidade da diligência, conforme se extrai da exegese do art. 248 do CPP, segundo o qual, "Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência". 6. É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. 7. Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishing expedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade. 8. Segundo Alexandre Morais da Rosa, "Fishing Expedition ou Pescaria Probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [É] a prática relativamente comum de se aproveitar dos espaços de exercício de poder para subverter a lógica das garantias constitucionais, vasculhando-se a intimidade, a vida privada, enfim, violando-se direitos fundamentais, para além dos limites legais. O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fígados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da, Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emals, 2021, p. 389-390). 9. Sobre o desvio de finalidade no Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: "Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício denominado 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade' são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo, 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 106). 10. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi amparado na possível prática de crime de falsa identidade, na existência de mandado de prisão e na suposta autorização da esposa do acusado para a realização das buscas. 10.1 O primeiro



fundamento - crime de falsa identidade - não justificava a entrada na casa do réu, porque, no momento em que ingressaram no lar, os militares ainda não sabiam que o acusado havia fornecido anteriormente à guarnição os dados pessoais do seu irmão, o que somente depois veio a ser constatado. Não existia, portanto, situação fática, conhecida pelos policiais, a legitimar o ingresso domiciliar para efetuar-se a prisão do paciente por flagrante do crime de falsa identidade, porquanto nem sequer tinham os agentes públicos conhecimento da ocorrência de tal delito na ocasião. 10.2 No tocante ao segundo fundamento, releva notar que, além de não haver sido seguido o procedimento legal previsto no art. 293 do CPP, não se sabia - com segurança - se o réu estava na casa, visto que não fugiu da guarnição para dentro do imóvel com acompanhamento imediato em seu enclauço; na verdade, o acusado tomou rumo ignorado, com notícia de que provavelmente estaria escondido dentro do cemitério, mas os agentes foram até a residência dele "colher mais informações". 10.3 Mesmo se admitida a possibilidade de ingresso no domicílio para captura do acusado - em cumprimento ao mandado de prisão ou até por eventual flagrante do crime de falsa identidade -, a partir das premissas teóricas acima fundadas, nota-se, com clareza, a ocorrência de desvirtuamento da finalidade no cumprimento do ato. Isso porque os objetos ilícitos (drogas e uma munição calibre .32) foram apreendidos no chão de um dos quartos, dentro de uma caixa de papelão, a evidenciar que não houve mero encontro fortuito enquanto se procurava pelo réu - certamente portador de dimensões físicas muito superiores às do referido recipiente -, mas sim verdadeira pescaria probatória dentro do lar, totalmente desvinculada da finalidade de apenas capturar o paciente. 10.4 Por fim, quanto ao último fundamento, as regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a esposa do paciente - adolescente de apenas 16 anos de idade - teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso no domicílio do casal, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo. 10.5 A descoberta a posteriori de uma situação de flagrante decorreu de ingresso ilícito na moradia do acusado, em violação da norma constitucional que consagra direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, o que torna imprestável, no caso concreto, a prova ilicitamente obtida e, por conseguinte, todos os atos dela derivados, porque decorrentes diretamente dessa diligência policial. É preciso ressaltar, contudo, que a condenação pelo crime do art. 307 do CP (falsa identidade) não é atingida pela declaração de ilicitude das provas colhidas a partir da invasão de domicílio, eis que a prática do delito, ao que consta, foi anterior ao ingresso dos agentes no lar do acusado. 11. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas a partir da violação do domicílio do acusado, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolvê-lo das imputações relativas aos crimes do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003. (HC n. 663.055/MT, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 31/3/2022.).



Assim, à míngua de justa causa a motivar e autorizar o ingresso dos policiais na residência, resulta ilícita a diligência realizada e, conseqüentemente, ilegais as provas dela decorrentes, nos termos do artigo 157, do Código de Processo Penal, *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.

§ 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”.

Desse modo, como corolário da ilicitude das provas obtidas, todos os demais elementos probatórios decorrentes da violação de garantia constitucional são igualmente inadmitidos.

Sobre o tema, Renato Brasileiro leciona que:

“(…) o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. (...) Na dicção do Min. Celso de Mello, ‘ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal”.

Relativamente à ilicitude por derivação, o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte já decidiram que:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. ÔNUS DO ESTADO. ILEGALIDADE RECONHECIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 3. Conforme orientação mais recente deste Superior Tribunal de Justiça, o ônus de comprovar o consentimento do flagrantado para fins de entrada no domicílio é do Estado, sendo insuficiente a mera declaração dos policiais nesse sentido. Nesse sentido: HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021. 4. Nesse passo, em suma, havendo controvérsia entre as declarações dos policiais e do flagrantado e inexistindo a comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree). 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 703.991/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5 /2022, DJe de 16/5/2022.)



APELAÇÃO CRIME – TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA EXISTÊNCIA DO FATO CRIMINOSO (ART. 386, II, DO CPP) – RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS NA FASE INVESTIGATÓRIA – PRETENSÃO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DO APELADO PELA CONSECUÇÃO DA NARCOTRAFICÂNCIA – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO CARACTERIZADA NA ESPÉCIE – INGRESSO FORÇADO DOS POLICIAIS NA MORADIA DO RÉU EM DESCOMPASSO À GARANTIA CONTEMPLADA NO ART. 5º, XI, DA CF – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E DE FUNDADAS RAZÕES A AUTORIZAR A MEDIDA INVASIVA – RELATOS DOS POLICIAIS CONTRADITÓRIOS E DESPROVIDOS DE ALICERCE PROBATÓRIO NOS AUTOS – APREENSÃO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NO LOCAL QUE DEVEM SER DESCONSIDERADAS – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE) – PRECEDENTES DO STJ E STF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO (TJPR - 5ª C.Criminal - 0002562-74.2019.8.16.0137 - Porecatu - Rel.: DESEMBARGADOR RENATO NAVES BARCELLOS - J. 27.11.2021)

À vista disso, conquanto tenha sido ultimada a apreensão de entorpecente na parte exterior da moradia do denunciado ADENILSON GONÇALVES ROSA, uma vez reconhecida a nulidade da diligência perpetrada e não havendo outra fonte de prova lícita a sustentar o édito condenatório, está comprometida a comprovação da autoria e da materialidade do delito do tráfico de entorpecentes, pelo que se afigura imperativa a reforma da sentença condenatória proferida, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Logo, deve ser acolhida a preliminar de nulidade da prova obtida, suscitada pela defesa, para o fim de absolvê-lo da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, devendo ser expedido alvará de soltura em seu favor, se por *al* não estiver preso.

Nos termos da fundamentação acima exarada, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso, a fim de absolver o réu do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso II do Código de Processo Penal, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura, se por *al* não estiver preso.

Por fim, nos termos da Resolução nº 113/2010 (alterada pela Resolução nº 237), do CNJ, deve a secretaria da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná comunicar imediatamente o Juízo de origem sobre a modificação dos termos da sentença.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, acordam os Desembargadores da 4ª Câmara Criminal do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, por unanimidade de votos, em julgar CONHECIDO E PROVIDO o recurso de ADENILSON GONÇALVES ROSA.



O julgamento foi presidido pelo Desembargador Carvílio da Silveira Filho, sem voto, e dele participaram a Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau Dilmari Helena Kessler (relatora), o Desembargador Rui Portugal Bacellar Filho e o Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Pedro Luis Sanson Corat.

09 de março de 2023

DILMARI HELENA KESSLER

Relatora Convocada

