

Registro: 2023.0000247465

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500466-02.2020.8.26.0621, da Comarca de Cruzeiro, em que são apelantes ----- e -----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos apelos defensivos interpostos por ----- E -----, para o fim de reformar a sentença condenatória e absolvê-los da prática dos crimes previstos no art. 33, caput, c.c. o art. 35, caput, da Lei no. 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V. U.

Presentes à sessão de julgamento os Exmos. Advogados Drs. Fernando José Costa Janúncio e Raul dos Santos Pinto Madeira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 28 de março de 2023.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1500466-02.2020.8.26.0621

Comarca: Cruzeiro

Apelantes: ----- e -----

Apelado: Ministério Público

VOTO Nº. 29.080

Apelação. Tráfico de drogas e associação ao tráfico. Pleito objetivando a ilicitude das provas obtidas a partir de denúncia anônima e posterior ingresso em domicílio, por policiais civis, com a consequente absolvição por falta de provas. Possibilidade. Apelantes que teriam guardado, em suas residências, 30 porções de maconha (51,2 g), 10 porções de cocaína (1,5 g) e uma porção menor de maconha (37,85 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Ilegalidade da atuação policial no caso concreto. Diligência policial iniciada por meio de "denúncia anônima" genérica, não esclarecida quanto à sua origem e existência. Entrada na residência da recorrente que ocorreu

sem nenhuma diligência prévia de investigação policial, como o acompanhamento do movimento no imóvel por meio de campanas, com registro documental, ou mesmo o flagrante de uma atividade de mercancia ilícita, não se demonstrando sequer a urgência necessária para a excepcional invasão da residência naquele momento específico por parte dos policiais militares. Dúvidas acerca da existência do suposto consentimento oferecido pela genitora da apelante, quanto à entrada dos policiais no local. Circunstâncias do caso concreto que, em seu conjunto, demonstram a ilicitude da entrada dos policiais no imóvel da recorrente e, por consequência, da apreensão dos entorpecentes. Precedentes do STF e do STJ. Assim, tendo em vista a inadmissibilidade de utilização de tais elementos de prova ilícitos, resta frágil e insuficiente o acervo probatório amealhado para comprovação dos crimes, sendo de rigor a absolvição dos apelantes, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP. Recursos providos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ----- e ----- contra sentença de primeiro grau (fls.

2

595/608), prolatada em 30 de agosto de 2021, pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Claudionor Antonio Contri Junior, da Vara Criminal da Comarca de Cruzeiro, que condenou ----- à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 2.100 dias-multa, e ----- à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.599 dias multa, todos por infração ao art. 33, *caput*, c.c. o art. 35, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Irresignada, por sua defesa técnica, -----
 --- interpôs recurso de apelação objetivando, em síntese, a absolvição dos crimes por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do tráfico para o crime de

porte de drogas para consumo pessoal, bem como a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Também inconformado, por sua defesa técnica, ----- interpôs recurso de apelação objetivando, preliminarmente, o reconhecimento da ilegalidade no ingresso da residência da apelante, bem como no acesso aos dados do seu aparelho celular. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do tráfico para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, bem como a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em suas contrarrazões o Ministério Público bateu-se pelo acerto do *decisum*

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, endossou as contrarrazões ministeriais, opinando pelo improvimento aos recursos.

É o relatório.

3

Devidamente processado, os apelos defensivos comportam provimento, merecendo reforma a sentença atacada.

Conforme descreve a denúncia, em 22 de junho de 2020, por volta das 12h30, na Rua -----, nº.-----, na cidade de Cruzeiro, a corré ----- guardou, para fins de traficância, 10 porções de cocaína (1,5 g) e uma porção de maconha (37,85 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta também que, em 22 de junho de 2020, na Rua -----, Pinheiros, na cidade de Lavrinhas e comarca de Cruzeiro, o corréu ----- guardou, para fins de

traficância, 30 porções de maconha (51,2 g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta ainda que, em data incerta, na cidade de Cruzeiro, os réus se associaram para o fim de praticar, reiteradamente, o tráfico de drogas.

Segundo aponta a peça acusatória, após receberem informações anônimas dando conta da venda de entorpecentes pela corré -----, policiais civis se dirigiram à residência desta última.

Nesse ínterim, com a suposta autorização da genitora da recorrente, os agentes públicos ingressaram no imóvel e, no quarto da corré, localizaram as porções de drogas acima mencionadas, além da quantia de R\$ 68,00.

Na sequência, com a permissão da ré, os policiais vistoriaram o aparelho celular desta, identificando uma conversa mantida com o corréu -----, tratando sobre a

4

existência de entorpecentes guardados em sua residência.

Posteriormente, os policiais compareceram à residência de -----, onde localizaram os demais entorpecentes apreendidos nesta investigação.

Pois bem. A absolvição dos réus é medida de rigor, pois, malgrado aparentemente demonstrada a autoria no decorrer da instrução processual, denota-se ilícita a atuação policial no presente caso e, por consequência, a apreensão das drogas, não havendo, assim, provas suficientes para reafirmar o édito condenatório.

Ouvido em juízo, o policial civil -----

narrou (mídia) ter recebido uma denúncia anônima dando conta do envolvimento da corré ----- com o crime de tráfico de drogas. Com efeito, o depoente, na companhia de seu colega de trabalho, dirigiu-se à residência da corré, sendo atendidos pela genitora desta última, que franqueou à entrada aos policiais. No quarto da acusada, foi encontrada uma bolsa, contendo em seu interior entorpecentes. Ato contínuo, com a permissão de -----, os policiais vistoriaram o aparelho telefônico dela, constatando a existência de mensagens trocadas com ----- tratando sobre o depósito de entorpecentes na residência deste. Diante disso, os policiais se dirigiram ao imóvel de -----, tendo este autorizado a entrada dos agentes no local, sendo apreendidos outras porções de drogas.

No mesmo sentido seguiu o depoimento do policial civil ----- (mídia).

Em juízo, as testemunhas de defesa -----, -----, ----- e ----- nada acrescentaram de

5

relevante ao deslinde dos fatos (mídia).

Interrogada em juízo, ----- negou a prática dos crimes, aduzindo (mídia) não ter autorizado o ingresso dos policiais em sua residência, tampouco a vistoria de seu aparelho telefônico. Defendeu que as drogas localizadas em seu imóvel eram destinadas para consumo próprio.

Interrogado em juízo, ----- negou a prática do crime, sustentando (mídia) jamais ter permitido a entrada dos policiais em seu imóvel. Aduziu que as drogas localizadas em sua residência eram destinadas para consumo pessoal.

Diante do quadro, sob um exame dos elementos de prova insertos nos autos digitais da presente ação penal, extrai-se a existência de sérias dúvidas acerca da legalidade da atuação dos policiais no caso concreto.

Conforme se depreende dos autos, a diligência policial teve como fundamento *exclusivo* uma “denúncia anônima” recebida pelos policiais civis, dando conta da participação da recorrente na traficância.

É possível que a suposta denúncia anônima recebida inicialmente pelos policiais, caso realmente existente, tenha sido realizada por um “informante”, não havendo interesse na divulgação de sua identidade. Outrossim, não se trata de informante protegido ou infiltrado, de modo que seria indispensável a sua oitiva.

Todavia, não há nenhuma informação nos autos que pudesse esclarecer a *origem* da denúncia anônima, a qual, portanto, além de não ter sido devidamente documentada

6

pela polícia na fase de inquérito policial e haver divergência sobre a sua existência, é deveras genérica, impedindo o controle jurisdicional acerca de eventual fundamento válido para a invasão do domicílio da recorrente, sob pena de possibilitar a entrada de agentes públicos na residência de pessoas com base em uma justificativa *geral e automática* de uma denúncia anônima pouco esclarecida.

De outro lado, deve-se salientar que a entrada dos policiais civis no imóvel da recorrente se deu sem nenhuma diligência prévia de investigação policial, como o acompanhamento do movimento dentro e fora do imóvel por meio

de campanhas, com registro documental, ou mesmo o flagrante de uma atividade de mercancia ilícita, não se demonstrando sequer a *urgência necessária* para a excepcional devassa no interior da residência naquele momento específico por parte dos policiais.

Segundo consta nos depoimentos prestados pelos policiais civis, a genitora da recorrente teria *franqueado* a entrada dos agentes públicos no imóvel.

Todavia, tal autorização deve ser vista com reservas no caso concreto. Afinal, a referida genitora não foi identificada nos presentes autos, tampouco intimada para comparecer em juízo e prestar esclarecimentos acerca dos fatos ora investigados.

Não obstante, interrogados em juízo, os réus afirmaram categoricamente jamais terem oferecido qualquer autorização aos policiais para ingressarem em seus imóveis. Outrossim, ----- negou ter permitido a vistoria, pelos

7

policiais, de seu aparelho telefônico, a qual culminou nas diligências efetuadas no imóvel de -----

Em suma, todas essas circunstâncias fáticas específicas do caso concreto, examinadas em seu conjunto, como a denúncia anônima genérica e não esclarecida _ sequer de modo mínimo _ quanto à sua origem e até mesmo quanto à sua existência, bem assim a atuação da polícia, de maneira açodada, com entrada imediata na residência da apelante sem prévia autorização judicial, em situação que não denotava urgência, ausente prévia investigação policial acurada acerca dos fatos, resultam na conclusão de que a apreensão dos entorpecentes, nas casas dos acusados, não se revestiu das

formalidades legais necessárias, a denotar a ilicitude das referidas provas.

Nesse sentido, os seguintes julgados do Plenário do Supremo Tribunal Federal e das duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça:

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

8

tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o

flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados

9

internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões

(justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (STF, Tema 280 de Repercussão Geral,

10

RE 603.616, Pleno, rel. Gilmar Mendes, 05/11/2015, por maioria grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DAS PROVAS. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA DE CONSENTIMENTO DE INGRESSO DO MORADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. *Entende esta Corte que "[o] ingresso regular em domicílio alheio, na linha de*

inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência - cuja urgência em sua cessação demande ação imediata - é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (HC 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min.

Rogério Schietti Cruz, DJe 15/03/2021).

11

2. *Extrai-se dos autos que "no curso de uma investigação de um delito de homicídio contra vítima que era traficante e tinha dívida decorrente desta atividade ilícita, obtiveram informações acerca do local onde estaria preso o suspeito de homicídio e também sobre grande quantidade de drogas existente no endereço do réu Felipe".*

3. *Por outro lado, embora os policiais afirmem que a entrada na residência foi franqueada pelo recorrente, restou delineado na sentença que não foi*

permitido o ingresso, bem como que a testemunha Amanda, namorada do acusado, afirmou que "na manhã dos fatos, dormia com o acusado em um dos quartos, quando foram surpreendidos pela presença de vários policiais civis. A testemunha disse que quando se deu conta, os policiais já estavam no apartamento."

4. Configurada está a nulidade da prisão em flagrante em virtude das provas obtidas ilegalmente, por meio da entrada dos policiais em domicílio alheio desprovida de mandado judicial, sendo necessária, de acordo com a

12

jurisprudência deste Tribunal, "a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: 'campana que ateste movimentação atípica na residência')" (AgRg no HC 665.373/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021), o que, in casu, não ocorreu.

5. Agravo regimental provido. Absolvição do paciente do delito de tráfico de drogas, diante da nulidade das provas obtidas por

meio de invasão de domicílio (art. 157 e § 1º, CPP, e 386, II e VII - CPP).

(STJ, AgRg no HC n. 666.270/SP, 6ª T., rel. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), 7/6/2022, v.u. grifamos)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N.

13

598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, sendo o delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se prostrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando

se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, reafirmou tal entendimento, com o alerta de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito.

2 Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua

14

validade e sua 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.

3. Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito.

4. *No presente caso, a atuação dos policiais responsáveis pela diligência se deu por meio de uma "atitude suspeita" do*

15

réu, afirmada de forma genérica, sem o amparo de mandado de busca e apreensão que os autorizasse adentrar no domicílio do acusado, e sem investigações prévias que permitissem concluir que naquele local estava sendo praticado algum delito, de natureza permanente ou não, e tendo em vista, ainda, que, na esteira dos recentes precedentes desta Corte Superior acima mencionados, deve ser considerada inválida eventual autorização de morador da residência vistoriada, nas hipóteses em

que o consentimento não tenha sido registrado em gravação audiovisual e/ou por escrito, evidencia-se, no caso concreto, a patente ilegalidade da entrada dos policiais no domicílio do envolvido, devendo ser reconhecidas como ilícitas as provas da materialidade do delito previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Diante das informações contidas nos autos, notadamente o acórdão ora impugnado, verifica-se que não houve qualquer referência a prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local, havendo, apenas, a "atitude suspeita" do ora apenado, o que, conforme pacífica

16

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não configura o elemento "fundadas razões" a autorizar o ingresso no domicílio, o que torna ilícita a busca realizada no interior da residência.

6. No julgamento do HC 598.051/SP (Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 15/03/2021), citado acima, a Sexta Turma desta Corte estabeleceu o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e

demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. Diante de tal ponderação, não há como se pretender fazer retroagir as recentes recomendações desta Corte quanto à validade do consentimento oral emitido por morador de residência na qual foi efetuada busca domiciliar em 4/10/2018, para se exigir que tal consentimento fosse dado por escrito e filmado.

17

7. No caso concreto, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o acusado teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

8. A descoberta, a posteriori, de droga no interior do domicílio (7,21g de cocaína) não ilide a prévia ilegalidade da invasão forçada ao domicílio.
9. *Devem ser consideradas ilícitas as provas, anulando-se a condenação decorrente e declarando-se a absolvição da acusada, nos termos do art. 386, inciso II, do CPP.*
10. *Agravo regimental não provido.*
(STJ, AgRg no REsp n. 1.987.717/MG, 5ª T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 7/6/2022, v.u. grifamos)

Por consequência, diante da ilegalidade da invasão de domicílio da recorrente no caso concreto e, por consequência, da apreensão das drogas e dos objetos supramencionados, resta inadmissível a utilização de tais

18

elementos de prova ilícitos, à luz do art. 157 do Código de Processo Penal, assim como os entorpecentes apreendidos na residência de -----, por serem derivados da ilicitude ora constatada, à luz do disposto no § 1º do dispositivo acima referido.

De tal sorte, pela carência probatória, não restaram demonstradas autoria e materialidade dos delitos, sendo de rigor a absolvição dos recorrentes pela prática dos crimes imputados na sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou**

provimento aos apelos defensivos interpostos por -----
-----, para o fim de reformar a sentença condenatória e absolvê-los da prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c.c. o art. 35, *caput*, da Lei nº. 11.343/06, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

Relator