



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000452194

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503411-41.2023.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante WENGRHEY VINICIUS AMERICO VOLPATO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso, acolheram a preliminar para reconhecer a nulidade da decisão judicial de fls. 14/15 dos autos em apenso, que autorizou a busca e apreensão, e, no mérito, por v.u. deram-lhe provimento para absolver o apelante da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal. Considerando a absolvição do apelante, revogaram as medidas cautelares impostas por ocasião da concessão da liberdade provisória. Oficie-se, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.033

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1503411-41.2023.8.26.0302

Apelante: Wengrhey Vinícius Américo Volpato

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ILICITUDE PROBATÓRIA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. CASO EM EXAME

1.1. Apelação interposta pela defesa de WENGRHEY VINÍCIUS AMÉRICO VOLPATO, contra a r. sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú, que o condenou à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

1.2. A defesa aponta a ocorrência de ilicitude probatória por força da violação à garantia da intimidade e da inviolabilidade domiciliar. Sustenta que a busca domiciliar foi ancorada, exclusivamente, em denúncia anônima. Argumenta que a decisão judicial que autorizou a busca e apreensão e que determinou a quebra de sigilo de dados do aparelho celular carece de suficiente fundamentação. Subsidiariamente, pugna pela redução da reprimenda.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO

Apelante condenado pela prática do tráfico de drogas porque, nas condições descritas na denúncia, guardava, no interior de sua residência, para entrega de consumo de terceiros, porções de maconha e cocaína.

3. RAZÕES DE DECIDIR

3.1. A inviolabilidade do domicílio mereceu, por parte do legislador constituinte, a devida tutela no contexto dos

direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XI, Constituição Federal). Trata-se de corolário do direito à privacidade, figurando, dessa forma, como a sua garantia. A inviolabilidade, contudo, não possui contornos absolutos tendo o próprio legislador indicado as hipóteses excepcionais de sua restrição.

3.2. O ingresso regular na casa alheia depende da convergência de justa causa. A situação de flagrante deve ser indicada ou deduzida pelas circunstâncias fáticas, sob pena de se admitir que invasões arbitrárias possam ser tomadas sacrificando-se a garantia constitucional. Precedentes do STJ e do STF. A ordem judicial de busca e apreensão, por sua vez, deve ser produto de decisão devidamente fundamentada que exponha os elementos concretos que confirmam quadro de justa causa autorizador da restrição do direito fundamental.

3.3. Ausência de quadro de justa causa que autorizasse o ingresso forçado, independentemente de ordem judicial. Representação lastreada, substancialmente, em denúncias anônimas e em um suposto boletim de ocorrência, registrado pela genitora do apelante, indicando que o apelante estaria em de entorpecentes.

3.4. A mera presença de denúncias anônimas indicando o envolvimento do acusado com o tráfico de drogas não servem para demonstrar a justa causa necessária para o ingresso domiciliar forçado. Precedentes do STJ.

3.5. Suposto boletim de ocorrência que teria sido registrado há mais de 3 anos, inexistindo contemporaneidade entre os fatos indicados e a diligência policial. Boletim de ocorrência que sequer foi juntado aos autos. Genitora do acusado que não foi ouvida ao longo da persecução, inviabilizando, assim, a confirmação das informações constantes no suposto registro de ocorrência.

3.6. Diligências policiais realizadas nas imediações da residência que não teriam apurado elementos mínimos indicativos da traficância. Indícios da prática de crime permanente que somente foram obtidos a partir do ingresso forçado - lastreado exclusivamente em decisão judicial desprovida de fundamentação idônea - quando, então, os policiais obtiveram a certeza visual da infração penal.

3.7. Busca e apreensão que se deu, exclusivamente, em razão do cumprimento do mandado lastreado em decisão judicial desprovida de fundamentação idônea. Violação do direito fundamental à privacidade materializada pela inviolabilidade domiciliar. Ilicitude probatória. Precedentes.

3.8. Busca e apreensão ilícita. Contaminação das provas derivadas. Frutos da árvore envenenada. Contaminação da prova oral representada pelo depoimento dos

policiais encarregados da diligência. Ausência de circunstâncias que rompessem o efeito contaminatório. Absolvição de rigor, nos termos do art. 386, inciso V, do CPP.

4. DISPOSITIVO

Recurso conhecido. Acolhimento da preliminar de ilicitude probatória com a proclamação da absolvição. Revogação das medidas cautelares.

5. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTES CITADAS:

Legislação: CF/1988, art. 5º, XI e LVI; CPP, art. 157, caput e §1º, art. 240; Lei 11.343/2006, art. 33, caput.

Jurisprudência: STF, Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 09/05/2016, publicado em 10/05/2016. STJ, REsp nº 1574681/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017. STJ, AgRg no AREsp nº 1489692/AM, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 02/10/2019. STJ, HC nº 499.163/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020. STJ, RHC nº 112.623/AL, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019. STJ, REsp nº 1787855/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019. STJ, AgRg no REsp nº 1753662/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018. STJ, AgRg no REsp nº 1704746/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de **WENGRHEY VINÍCIUS AMÉRICO VOLPATO**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito João Pedro Vieira dos Santos, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaú**, que, julgando procedente a ação penal, condenou o apelante à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 282/292).

A Defensoria Pública suscita matéria preliminar, pugnando pelo

reconhecimento de ilicitude probatória decorrente da nulidade da busca domiciliar, asseverando, em síntese, que a diligência foi ancorada, exclusivamente, em denúncia anônima desacompanhada de qualquer outra medida investigativa que a corroborasse. Argumenta, ainda, que a decisão que autorizou a busca e apreensão, bem como aquela que determinou a quebra de sigilo de dados do aparelho celular careceram de suficiente fundamentação. Pugna, assim, pela declaração da ilicitude da prova, bem como daquelas derivadas. No mérito, pugna pelo afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a aplicação do privilégio, fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 311/323).

Contrarrazoado (fls. 327/328), em parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 341/356).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

A apelação deve ser admitida.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a parte se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os pressupostos subjetivos. A parte possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Da apelação

2.1. Síntese dos fatos e dos termos do processo

O acusado foi denunciado e processado pela prática do delito tipificado pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, porque, no dia 30 de agosto de

2023, por volta das 10h00min, na Rua Atílio Loto, n.º 410, Jardim Olímpia, na cidade de Jaú, guardava, para fins de tráfico, um total de 651,37 gramas de maconha (nove porções) e 8,53 gramas de cocaína (duas porções) (fls. 88/90).

Conforme narrado pela denúncia, após o recebimento de denúncias anônimas indicando que o acusado realizava venda de drogas em sua residência, a autoridade policial representou e obteve autorização para busca domiciliar em sua moradia. Durante o cumprimento do mandado, o acusado foi localizado na sala e, naquele mesmo cômodo, em um móvel, foi encontrada uma porção bruta de maconha e outras duas de cocaína. Nos fundos da casa, em um quartinho, dentro de uma bolsa, foram localizadas diversas porções brutas de maconha. Também foi encontrado um telefone celular, a quantia de R\$506,00 e uma faca com resquícios de maconha. Preso em flagrante, acabou por confessar a prática delituosa.

A persecução penal foi instaurada mediante auto de prisão em flagrante. O acusado foi agraciado com a liberdade provisória em sede de audiência de custódia. Finda a instrução, foi condenado nos termos da denúncia.

2.2. Da prova oral

Sob o crivo do contraditório, a testemunha Ricardo Gonçalves, policial civil, disse que recebeu denúncia dando conta do envolvimento do acusado no tráfico de drogas realizado na residência em que ele morava com a mãe. Após pesquisas, verificou a existência de um boletim de ocorrência, versando sobre violência doméstica, no qual a genitora do acusado informava que ele guardava entorpecentes para traficantes da cidade. Quando do cumprimento do mandado de busca, o policial encontrou o acusado na sala da residência. Ali, em uma cômoda, encontrou uma porção bruta de maconha e outras duas porções de cocaína. O réu confessou a traficância e indicou um quartinho nos fundos onde outras porções brutas de maconha foram encontradas. Examinou o aparelho celular do réu e encontrou conversa em que um terceiro perguntava se tinha “capim”, expressão que se referia a maconha, o que foi confirmado pelo réu. Esclareceu que as denúncias anônimas foram obtidas a partir de informantes e usuários os quais indicavam a prática do

tráfico naquela residência. Além da denúncia anônima e do boletim de ocorrência, também efetuou diligências pelo local e verificou uma movimentação. Afirmou que não conseguiu fazer campana devido ao risco de a diligência ser descoberta. Disse que essa movimentação era de entrada e saída de pessoas da residência. Não conseguiu apurar, contudo, se se tratava de situação de tráfico, dizendo que as pessoas que ali entravam poderiam ser amigos do réu ou mesmo usuários, pois não chegou a abordar aquelas pessoas para não levantar suspeitas.

A testemunha policial Bruno Messi esclareceu ter tomado parte apenas do cumprimento do mandado de busca e apreensão. Confirmou que o réu foi encontrado na sala do imóvel e que naquele cômodo havia uma porção bruta de maconha e duas de cocaína em um móvel. Confirmou a indicação feita pelo próprio réu de que em um quartinho haveria uma mochila com mais entorpecentes. Disse que o réu chegou a confessar, informalmente, o exercício da traficância por seis meses.

O acusado confessou a prática delituosa quando da lavratura do auto de prisão em flagrante. Naquela oportunidade, admitiu a presença das substâncias entorpecentes no interior de sua residência. Reconheceu a condição de usuário de maconha e cocaína. Disse que a maconha seria destinada à venda e ao seu consumo pessoal, enquanto toda a cocaína seria para o seu uso. Disse que comercializava drogas porque estava desempregado e passando por dificuldades financeiras (fls. 09). Em juízo, tornou-se revel.

2.3. Da ilicitude probatória

2.3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção, inadmissibilidade processual da prova ilícita constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norte-americana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada. Como anota Magalhães: *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz.*⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINAR E VIABILIZAR - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

2.3.2. Da garantia da inviolabilidade de domicílio

A inviolabilidade do domicílio mereceu, por parte do legislador constituinte, a devida tutela no contexto dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso XI, CF). Trata-se, a bem da verdade, de corolário do direito à privacidade, figurando, desse modo, como a sua garantia.

A inviolabilidade, contudo, não possui contornos absolutos tendo o próprio legislador indicado as hipóteses excepcionais de sua restrição. Assim, o contexto de flagrante delito e o estado de necessidade de terceiros (socorro ou desastre) prescindiriam do consentimento expresso do morador. Nessas hipóteses, a violação viria fundada no princípio da proporcionalidade. Ou seja, no cotejo dos valores em conflito, o legislador optou pela restrição dos direitos da liberdade diante da prevalência de outros interesses. De qualquer modo, não configuradas aquelas hipóteses, e ausente o consentimento do morador - que se constitui como titular do direito tutelado -, a violação do domicílio dependeria de ordem judicial que somente poderia ser executada durante o dia.

A configuração do flagrante delito, como se sabe, é uma das hipóteses autorizadas do ingresso no domicílio alheio. Aqui, no conflito emergente entre a

privacidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador pátrio inclinou-se em favor deste último. As situações flagranciais, por sua vez, são especificadas pelo legislador infraconstitucional. Fundam-se nos critérios da atualidade e da visibilidade da infração⁸. Trata-se de uma reação imediata do Estado que, por deter o monopólio do uso legítimo da força, assume o compromisso de recompor as fissuras do tecido social provocadas pela prática ilícita que se mostra, desde logo, visível. Esta recomposição, em um direito penal estruturado na sanção privativa de liberdade, passa pela segregação social do agente. É típica medida pré-cautelar.

Assim, da hipótese daquele que é surpreendido no momento em que comete a prática delituosa ou que acaba de cometê-la (flagrante próprio), à situação de quem é encontrado logo depois, em poder dos objetos ou instrumentos do delito (flagrante presumido), passando pela situação de perseguição imediata e ininterrupta (flagrante impróprio), conferiu o legislador mandamento aos agentes públicos para a concretização da prisão, independente de ordem judicial (art. 302 do CPP). Ora, se a custódia em tais casos é executada diretamente, natural que o ingresso no domicílio possa se dar também diretamente, até mesmo para a concretização daquela prisão.

2.3.3. Caso concreto

Invoca a defesa a nulidade da decisão judicial que deferiu a busca domiciliar, por carência de fundamentação válida. Assinala que a ordem calcou-se em denúncia anônima, um indício demasiadamente frágil que jamais poderia justificar a invasão a um domicílio.

Conforme se infere dos autos, a diligência de busca e apreensão, fundada em ordem judicial, teria sido precedida de informação apócrifa de que pessoa conhecida como “Vinícius” estaria armazenando e vendendo drogas no bairro Jardim Olímpia na cidade de Jaú. Segundo consta na representação, através de investigações, “Vinícius” foi identificado como sendo o ora acusado. No relatório que embasou a representação, além de sua qualificação e de seu endereço residencial,

⁸ CAMPOS DE BARROS, Romeu Pires de. Processo penal cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 118-119.

foi mencionado o registro de um boletim de ocorrência, datado do ano de 2020, no qual sua mãe informava que ele tinha grande quantidade de drogas à sua disposição. O relatório também indicava que o acusado estaria envolvido com outros traficantes e que não foi possível realizar campanhas durante a investigação. A justificativa da necessidade da diligência foi assim apresentada (fls. 02 – autos em apenso):

[...] Conforme consta da Informação Policial nº 409/2023, em anexo, através de investigações realizadas por esta Delegacia Especializada – D.I.S.E., **colheu-se informações transmitida por pessoa confiável, corroborada por outras fontes, dando conta de que uma pessoa conhecida como “VINICIUS”, estaria armazenando e vendendo drogas no Jardim Olímpia, na cidade de Jaú/SP.**

Em investigações “VINICIUS” foi identificado como sendo, WENGRHEY VINICIUS AMERICO VOLPATO. O endereço utilizado para a prática do tráfico de drogas, fica situado na RUA ATILIO LOTTO, 410, JARDIM OLIMPIA – JAÚ/SP.

Além do investigado acima informado, existe a participação de outros traficantes que até o momento não foram identificados.

Diante dessa situação, em razão da dificuldade em se realizar campanhas ou outras diligências eficazes que pudessem levar a prisão do investigado, indicaram os policiais a necessidade de se realizar buscas no referido imóvel, a fim de comprovar a prática de tráfico de drogas no local [...].

O relatório policial traz o seguinte resumo das apurações (fls. 05 – autos em apenso):

[...] **Segundo informações obtidas, por fontes humanas seguras, uma pessoa conhecida como “VINICIUS”, estaria utilizando uma residência localizada na Rua Atílio Lotto, 410, Jardim Olímpia, Jaú/SP, para vender e armazenar drogas.**

Realizadas diligências, “VINICIUS” foi identificado como sendo WENGRHEY VINICIUS AMERICO VOLPATO. **Em 2020, foi registrado o boletim de ocorrência nº 475/2020 CPJ JAÚ de violência doméstica, no qual a vítima é a mãe de WENRHEY e ele é o autor. No registro sua mãe informa que ele estaria envolvido com drogas e que teria uma grande quantidade de drogas em sua**

posse.

Informações relatam que o tráfico realizado atualmente por WENGRHEY, é em conjunto com outros traficantes que atuam na cidade de Jaú, porém até o momento não foi possível identificá-los.

Informo que não foi possível realização de campanhas, pois tal diligência poderia ser percebida pelo investigado, ou por pessoas coniventes a ele, prejudicando as investigações [...]

Após manifestação favorável do Ministério Público, a autoridade judiciária acolheu o pleito nos seguintes termos (fls. 14/15 – autos em apenso):

Em análise cognitiva sumária fundada em juízo de probabilidade, a representação da Autoridade Policial e os elementos informativos que a instruem trazem indícios de que o averiguado WENGRHEY VINICIUS AMERICO VOLPATO, residente na rua Atilio Lotto, 410, Jd. Olímpia, nesta cidade e comarca, estaria guardando drogas, sem autorização legal ou regulamentar, para fim de tráfico (conduta definida como crime hediondo, por equiparação, pela Lei nº 8.072/90). A considerar, então, a existência de fundadas razões para tanto, dentro das condições estabelecidas pela lei processual e em equilíbrio com os direitos e garantias constitucionais, nos termos do art. 240, § 1º, do CPP, bem como a manifestação favorável do Ministério Público, defiro o pedido de busca domiciliar – medida cautelar destinada a evitar o desaparecimento de provas – no endereço acima indicado, visando à apreensão de drogas ilícitas, objetos ou qualquer outra fonte material de prova que possa interessar às investigações e/ou ao eventual processo criminal, observadas as limitações constitucionais.

Expeça-se o mandado correspondente (CPP, art. 243), com o prazo de 30 (trinta) dias. No cumprimento dele, deverão a Autoridade Policial e seus agentes observar o disposto no art. 245 e seus parágrafos (em especial o § 7º) e art. 248, todos do CPP, e as restrições estabelecidas na Constituição Federal. [...]

De fato, a representação, nos termos formulados, não autorizava a busca domiciliar.

A autoridade policial lastreou sua representação em informação extraída de denunciante anônimo. A partir do relato apócrifo, foi apurado que o

acusado seria a pessoa mencionada na denúncia. Não há, contudo, qualquer explicação sobre quais diligências fundamentaram a conclusão. Também foi apresentada a informação, novamente a partir de relato anônimo, de que o réu estaria vinculado com outros traficantes da cidade, o que não foi minimamente esclarecido no relatório policial.

Para além das informações privilegiadas, há menção a um boletim de ocorrência no qual haveria a indicação, feita pela genitora do réu, de que o acusado estaria envolvido com o tráfico. Esse registro, segundo informado pela testemunha Ricardo, investigador responsável pela elaboração do relatório policial que acompanhou a representação, teria corroborado a informação apócrifa e servido de base para o pedido de busca domiciliar. Ocorre, todavia, que o referido boletim de ocorrência sequer foi juntado aos autos. De fato, após análise minuciosa sobre os autos apensos no qual a representação foi formulada, não foi localizado o referido boletim. Tampouco foi juntado nos autos principais. Em realidade, todas as informações sobre a sua existência repousam, exclusivamente, no relatório elaborado pelo investigador.

A ausência do registro da ocorrência poderia ser suprida pela prova oral. Nesse caso, seria imperiosa a tomada dos relatos da genitora do acusado, a qual poderia esclarecer se, de fato, havia notícias pretéritas do envolvimento de seu filho com o tráfico de drogas. Observo, contudo, que a autoridade policial não colheu as declarações da genitora do acusado durante a fase preliminar, tampouco foi arrolada como testemunha pelas partes, inviabilizando, assim, a tomada de seus relatos sob o crivo do contraditório. De mais a mais, referida ocorrência – cujo registro, frisasse, sequer foi comprovado – não guarda mínima contemporaneidade com os fatos ora apurados, visto que, segundo consta do relatório policial, o boletim de ocorrência teria sido registrado em 2020, ou seja, cerca de 3 anos antes da diligência policial.

Por fim, o investigador Ricardo mencionou ter realizado diligências *in loco* a partir da denúncia anônima, tendo apurado movimentação de pessoas na residência alvo da busca. Tal informação, note-se, foi apresentada apenas em audiência de instrução e somente após a defesa questionar quais teriam sido as diligências que embasaram a representação pela busca domiciliar. Não há qualquer

menção à referida movimentação em seu relato apresentado durante a lavratura do flagrante (fls. 07). Também não consta no relatório da representação menção alguma à movimentação suspeita na residência do réu. Em realidade, o investigador apenas consignou no relatório que não foi possível realizar campana no local, pois a possibilidade de descoberta poderia prejudicar as apurações.

De todo modo, ao que consta, nenhuma movimentação suspeita teria sido identificada durante as diligências. O policial Ricardo limitou-se a dizer que observou algumas pessoas entrando e saindo da residência do acusado, porém a própria testemunha deixou claro que não havia qualquer indício de traficância no local, esclarecendo que sequer chegou a abordar alguma dessas pessoas que frequentavam a casa do réu.

Vislumbra-se, portanto, que não havia fundadas razões que amparassem a busca domiciliar. Os indícios se sustentavam, essencialmente, em relatos apócrifos e em um suposto boletim de ocorrência registrado há mais de 3 anos antes dos fatos, não havendo qualquer relação de contemporaneidade com o objeto da investigação. Aliás, o referido boletim de ocorrência sequer foi acostado aos autos, tampouco foram tomados os relatos da genitora do acusado a fim de que confirmasse as notícias de envolvimento do réu com a traficância. As diligências preliminares realizadas *in loco* – se é que de fato ocorreram – nada teriam apurado.

Por fim, observo que nenhum elemento indicativo da traficância foi apurado antes do ingresso forçado. Isso porque **o acusado foi encontrado no interior do imóvel diligenciado, após o início das buscas, não sendo constatado, antes do ingresso na residência, qualquer atitude suspeita que indicasse o exercício contemporâneo da traficância.** Foi somente através do ingresso na residência que os policiais localizaram os entorpecentes e tiveram certeza visual da prática de crime permanente. Antes do ingresso forçado, não havia qualquer indício da prática de crime permanente, motivo pelo qual os procedimentos de busca domiciliar não estavam amparados em justa causa.

Conforme entendimento consolidado na jurisprudência, o ingresso regular em domicílio alheio depende da convergência do quadro justa causa. No caso

de situação de flagrante, a presunção de sua ocorrência deve vir lastreada pelas circunstâncias fáticas. Não se exige, obviamente, um quadro de certeza do flagrante. Na verdade, o justo equilíbrio entre o resguardo da segurança e das liberdades individuais fixa uma pauta mínima legitimadora da invasão domiciliar. Do contrário, qualquer situação meramente hipotética poderia justificar a restrição da garantia da inviolabilidade domiciliar, independentemente de ordem judicial. Não é esta a mensagem do legislador constituinte. Não é este, igualmente, o entendimento proclamado pela jurisprudência. Nesse sentido:

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 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."

(...)

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.

(...)

(REsp 1574681/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017)

O sobredito precedente, note-se, está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar o Tema 280 de sua Repercussão Geral, fixou a seguinte tese:

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.

(STF, Recurso Extraordinário 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 09/05/2016, publicado 10/05/2016)

Trata-se, como se disse, de questão consolidada na jurisprudência.

Nesse sentido, converge a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: **REsp 1593028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020; AgRg no AREsp 1466216/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 27/05/2019; HC 465.716/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019; RHC 104.682/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019; RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018.**

Nem mesmo a existência de denúncias anônimas poderia conferir licitude à busca domiciliar. Conforme consolidado entendimento jurisprudencial, a mera existência de denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos que possam conferir plausibilidade à situação de flagrante delito, não legitima o ingresso domiciliar forçado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida. Nesse sentido, oportunas as ponderações do Min. Gilmar Mendes quando do julgamento do Tema 280 de Repercussão Geral:

[...] Por outro lado, provas ilícitas, informações de inteligência policial – denúncias anônimas, afirmações de “informantes policiais” (pessoas ligadas ao crime que repassam informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo – e, em geral, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para demonstrar a justa causa.

A esse respeito, registro que a jurisprudência desta Corte não vê em elementos desprovidos de valor probatório força suficiente para adoção de medidas invasivas. Os precedentes vão no sentido de que nem mesmo investigações criminais podem ser instauradas sem um mínimo de indícios da ocorrência da infração. Nesse sentido, especificamente sobre a denúncia anônima, decidiu-se no Inq. 1957, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 11.11.2005. Bem pontuou o Ministro Celso de Mello:

“(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o

corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.);

(b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (disque-denúncia p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, com prudência e discrição, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento em relação às peças apócrifas;”

Na mesma linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 1521711/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21.5.2015.

Nada impede, contudo, que essas informações venham a dar base a pesquisas e, uma vez robustecidas por outros elementos, embasem a busca.

Logo, a tese é coerente com a jurisprudência acerca do lastro mínimo para medidas invasivas.

A solução preconizada não tem a pretensão de resolver todos os problemas. A locução *fundadas razões* demandará esforço de concretização e interpretação. Haverá casos em que o policial julgará que dispõe de indícios suficientes para a medida e o Juízo decidirá em contrário.

O fundamental é que se passa a ter a possibilidade de contestação de uma medida de busca e apreensão que deu resultados. Assegura-se à defesa a oportunidade de impugnar, em um processo contraditório, a existência e suficiência das razões para a medida. Ou seja, a validade da busca é testada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois.

A mudança cria espaço para formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial, possibilitando o desenvolvimento e a concretização da garantia, a partir da avaliação jurisprudencial dos casos concretos [...]

(STF, Recurso Extraordinário 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 09/05/2016, publicado 10/05/2016, pp. 23/24).

Em idêntico sentido, destaco os seguintes precedentes do Superior

Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ATUAÇÃO COM BASE APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS. ILICITUDE DA PROVA.** 1. "A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida" (REsp n. 1.787.855/MG, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/4/2019, DJe 3/5/2019). 2. No caso em análise, a diligência realizada no domicílio do réu deu-se sem mandado judicial e com base apenas no relato de que os policiais teriam recebido uma informação de que o acusado mantinha drogas em sua residência, verificando-se, assim, que o dito elemento de prova está, de fato, maculado. 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1489692/AM, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 02/10/2019)

HABEAS CORPUS. **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 QUE SE MOSTRA DEVIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.** 1. 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). No mesmo sentido, neste STJ, REsp n. 1.574.681/RS. 2. **Não houve, no caso, referência a prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não houve, da mesma forma, menção a eventual movimentação de pessoas na residência típica de comercialização de drogas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. Há apenas a descrição de que, em razão de denúncias anônimas relatando que o imóvel serviria para depósito de drogas, os policiais dirigiram-se ao local e, lá chegando, ingressaram no domicílio e, nele, realizaram buscas.**

No entanto, ao que tudo indica, não houve a realização de nenhuma diligência prévia para apurar a veracidade e a plausibilidade dessas informações recebidas anonimamente. 3. Uma vez que não há nem sequer como inferir - de fatores outros que não a simples notícia anônima de que, na residência do paciente, estavam sendo armazenadas substâncias entorpecentes - que ele, de fato, estivesse praticando delito de tráfico de drogas, ou mesmo outro ato de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não há razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que tenha havido posterior descoberta e apreensão, em sua residência (mais especificamente dentro de um armário), de 23 porções de maconha, 110 porções de cocaína, 220 porções de crack e 67 frascos de lança-perfume. 4. Uma vez reconhecida a ilicitude das provas obtidas por meio da medida invasiva, bem como de todas as que delas decorreram, fica prejudicada a análise das demais matérias aventadas na impetração. 5. Ordem concedida, para reconhecer a ilicitude das provas obtidas por meio de invasão de domicílio, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, absolver o paciente, com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

(STJ, HC 499.163/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. APREENSÃO DE 29 (VINTE E NOVE) PORÇÕES DE MACONHA E 50 (CINQUENTA) PEDRAS DE CRACK. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO À CORRÊ. 1. Segundo o Supremo Tribunal Federal, "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial 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" (RE 603.616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe-093 09/05/2016). 2. Na hipótese vertente, o ingresso forçado na casa do Acusado não possui fundadas razões, pois, embora tenham sido apreendidas 29 (vinte e nove) porções de maconha e 50 (cinquenta) pedras de crack, que estavam escondidas no telhado, o único elemento prévio à violação do domicílio dentro do alcance do tipo de tráfico de drogas é a notícia anônima. 3. Por certo, "embora do policial que realiza a busca sem mandado judicial não se exige certeza quanto ao sucesso da medida", a "proteção contra a busca arbitrária exige que a diligência seja avaliada com base no que se sabia antes de sua realização, não depois" (RE 603.616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, DJe-093 09/05/2016). 4. Sem embargo, é amplo o leque de elementos que se prestam a preencher o requisito de fundadas razões, pois deve haver compatibilidade com a fase de

obtenção de provas. De outra parte, elementos que não têm força probatória em juízo não servem para caracterizar as fundadas razões. 5. Recurso ordinário em habeas corpus provido para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes, a serem aferidas pelo Juízo processante, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova decisão com base nas provas remanescentes, além de colocar o Recorrente em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Extensão dos efeitos da julgada à corré, que se encontra em idêntica situação processual, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(STJ, RHC 112.623/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 02/08/2019)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ATUAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INDICATIVOS. RECURSO PROVIDO. CONCEDIDO EFEITO EXTENSIVO. (...) 2. A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida. (...) 4. Recurso especial provido para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes, estendido seus efeitos à corré Fabiana dos Passos Pereira.

(STJ, REsp 1787855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO (ART. 5º, INCISO XI, DA CF). AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS DO TRÁFICO ANTES DA INVASÃO DOMICILIAR. ILICITUDE DA PROVA. (...) 3. No caso em análise, verifica-se, pela leitura do acórdão recorrido, que, em nenhum momento, foi explicitado, com dados objetivos e concretos, em que consistiria eventual atitude suspeita por parte do acusado. Não há qualquer referência a prévia investigação, a monitoramento ou a campanhas no local, não se tratando sequer de averiguação de denúncia robusta e, sim de uma denúncia anônima acerca da comercialização de entorpecentes no local indicado. Tal denúncia anônima autorizaria a abordagem policial, em via pública do envolvido, para averiguação, mas não, por si só, o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial. (...) 5. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1753662/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em

18/09/2018, DJe 28/09/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. PROVA ILÍCITA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...). **3. Hipótese em que na ausência de elementos concretos ou investigações prévias que confirmassem a denúncia anônima acerca da ocorrência do tráfico de drogas na residência do réu, é ilícita a prova colhida mediante violação domiciliar. Precedentes.** 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1704746/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 21/03/2018)

Nesse sentido, há evidente vinculação entre o encontro de todas as substâncias, da faca, do celular, do numerário e a violação do domicílio. O ingresso ilícito contaminou toda a prova que se obteve a partir de então.

Tratando-se de prova ilícita, a consequência é a sua imprestabilidade para fins processuais. Esta foi a formatação adotada pelo legislador constituinte ao proclamar a proibição das provas ilícitas. O que se proíbe é a concretização ilícita do poder-dever punitivo na busca por provas reveladoras da responsabilidade penal de alguém.

Mas, para além da afirmação da ilicitude probatória, reconhece-se o efeito contaminatório o qual é marcado pela fórmula da ilicitude por derivação. Assim, no caso dos autos, não foram apenas os objetos apreendidos os contaminados pela ilicitude da busca domiciliar. De fato, a ilicitude atingiu o laudo químico-toxicológico, o laudo sobre o aparelho celular, os depoimentos das testemunhas policiais, bem como as demais provas que guardam relação de dependência com a prova ilícita original. Não havia, como não há, relação de independência. Ao contrário, a relação entre as provas é de íntima conexão o que as torna imprestáveis para os efeitos processuais.

2.4. Da absolvição do acusado

Reconhecida a ilicitude dos elementos informativos colhidos em fase de inquérito, bem como dos depoimentos prestados pelas testemunhas policiais em juízo, contaminados pela ilicitude original, forçoso afirmar a ausência de elementos suficientes que permitam a condenação do acusado pelos fatos imputados.

A absolvição é medida de rigor.

3. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso, **acolho a preliminar para reconhecer a nulidade da decisão judicial de fls. 14/15 dos autos em apenso, que autorizou a busca e apreensão, e, no mérito, dou-lhe provimento para absolver o apelante da imputação da prática do delito tipificado pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.**

Considerando a absolvição do apelante, revogo as medidas cautelares impostas por ocasião da concessão da liberdade provisória. Oficie-se.

MARCOS ZILLI

Relator