



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000642402

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1500329-36.2019.8.26.0530, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante ..., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar e deram provimento ao recurso para absolver ..., com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, sendo determinada a expedição de alvará de soltura, clausulado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e MARCELO GORDO.

São Paulo, 30 de julho de 2020.

AUGUSTO DE SIQUEIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto n. **37152**

Apelação Criminal n. 1500329-36.2019.8.26.0530

Comarca de Cravinhos - 2^a Vara

Apelante: ...

Apelado: Ministério Público



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentença: MM. Juiz Eduardo Alexandre Young Abrahão

Vistos.

... foi condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 166 dias-multa, no valor unitário mínimo, por incursão no artigo 33, "caput", da Lei n. 11.343/06 (fls. 204/209).

Inconformado, apela. Preliminarmente, sustenta a nulidade do ingresso policial em sua residência, configurando prova ilícita. No mérito, busca absolvição por insuficiência de provas, desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da lei antidrogas, redução das penas e, por fim, fixação do regime aberto.

Recurso respondido, tendo, nesta fase, a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo não provimento.

É o relatório.

Pesem os combativos argumentos expostos pelo Ministério Público, fato é que a prova é nula.

Conforme consta, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na denúncia, policiais militares em patrulhamento de rotina perceberam que o apelante, sentado na calçada, ao visualizar a aproximação policial, correu para o interior de sua residência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante de tal comportamento suspeito, os agentes estatais foram no seu encalço, ingressaram no imóvel e surpreenderam o réu no interior do banheiro, portando pacote com aproximadamente 76 g de cocaína.

Na fase policial, o réu manteve-se silente. Em juízo, admitiu a posse da droga, destinada ao próprio consumo, pois usuário.

Os policiais confirmaram os fatos, notadamente o ingresso na residência do réu, sem ordem judicial ou consentimento do morador, fundado no comportamento suspeito de ter fugido ao perceber a aproximação da viatura.

Pois bem.

Não se desconhece que o tráfico de drogas é delito permanente, estendendo a situação flagrancial e justificando o ingresso na casa alheia, independentemente de mandado judicial ou consentimento do morador, e em qualquer horário.

Ocorre que, na hipótese, nada além da mera suposição dos policiais militares, indicava a prática de infração, ao menos naquele momento. Frise-se: não havia notícia de tráfico no local, que não era conhecido como ponto de drogas, inexistia qualquer informação, ainda que anônima, de ilícito cometido pelo réu. O ingresso se deu no âmbito de mero patrulhamento, sem qualquer diligência ou investigação precedente a justificar, minimamente, a restrição ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio.

Frise-se, não estamos diante de uma abordagem de fiscalização na via pública, de indicação efetiva da ocorrência de crime; meras suspeitas não são suficientes a amparar a invasão de domicílio.

Flagrante, em suma, a ilicitude da atuação policial. Invadiram



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

residência, sem mandado de busca e apreensão ou outro indício veemente da prática de crime que justificasse a medida extrema.

Como bem destacado, em recente decisão proferida pelo E. STF, *in verbis*: “a busca sem mandado judicial só seria justificada por uma fundada suspeita da prática de crime, o que não se verificou no caso, revelando assim a ocorrência de flagrante ilicitude que resultou na instauração de persecução criminal, pois ninguém pode ser investigado ou denunciado, processado, e muito menos condenado, com base em provas ilícitas” (HC 138.565, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 18/04/2017).

No mesmo sentido, o STJ:

“RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. **INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. NECESSIDADE DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS.** TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, 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. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exigem. 3. **O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 5. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 11.2, destinado, explicitamente, à proteção da honra e da dignidade, assim dispõe: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” 6. A complexa e sofrida realidade social brasileira sujeita as forças policiais a situações de risco e à necessidade de tomada urgente de decisões no desempenho de suas relevantes funções, o que há de ser considerado quando, no conforto de seus gabinetes, realizamos os juízes o controle posterior das ações policiais. Mas, não se há de desconsiderar, por outra ótica, que ocasionalmente a ação policial submete pessoas a situações abusivas e arbitrárias, especialmente as que habitam comunidades socialmente vulneráveis e de baixa renda. 7. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas, ou que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 8. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. 9. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial – ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro –, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência. 11. Na hipótese sob exame, o acusado estava em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, quando, ao avistar a guarnição de policiais, refugiou-se dentro de sua casa, sendo certo que, após revista em seu domicílio, foram encontradas substâncias entorpecentes (18 pedras de crack). Havia, consoante se demonstrou, suspeitas vagas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pelo réu, em razão, única e exclusivamente, do local em que ele estava no momento em que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina e em virtude de seu comportamento de correr para sua residência, conduta que pode explicar-se por diversos motivos, não necessariamente o de que o suspeito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas.

12. A mera intuição acerca de eventual tráfico praticada pelo recorrido, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, por si só, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o consentimento do morador – que deve ser mímina e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.

13. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu na espécie – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de qualquer preocupação em documentar e tornar imune a dúvidas a voluntariedade do consentimento.

14. Em que pese eventual boafé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada do domicílio do recorrido, de 18 pedras de crack –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

15. Recurso especial não provido, para manter a absolvição do recorrido” (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.574.681 - RS (2015/0307602-3), RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª Turma, j. em 20/04/2017).

Cumpre salientar, ademais, que, na ocasião do julgado acima,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a Sexta Turma do STJ decidiu, à unanimidade, “que não se há de admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, justifique a medida. Ora, se o próprio Juiz só pode determinar a busca e apreensão durante o dia, e mesmo assim mediante decisão devidamente fundamentada, após prévia análise dos requisitos autorizadores da medida, não seria razoável conferir a um servidor da segurança pública total discricionariedade para, com base em mera capacidade intuitiva, entrar de maneira forçada na residência de alguém e, então, verificar se nela há ou não alguma substância entorpecente. A ausência de justificativas e de elementos seguros a autorizar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, pode acabar esvaziando o próprio direito à privacidade e à inviolabilidade de sua condição fundamental”.

Em suma, a regularidade do proceder é uma exigência em benefício das pessoas de bem, da sociedade organizada, ainda que, como no presente caso, sua inobservância possa favorecer pessoa possivelmente culpada.

Ilícita a prova, de rigor a absolvição.

Em face do exposto, acolhe-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso para absolver ..., com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura, clausulado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Augusto de Siqueira

relator