



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000005047

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501560-63.2022.8.26.0540, da Comarca de Rio Grande da Serra, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados DAVID VIEIRA RODRIGUES DE SOUZA e JEAN FERREIRA DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) E FLAVIO FENOGLIO.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501560-63.2022.8.26.0540.

Comarca de Rio Grande da Serra.

Apelante: Ministério Público.

**Apelados: David Vieira Rodrigues de Souza.
Jean Ferreira de Souza.**

Voto nº 49.502.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECURSO DESPROVIDO. I. **Caso em Exame** 1. Apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença que condenou o réu David Vieira Rodrigues de Souza pelo crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e absolveu o corréu Jean Ferreira de Souza do crime de tráfico de drogas, bem como ambos os réus do crime de associação para o tráfico, com fundamento na ilicitude das provas obtidas mediante invasão de domicílio. II. **Questão em Discussão** 2. A questão em discussão consiste em saber se a condenação pelo crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico é possível com base em provas obtidas de forma ilícita, em violação ao artigo 5º, XI, da Constituição Federal. III. **Razões de Decidir** 3. Ficou comprovado que o ingresso no domicílio do réu David ocorreu sem autorização válida ou situação de flagrância prévia, configurando violação à inviolabilidade domiciliar, garantida pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal. 4. A apreensão de entorpecentes no interior do imóvel foi considerada ilícita, aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada (artigo 157 do Código de Processo Penal), comprometendo toda a prova derivada e inviabilizando a condenação dos réus com base nessas evidências. 5. A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reforça que a ausência de fundadas razões para o ingresso em domicílio torna as provas decorrentes inválidas para sustentar condenações. IV. **Dispositivo e Tese** 6. Recurso conhecido e desprovido. Mantida a absolvição dos réus pelo crime de associação para o tráfico e do réu Jean Ferreira de Souza pelo crime de tráfico de drogas. *Tese de julgamento:* “1. A inviolabilidade domiciliar prevista no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, somente pode ser mitigada em casos de flagrante delito, desastre ou para prestação de socorro, ou mediante ordem judicial. 2. Provas obtidas mediante invasão de domicílio sem justificativa válida são ilícitas e inadmissíveis no processo penal, não podendo fundamentar condenação.” **Legislação Citada:** CF/1988, arts. 5º, XI e LVI; CPP, art. 157; Lei nº 11.343/2006, art. 33. **Jurisprudência Citada:** STJ, REsp nº 1574681, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 20.04.2017; STJ, AgRg no RHC nº 167093, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 22.11.2022,

DJe 25.11.2022; STJ, AgRg no RHC nº 678117, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 18.10.2022, DJe 21.10.2022.

1. Perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Rio Grande da Serra, os réus David Vieira Rodrigues de Souza e Jean Ferreira de Souza foram denunciados como incurso nos artigos 33, “*caput*”, e 35, “*caput*”, ambos da Lei nº 11.343/2006, porque no dia 12 de agosto de 2022, por volta de 20h00min, na Avenida Jean Lieutaud, nº 433, Vila Lavínia, naquela cidade, na via pública, David trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para consumo de terceiros, cinquenta e quatro porções de maconha, duzentas e vinte porções de cocaína e duzentas e quinze porções de crack, bem como porque, na Estrada da Maratona, nº 1.434, Vila Niwa, naquela cidade, David e Jean mantinham em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para consumo de terceiros, mil e sessenta e oito porções de maconha, setecentas e vinte porções de cocaína, trezentas e dez porções de crack, vinte porções de ecstasy e sete frascos de lança-perfume, totalizando ambas apreensões o montante de 2440,11g de maconha, 247,7g de cocaína, 343,06g de crack, 37g de ecstasy e 298ml de lança perfume, e, ainda, em momento anterior, naquela cidade, David e Jean associaram-se entre si e a outras pessoas para o cometimento do crime previsto no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006.

Ao término da instrução, a ação penal foi julgada parcialmente procedente e o réu David condenado a quatro anos e dois meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto, e ao pagamento de quatrocentos e dezesseis dias-

multa, no piso mínimo pela prática do crime previsto no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006. Na mesma decisão, o réu David foi absolvido da imputação remanescente e o corréu Jean foi absolvido das acusações feitas contra ele nestes autos, com fulcro na violação ao artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988 (fls. 287/295).

Inconformado, o Ministério Público recorreu em busca da condenação dos acusados nos termos da denúncia, sustentando estarem provadas as imputações.

Regularmente processado o recurso, pelo provimento opinou a douta Procuradoria de Justiça.

É a síntese do necessário.

2. De início, cabe ressaltar que a condenação do réu David como incurso no crime previsto no artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11.343/2006 foi mesmo correta, pois ao cabo da instrução ficaram provadas autoria e materialidade dos fatos, assim como o dolo com que ele agiu, notadamente em face da sua confissão em Juízo, corroborada pelas firmes declarações das testemunhas inquiridas (fls. 2/3, 4/5, 6, 7, 8, 288/290 e registro digital), tudo a bem conduzir à certeza de que ele praticou mesmo o delito de tráfico de drogas descrito na denúncia.

Aliás, tanto foi justa a condenação que o réu David com ela se conformou e não recorreu, insurgindo-se unicamente o Ministério Público em busca da condenação do réu Jean pelo crime de tráfico de drogas, e de ambos os réus pelo crime de associação para o tráfico, nos termos da denúncia.

Na análise do inconformismo, cabe desde logo reconhecer, em que pese o respeito devido ao entendimento do nobre Promotor de Justiça apelante, que contou com o apoio da ilustrada Procuradoria de Justiça, que o recurso não comporta provimento.

De fato, toda a prova reunida nos autos, inclusive as declarações dos guardas civis municipais responsáveis pela prisão dos réus, revela o ingresso desautorizado dos agentes públicos na residência onde fora apreendida parte dos tóxicos, embora não houvesse qualquer elemento concreto a indicar estivesse ali ocorrendo flagrante de algum crime, para que se autorizasse a busca realizada na forma como ocorreu.

Assim, a absolvição do réu Jean pelo crime de tráfico de drogas, e de ambos os réus pelo crime de associação para o tráfico era mesmo de rigor, pelo reconhecimento da insuficiência de provas, pois de origem ilícita aquelas produzidas, consubstanciadas na apreensão de entorpecentes mediante invasão de domicílio, fora das taxativas hipóteses excepcionadas pela Constituição Federal.

No auto de prisão em flagrante, o réu David Vieira Rodrigues de Souza afirmou que *“Jean mora com o interrogando há alguns meses; que, a droga que estava na residência do interrogando pertence a Jean; que, pegou uma parte da droga para levar na biqueira sendo que Jean iria pagar a quantia de cinquenta reais por esse serviço; que, ao ir levar a droga foi abordado pela guarda municipal e depois conduzido para a Delegacia de Polícia, que, soube ter sido preso Jean no interior do imóvel do interrogando pelos guardas municipais; que, soube que as drogas foram localizadas pelos guardas municipais no imóvel; que, está arrependido de ter praticado tal*

conduta". Em Juízo, sustentou que "a acusação é verdadeira; estava passando por dificuldades e está arrependido; um homem ofereceu drogas; tinha que levar as drogas em um lugar; foi só uma vez; na mochila, estava carregando pedra e pó; não lembra muito bem quais tipos de entorpecentes estava carregando na mochila; o dinheiro não era referente ao tráfico; as drogas encontradas na casa não lhe pertenciam; Jean estava dormindo na casa; pediu para Jean ir embora; as drogas achadas na sacola eram de Jean; foi e continua sendo ameaçado por Jean; e não conhece os guardas", como constou de seu interrogatório, transcrito na sentença (fls. 7, 290 e registro digital).

Por seu turno, o réu Jean Ferreira de Souza afirmou no auto de prisão em flagrante que *"estava dormindo no imóvel de David quando da chegada da guarda municipal; que, a droga localizada no imóvel pertence a David; que, apenas pediu para dormir no local; que, a droga não pertence ao interrogando".* Em Juízo, alegou que *"a acusação é falsa; estava dormindo na casa de David; não sabia das drogas; de acordo com um dos guardas, seria liberado, dependendo do que David falasse; David o responsabilizou; se soubesse das drogas, não teria ficado na casa de David; não estava morando com David; não traficava drogas; há 4 (quatro) anos, foi pego no tráfico; não ficava em biqueiras nem vendia drogas; não sabia que David estava mexendo com coisas erradas; é usuário de drogas; David também é usuário de drogas; não sentiu cheiro de substância entorpecente na casa, porque as drogas estavam no guarda-roupa; David falou que sairia e logo voltaria e estava com uma mochila; não viu o que havia na mochila; na sacola, foram encontrados entorpecentes; Tiago entrou na casa; não viu documento com Tiago; a casa é de David; e segundo David, os guardas obrigaram-no a responsabilizá-lo",* como constou de seu interrogatório, transcrito na sentença (fls. 8, 290 e registro digital).

Nos aspectos relevantes, o guarda civil municipal Tiago Almendro Serrano relatou no auto de prisão em

flagrante que “realizava patrulhamento na companhia da guarda municipal Paulo, pela cidade de Rio Grande da Serra, quando pela Rua Jean Lieutaud, 433, avistaram um indivíduo em atitude suspeita num local conhecido como ponto de tráfico, que ficou um pouco nervoso ao ver a guarnição, o que gerou mais suspeita, e resolveram fazer a abordagem. Ao abordar o acusado DAVID VIEIRA RODRIGUES DE SOUZA, este entregou sua mochila e ao ser indagado sobre o que tinha no interior dela, disse: “um monte de droga que eu entregava pra biqueira”, e ao abrirem a mochila perceberam várias substâncias que aparentavam ser drogas (215 crack, 54 maconha, 220 cocaína). Também o valor de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais). Diante dos fatos, proferiram voz de prisão ao acusado DAVID VIEIRA RODRIGUES DE SOUZA, o sendo conduzido à delegacia de polícia, onde, apresentado perante a autoridade policial, solicitou que fossem a residência do acusado buscar documento de identidade do mesmo e a família. No local os guardas foram recebidos pela testemunha Sara, irmã de David que franqueou a entrada no imóvel (estrada da maratona, 1434, Rio Grande da Serra) e foi junto, indicando onde estava o documento. No interior do imóvel sentiram cheiro forte de maconha e delimitaram no acusado JEAN FERREIRA DE SOUZA o próximo a ele uma sacola plástica, com o cheiro de maconha, que ao se abrir constatou-se que no seu interior haviam várias substâncias que aparentavam ser drogas (310 crack, 720 cocaína, 1068 maconha, 20 ecstasy e 7 lança-perfume). O depoente percebeu que as embalagens das drogas localizadas com David eram parecidas e que estavam no imóvel com Jean. Indagaram Jean sobre a droga e ele disse que era dele. Foi dada voz de prisão para ele e o conduziram para a Delegacia de Polícia. Na delegacia de polícia David negou que a droga era sua dizendo aos guardas municipais que a droga era de JEAN.” e no mesmo sentido foi o depoimento do guarda civil municipal Paulo de Olinda Silva. Em Juízo, como constou da transcrição dos depoimentos, feita na sentença, “Tiago Almendro Serrano, guarda civil municipal, declarou que: a equipe estava em patrulhamento; um indivíduo ia acessar uma viela conhecida como ponto de tráfico de

drogas, contudo, quando viu a viatura, voltou; foi efetuada a abordagem; o indivíduo disse que estava carregando drogas na mochila; constatou-se a presença de maconha, cocaína e crack na mochila; eram porções para venda; não lembra se houve apreensão de dinheiro; na delegacia, o delegado pediu para buscar o documento do indivíduo; a irmã do indivíduo abriu a porta da casa e entregou o documento; sentiu cheiro forte de substância entorpecente; outro rapaz estava na casa e foram encontradas mais drogas; a sacola com drogas era do tamanho de um saco de lixo de cinquenta litros; salvo engano, esses entorpecentes consistiam em maconha, cocaína e crack; as drogas achadas na sacola e as drogas encontradas na mochila estavam acondicionadas de forma semelhante; não recorda se David mencionou Jean; não conhece os réus; não lembra se houve denúncia anônima; também não lembra o que Jean falou; David disse que ia entregar os entorpecentes no ponto de tráfico de drogas; não notou se Jean tinha usado drogas; Jean estava deitado na cama e, ao lado, perto da cama, estavam os entorpecentes; entrou na casa com a irmã de David; Paulo ficou aguardando do lado de fora; a irmã de David pediu para que entrasse com ela; no local, as casas são integradas; é como se fosse uma área de invasão; não recorda onde estava o documento; não sabe se alguém tentou entrar em contato com a família de David; e não arrastou móveis. Paulo de Olinda Silva, guarda civil municipal, declarou que: estava em patrulhamento com Tiago; os dois avistaram um indivíduo; quando viu a viatura, esse indivíduo mudou de sentido; o indivíduo foi abordado e disse que estava carregando entorpecentes na mochila e que ia abastecer um ponto de tráfico de drogas; na delegacia, o delegado pediu o documento do indivíduo; foram ao endereço fornecido pelo indivíduo; a irmã do indivíduo falou que o documento não estava no local, indicou outro lugar e pediu para que alguém entrasse com ela, pois não conhecia o lugar e estava com medo; Tiago e a irmã do indivíduo entraram; outro rapaz estava dormindo e, ao lado, havia uma sacola com drogas; Tiago sentiu cheiro de substância entorpecente; segundo Tiago, a sacola estava um pouco perto de Jean; David não falou nada sobre Jean; não viu Jean confessando; não conhece os réus; as drogas achadas na sacola e as drogas encontradas na mochila estavam acondicionadas de forma

semelhante; não lembra se houve apreensão de dinheiro; David ficou na delegacia; não sabe quem localizou o documento; na viatura, o documento já estava com Tiago; foram até a casa da irmã de David e ela indicou a casa do irmão; e David estava perto de um local conhecido como ponto de tráfico de drogas” (fls. 3/4, 4/5, 289/290 e registro digital - grifei).

De sua parte, Sara Vieira Rodrigues de Souza declarou no inquérito policial que *“é irmã de David; Que não presenciou a prisão do seu irmão; Que em dado momento guardas municipais estiveram na sua residência solicitando o documento de identificação de seu irmão; Que a depoente levou os guardas até a residência de seu irmão e abriu para que estes pudessem pegar seu documento de identificação; Que a depoente abriu e conduziu os guardas ao interior da residência; Que no interior do local encontrava-se um rapaz de alcunha “boy” dormindo; Que os guardas municipais disseram que o rapaz que estava no imóvel seria conduzido a delegacia de polícia de Ribeirão Pires; Que a depoente afirma que o rapaz morava com seu irmão há alguns meses; Que a depoente suspeitava que seu irmão e o amigo guardavam entorpecentes na residência, mas que a venda não era feita naquele local e sim, nas imediações do imóvel; Que a depoente desconfiava que seu irmão vendia drogas em decorrência de saber que o mesmo era usuário bem como seu amigo; Que não presenciou a apreensão da droga em razão de ter ficado nervosa e ficado na porta da residência do seu irmão”*. Em Juízo, declarou que *“David foi preso na Vila Lavínia; os guardas foram até a casa dela e pediram para abrir a porta da casa de David; eles queriam o documento de David; sozinha, procurou o documento; enquanto isso, Jean foi preso; não achou o documento; Jean estava dormindo na casa de David; a casa dela e a casa de David são diferentes, ficam na mesma comunidade, não no mesmo terreno; conhece Jean de vista; não fala com Jean, pois ele ameaça David; Jean estava morando com David; devido ao envolvimento de Jean com o tráfico, ela e as outras pessoas da família pediram para David tirar Jean da casa; David é usuário de*

drogas e não está envolvido com o tráfico; apenas viu David na delegacia; a porta da casa de David estava aberta; Jean é conhecido como Boy; durante alguns meses, Jean ficou morando na casa de David; os guardas encontraram drogas na casa; não viu os guardas encontrando os entorpecentes, porque estava procurando o documento e começou a chorar; na comunidade onde moram, já viu venda de drogas; não viu nada sobre abastecimento de drogas; David disse que Jean estava doente e ofereceu R\$ 20,00 (vinte reais) para levar os entorpecentes; David fala que é ameaçado por Jean na cadeia; segundo David, Jean a culpa pela prisão; na Vila Lavínia, há ponto de tráfico de drogas; via Jean na biqueira; os guardas falaram que David estava na viatura; não havia documento na casa de David; não sabia dos entorpecentes achados no local; as coisas foram arrastadas; e os guardas não mencionaram mandado de busca e apreensão”, como constou de seu depoimento, transcrito na sentença (fls. 6, 288/289 e registro digital).

Ora, no caso dos autos, inquestionável que os agentes públicos não dispunham de qualquer elemento concreto que pudesse justificar o ingresso na residência onde foi apreendida parte dos tóxicos, pois afirmaram ter nela entrado apenas para buscar o documento pessoal do réu David, com a suposta anuência de Sara, o que evidentemente não justificava o seu proceder, notadamente porque a entrada não poderia ser franqueada por pessoa que sequer residia naquele imóvel e tampouco se encontrava no local dos fatos, tendo sido levada para lá pelos guardas civis municipais que a buscaram em outra casa.

Assim, não seria possível extrair desse contexto a fundada suspeita do cometimento do ilícito no domicílio. Não poderiam os guardas civis municipais, portanto, ter avançado para o interior da casa, em abusiva diligência, à cata de evidências da prática de uma eventual infração penal. Não podiam, assim,

entrar na moradia, se não havia situação de flagrância prévia, de que tivessem ciência antes da indevida invasão. No caso, a circunstância de terem os agentes públicos se dirigido ao local para buscar os documentos pessoais do réu David, como afirmaram, não autorizava a inopinada entrada deles, notadamente porque não houve menção à existência de denúncias de prática de crimes no local ou da existência de algo ilícito no interior da casa.

No caso vertente, fica claro que não se tratava de flagrante de crime permanente presenciado pelos guardas civis municipais, a autorizar o ingresso deles na casa dos acusados, mas antes, de diligência levada a cabo com ofensa ao princípio constitucional que garante o respeito à inviolabilidade do domicílio alheio, a comprometer de forma insuperável a validade da prova colhida nessas circunstâncias.

Na forma como se deram os fatos, não poderiam ter os guardas civis municipais avançado imóvel adentro, em abusivo proceder, amparado em meras impressões pessoais. É preciso notar que a validar diligências dos agentes públicos em tais circunstâncias, a vedação de invasão de domicílio será reduzida a nada, porque é óbvio que a sua licitude, na ausência de prévia fundada suspeita, não pode ficar na dependência do êxito ou não da diligência que os guardas civis municipais arbitrariamente entenderam por bem empreender, como a aqui versada, com invasão da esfera da intimidade de alguém para, só então, constatarem a ocorrência de um crime e assim prenderem o suspeito.

Nesse ponto, cabe aqui transcrever e ratificar como razões de decidir trecho da fundamentação do digno magistrado sentenciante, que esteve em contato direto com as

provas e bem ressaltou que “*como o ingresso na casa de David, onde Jean estava, violou o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988 (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), David, no que se refere à associação para o tráfico, e Jean, em relação ao tráfico e à associação para o tráfico, devem ser absolvidos. De fato, David, na delegacia, indicou o endereço de Sara, porém isso não significa que tenha autorizado o ingresso dos guardas civis municipais na casa dele. Ademais, a partir dos depoimentos de Sara e do guarda Paulo na audiência de instrução, conclui-se que David e Sara moram em casas diferentes, ou seja, somente David poderia autorizar o ingresso na casa dele, não Sara. Não ficou sequer comprovado se Sara tinha a chave do lugar de moradia de David (na fase processual, Sara afirmou que a porta da casa de David estava aberta). Ainda, Sara, na audiência de instrução, de modo diferente do que foi declarado pelos guardas civis municipais, não disse que pediu para alguém entrar com ela na casa de David. No que concerne a eventual ordem judicial e a eventual situação de flagrante, não havia mandado de busca e apreensão (se houvesse, não seria adequado cumpri-lo durante a noite) e inexistia indicativo prévio de que drogas eram mantidas em depósito (os guardas civis municipais estavam em busca do documento de David; o guarda Tiago somente sentiu cheiro de substância entorpecente ao entrar na casa de David, tanto que o guarda Paulo ficou do lado de fora e não sentiu tal cheiro; e o guarda Paulo, na audiência de instrução, declarou que David não falou nada sobre Jean). Consequentemente, levando-se em consideração a teoria dos frutos da árvore envenenada e devido à inaplicabilidade, no caso, da teoria da descoberta inevitável e da teoria da fonte independente, as provas obtidas na casa de David e as provas derivadas das obtidas nesse local são ilícitas” (fl. 292).*

Ademais, não é por cuidar a hipótese de crime permanente que estão legalizados todos os atos praticados

pelos agentes públicos. Para se legitimar o flagrante em delitos dessa natureza é necessário, como já ressaltado, que haja fundada suspeita sobre o cometimento do crime ou posse de material ilícito, e não mera possibilidade, razão pela qual a apreensão do tóxico e a prisão do réu Jean, resultantes de diligência feita ilegalmente, não têm qualquer validade, porque a despeito de ser o tráfico infração permanente, a ilicitude aqui antecedeu a apreensão da droga, diante do ingresso arbitrário dos agentes públicos em casa alheia, sem as cautelas devidas e ao desamparo das normas processuais penais e do estabelecido na própria Constituição Federal. E se exorbitaram, confiados em frágeis ilações, incorreram em conduta ilícita, que maculou toda a prova decorrente dessa precipitada atuação, o que nem mesmo o posterior encontro de tóxico no local é capaz de validar, já que a ilicitude é anterior à própria apreensão, como já se destacou.

Sendo assim, a despeito de os guardas civis municipais terem desvendado crime permanente, consistente na posse de entorpecente destinado ao comércio ilegal, não se torna legítima a prova decorrente da abusiva atuação deles, levada a efeito sem que houvessem fundadas razões para a diligência. Realizada sem as cautelas impostas pelo artigo 5º, XI, da Constituição Federal, a busca resultou em apreensão nula, diante do comportamento ilícito dos agentes públicos, que violaram domicílio alheio, circunstância que compromete a comprovação da própria materialidade da infração.

A propósito do tema aqui versado, cabe trazer à colação exemplar julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: “*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 exige. 3. O ingresso regular de domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamenta em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior 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) De 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 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 irritado 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 o domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciada a 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 cometia, no momento, ação caracterizadora de mercancia ilícita de drogas. 12. A mera intuição acerca de eventual traficância 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 mínima 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 boa-fé 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 frutas off lhe piso-nos treze doutrine, de origem norteamericana), 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." (REsp nº 1574681, 6ª Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 20.04.2017, DJe de 30.05.2017).

E esse firme posicionamento da augusta Corte Cidadã, no sentido de exigir o respeito às garantias individuais preconizadas na Constituição Federal, tem sido reiteradamente reafirmado, como se colhe de recentes decisões: *"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)." (AgRg no RHC nº 167093, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 22.11.2022, DJe 25.11.2022 - **destaquei**) e: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Considera-se ilícita a busca pessoal e domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP, bem como a prova dela derivada, não sendo razoável considerar que o nervosismo do acusado ao avistar a autoridade policial, por si só, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida. 2. O que veio depois, em termos de suposta permissão de entrada no domicílio, deixa de ter relevância penal, porque não constatado adredemente o caso de flagrante delito a que se refere a Constituição (art. 5º, XI), que precisa ter eficácia sob pena de tornar-se letra morta, ou um pedaço de papel

(Konrad Hesse). 3. De acordo com o mais recente entendimento jurisprudencial desta Corte, é imprescindível a prova do consentimento do morador para ingresso dos policiais em seu domicílio, o que não se constata na hipótese, não sendo suficiente, por si só, a verificação de atitude suspeita do recorrente ou mesmo a apreensão da droga em sua posse. 4. Sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, deve ser reconhecida a ilegalidade da prova, bem como das provas dela derivadas, inclusive a busca e apreensão domiciliar, nos termos do art. 157, caput e § 1º, do CPP. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no RHC nº 678117, 6ª Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador convocado do TRF 1ª Região, julgado em 18.10.2022, DJe 21.10.2022).

Diante disso, resta evidente a invalidade da atuação dos guardas civis municipais, que em contrariedade aos limites impostos ao poder estatal pela Carta Magna, ingressaram em imóvel alheio, sem autorização e sem que configurada qualquer das exceções previstas no texto constitucional, e realizaram buscas sem que houvesse suspeita fundada, grave e séria da existência de situação de flagrância de crime permanente que queriam reprimir.

De fato, dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e o artigo 157, “caput”, do Código de Processo Penal, repetindo o comando constitucional, acrescenta que são consideradas ilícitas as provas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, exatamente o que aqui ocorreu, razão pela qual não podem ser consideradas para amparar a condenação dos réus, pois, se é certo que Juízes e Tribunais não devem concorrer para dificultar o combate ao tráfico de drogas, infração cuja gravidade não se discute, mais certo ainda é que não podem tolerar comportamento afrontoso ao regime constitucional



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vigente, como o revelado nestes autos.

Portanto, à míngua de prova válida a demonstrar a prática delituosa imputada na denúncia, a solução era mesmo a absolvição do réu Jean pelo crime de tráfico de drogas, e de ambos os réus pelo crime de associação para o tráfico, tal como decretada em primeira instância, de modo que o desprovimento do apelo do Ministério Público se impõe.

3. Destarte, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
- Relator -