



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2022.0000398375**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500971-90.2021.8.26.0545, da Comarca de Atibaia, em que é apelante VINICIUS GUSMÃO FERREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso defensivo, para reconhecer a ilicitude das provas decorrentes da incursão repressiva operada por Guardas Civis Municipais, e, no mérito, absolver o réu da imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, L. 11.343/06), com fundamento no art. 386, VII, do CPP. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO SEMER (Presidente), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 26 de maio de 2022.

**MARCELO SEMER**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1500971-90.2021.8.26.0545

COMARCA: ATIBAIA

APELANTE: VINICIUS GUSMÃO FERREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUÍZA: ROBERTA LAYAUN CHIAPPETA DE MORAES BARROS

VOTO Nº 20381

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, L. 11.343/06). Sentença condenatória. Irresignação do réu. Atuação ilegítima da Guarda Civil Municipal. Órgão que atuou isoladamente em operação de repressão ao tráfico de drogas. Contrariedade à Lei 13.022/14 e ao art. 144, §8º, CF. Abordagem do réu dentro de conjunto habitacional a partir de inteligência informal de que o local seria ponto de tráfico de drogas. Diligência de busca pessoal realizada a despeito de não se verificar estado de flagrância que autorizasse a abordagem. Ausência de prova da materialidade ou autoria delitiva colhida de fonte independente da ilícita apreensão das substâncias. Absolvição que se impõe. Princípio da presunção de inocência. Sentença reformada. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu em face da r. sentença de fls. 234/257, que julgou procedente a ação penal para o fim de condenar como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, às penas de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, fixados no mínimo, em regime inicial fechado. Foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Em razões recursais, o recorrente assevera, em síntese, que não há provas suficientes para a condenação do réu como traficante, devendo o delito ser desclassificado para o art. 28 da Lei 11.343/06. Ademais, seria primário, portador de bons antecedentes, devendo subsidiariamente ser reconhecida a incidência do redutor e o direito ao regime inicial aberto (fls. 271/276).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contrarrazões do Ministério Público a fls. 284/290.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 297/306).

### **É O RELATÓRIO.**

Trata-se de ação penal movida contra Vinicius Gusmão Ferreira como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, no dia 10 de setembro de 2021, possuía, para entrega a consumo de terceiros, 31 porções de maconha comum e 03 porções de skank contendo 93,3g (massa líquida) de maconha, 25 porções contendo 16,7g (massa líquida) de cocaína e 86 porções contendo 16,7g (massa líquida) de crack, além de 133 reais em notas trocadas.

Consta da denúncia que, na data dos fatos, guardas municipais faziam patrulhamento em local conhecido como ponto de drogas quando se depararam com o réu segurando uma sacola plástica. Os guardas teriam-no observado em comportamento suspeito e o abordado, oportunidade em que encontraram na sacola 08 porções de maconha, 07 papelotes de cocaína, 12 porções de crack e 03 porções de Skank, bem como 133 reais. Em diligências nas proximidades encontraram, embaixo de uma tábua, uma outra sacola com 18 porções de cocaína, 74 porções de crack, 23 porções de maconha.

Pois bem.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

As circunstâncias da abordagem impõem uma prévia análise de legalidade da ação dos guarda civis municipais.

A testemunha Flavio Rodrigues Camacho Filho, Guarda Civil Municipal, afirmou em sede policial quanto à abordagem:

*“que estava em patrulhamento de rotina pela Av. Geronimo de Camargo, Bairro Caetetuba, nos "Predios Coloridos", local já conhecido dos meios policiais como sendo ponto de venda de entorpecente; Em tal local a testemunha e Guarda Municipal Rakel e Guarda Municipal Da Silva desembarcaram da viatura com o intuito de realizar uma incursão a pé no local; Ao adentrar pelos fundos do conjunto habitacional, mais precisamente no "Bloco 02"- Prédio Verde, é que a testemunha avistou um elemento em atitude suspeita, sendo que o mesmo carregava uma sacola em sua mão; A testemunha se aproximou do suspeito sem chamar a sua atenção; Em dado momento é que o suspeito notou a presença da testemunha e demais Guardas no local, pelo que tentou fugir e adentrar em um dos apartamentos daquele andar (terreo); Nesse momento é que a testemunha conseguiu deter o suspeito, sendo o mesmo submetido a busca pessoal, ocasião em que foi apreendido em seu poder uma sacola plastica contendo 07 (sete) porções de cocaína tipo 'Aricanduva", 12 (doze) micro-tubos contendo "crack", 08 (oito) porções de maconha e (03) três porções de "skank"*

Em juízo, a mesma testemunha deu mais informações sobre a abordagem na data em questão:



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*“Local já conhecido em larga escala aí nos meios policiais como ponto de tráfico de grande influência ali. E estávamos no apoio de outra equipe, na época aí, da viatura de comando, e achamos por bem de fazer uma incursão para o objetivo de cessar a traficância naquela localidade ali, naquele momento. E, nessa incursão, fizemos de modo furtivo, tentando surpreender, e assim conseguimos fazê-lo. Conseguimos identificar o autor presente, que ao perceber a presença da equipe tentou se evadir do local, sendo surpreendido por nós e não conseguindo fugir.”*

Quanto ao local, acrescentou:

*“a comunidade ali é bem ativa, defensora dos jovens que ocasionalmente trabalham na traficância no local, porque esses, muitas vezes, moradores locais, acabaram aí tumultuando a abordagem. Foi necessário pedido de apoio de outras equipes, que compareceram. Então, com uma maior estrutura de segurança, fizemos uma varredura naquele local. E na direção de onde o indivíduo havia tentado evadir-se, localizamos, sob uma tábua, escondida uma sacola preta, e no interior dela, mais outras quantidades tantas de entorpecentes.”*

Respondendo às perguntas da defesa, afirmou que o local é a entrada do prédio do bloco 2, dos “prédios coloridos”, ou seja, a entrada de um bloco habitacional. Informou que o tráfico de drogas do local havia criado um adesivo de modo a identificar o entorpecente oriundo de lá. Aduziu que o réu tentou fugir do saguão do prédio para a lateral.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A testemunha Douglas Teixeira da Silva, também da Guarda Civil Municipal, afirmou em sede policial:

*Que estava de serviço ocasião em que se deslocou até a Av. Geronimo de Camargo, Bairro Caetetuba, nos "Predios Coloridos", local já conhecido dos meios policiais como sendo ponto de venda de entorpecente; Lá e que a testemunha desembarcou da viatura juntamente com [os] demais Guardas para realizar uma incursão a pé no local; Lá é que a testemunha adentrou pelos fundos do conjunto habitacional, mais precisamente no "Bloco 02"-Prédio Verde; Foi possível avistar um elemento em atitude suspeita, sendo que o mesmo carregava uma sacola em sua mão; A testemunha juntamente com demais colega se aproximou do suspeito sem chamar a sua atenção; Em dado momento é que o suspeito notou a presença da equipe e tentou fugir, mas foi impedido”*

Em juízo, esta testemunha afirmou:

*Estávamos em patrulhamento pelo nosso setor e, juntamente com a equipe de comando, resolvemos fazer uma incursão pelos 'predinhos coloridos', um lugar já conhecido de tráfico de drogas. Por lá, tava o seu Vinicius juntamente com mais algumas pessoas ali da vizinhança, inclusive crianças. E, juntamente com o meu parceiro... Ele foi abordado pelo meu parceiro, eu abordei um outro. Foi achado entorpecente com o Vinicius. A população por ali tentou tumultuar. E depois que chegou apoio a gente vistoriou o local, achando mais entorpecentes no mesmo padrão que foi achado com o seu Vinicius.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O informante Leandro de Almeida, cunhado do réu, aduziu que foi abordado junto com o réu. Afirmou que o réu tinha acabado de chegar e que ele ia para um baile funk. Aduziu que **o policial saiu de trás do prédio em que eles estavam e abordou várias pessoas, incluindo a própria testemunha.** Alegou que como o réu havia acabado de comprar drogas, desesperou-se e tentou fugir para dentro de uma casa próxima, sendo que então o guarda o abordou. Afirmou que os policiais o mandaram ir embora quando o soltaram, mas que ele se recusou e acompanhou a abordagem do cunhado. Aduziu que o réu já estava na viatura quando chegaram outras várias viaturas e os guardas acharam outras drogas no meio do mato, em uma tábua.

Respondendo às perguntas, aduziu que o réu residia naquele conjunto habitacional e que foi abordado **dentro do prédio**, sendo que as drogas foram encontradas atrás do prédio, em um mato.

Observa-se, pelo conjunto probatório, que os Guardas Civis Municipais se dirigiram ao conjunto habitacional “Caetetuba II” conhecido popularmente como “prédios coloridos”, com informações descritas por eles como advindas dos “meios policiais” de que se tratava de local onde ocorria tráfico de drogas, para fazer uma incursão com o objetivo de cessar a traficância naquela localidade. Então, os guardas entraram no condomínio pelos fundos do bloco 2, e abordaram o réu no térreo deste bloco.

Trata-se de evidente usurpação de função da Polícia Judiciária ou Repressiva por parte dos Guardas Municipais. É fato



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incontroverso que qualquer do povo pode executar uma prisão em flagrante delito, incluindo os Guardas Municipais. Entretanto, o que ocorreu no caso não foi um mero flagrante, mas uma explícita operação de repressão ao tráfico de drogas, incluindo a entrada nas dependências de conjunto habitacional sem prévio mandado, a partir de informações não registradas, em atuação que maculou todo o processo.

A lei 13.022/14 que disciplina o *Estatuto Geral das Guardas Municipais* instituiu normas gerais para tal órgão público. Nos termos do art. 144, §8º, Constituição Federal, as Guardas Municipais sempre possuíram competência vinculada à proteção patrimonial municipal, sendo que esta vocação constitucional consta no art. 4º da Lei 13.022/14: “*é competência geral das guardas municipais a proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município*”. Esta lei também estabeleceu, no rol de competências específicas das Guardas Municipais (art. 5º):

*IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;*

*XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas;*

*XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;*

*Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento.*

As Guardas Municipais podem, portanto, atuar em colaboração com os demais órgãos de segurança pública, desde que no exercício de suas competências, jamais atuando isoladamente em diligências investigativas típicas da Polícia Judiciária.

No caso, os guardas deliberaram pela entrada irregular em conjunto habitacional com o objetivo de atuação repressiva contra o tráfico de drogas a partir de inteligência informal, não se verificando a situação de flagrante delito do artigo 301 do Código de Processo Penal. De tal forma, a ilegalidade de tal ação infirmou todas as provas dela advinda.

Nesse sentido é a posição do STJ em casos análogos:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUANTIDADE DE DROGAS E GERENCIAMENTO DO TRÁFICO NA LOCALIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE. INEFICÁCIA DA PROVA. ORDEM CONCEDIDA. EFEITO EXTENSIVO. 1. Consta do decreto prisional fundamentação que em princípio deve ser



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

considerada idônea, com esteio na quantidade de droga apreendida com a paciente - 104,60g de maconha e 112,24g de cocaína - e no fato de (supostamente) gerenciar o tráfico de drogas na localidade. Precedentes. 2. Na hipótese, entretanto, os guardas municipais "receberam denúncia anônima no sentido de que no endereço [...] estaria ocorrendo uma reunião de dirigentes do tráfico de drogas de Sertãozinho e que lá estaria guardada grande quantidade de drogas, razão pela qual se dirigiram ao local". 3. **Desempenhada atividade de investigação criminal pela guarda municipal, deflagrada mediante denúncia anônima, desbordante da situação de flagrância (art. 302 - CPP), o que não lhe compete (art. 144, § 8º - CF), deve ser reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, mormente pelo ingresso no domicílio sem ordem judicial.** 4. Habeas corpus concedido para declarar ilegal a apreensão das drogas e, conseqüentemente, trancar a ação penal ajuizada contra a paciente KATIANE LOURDES DE OLIVEIRA, com extensão do resultado aos demais corréus (art. 580 - CPP). (HC 667.461/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Inexiste óbice à prisão em situação de flagrância, efetivada por guardas municipais ou qualquer outra pessoa, não havendo falar, em tais casos, em ilicitude das provas daí decorrentes.

2. **Na hipótese, entretanto, após denúncia anônima,**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

guardas municipais abordaram o réu e, com ele não encontrando entorpecentes, seguiram até terreno localizado nas proximidades, onde foram apreendidos, além de maconha, 10 reais, um filme plástico utilizado para embalar a droga e documento relativo à execução criminal do réu. 3. Desempenhada atividade de investigação, deflagrada mediante denúncia anônima, que desborda da situação de flagrância, deve ser mantido o reconhecimento da invalidade das provas dela decorrentes. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1854065/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 08/06/2020)

Também este E. Tribunal reconhece tal ilegalidade:

APELAÇÃO. DEFESA. Tráfico de entorpecentes. Artigo 33, caput, da lei nº 11.343/06. Sentença condenatória. Mérito. Pleito absolutório acolhido. **Atuação ilegítima da Guarda Civil Municipal. Órgão que desempenhou, isoladamente, atividades investigativas típicas de Polícia Judiciária, extrapolando a permissão legal de colaborar ou atuar em conjunto com os órgãos de segurança pública. Diligência de busca pessoal realizada a despeito de não se verificar a fundada suspeita a que se referem os artigos 240, §2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal. Inocorrência da hipótese de flagrante delito contemplada pelo artigo 301, do mesmo Diploma.** Ausência de prova da materialidade ou autoria delitiva colhida de fonte independente da ilícita apreensão das substâncias. Absolvição que se impõe. Requerimento de intimação da Defensoria Pública para que se manifeste sobre o parecer da Procuradoria Geral de Justiça. Impossibilidade. Desrespeito à paridade de armas não



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

verificado. Atuação do órgão como custos legis, e não como parte, não se cogitando de contraditório a ser assegurado. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Criminal 1502882-55.2021.8.26.0540; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Mauá - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/05/2022; Data de Registro: 10/05/2022)

**HABEAS CORPUS – Investigação e prisão em flagrante em função típica de policiamento ostensivo, iniciada por ação típica de Polícia Militar e/ou Judiciária, por Guardas Civis Municipais – Função típica reservada constitucionalmente à Polícia Militar e/ou à Polícia Civil – Não incidência do artigo 301 do Código de Processo Penal – Exorbitância dos poderes atribuídos no artigo 144, § 8º, da Constituição da República Federativa do Brasil – Relaxado o flagrante, em liminar, confirmada – Nulidade processual ab ovo a ser reconhecida – Trancamento da ação penal, de ofício, como consequência – Ordem CONCEDIDA.** (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2071895-21.2022.8.26.0000; Relator (a): Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Indaiatuba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/05/2022; Data de Registro: 07/05/2022)

**APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Pretensão absolutória. Cabimento. Atuação irregular dos guardas municipais. Ingresso dos agentes na residência do réu. Ausência de mandado judicial. Atos de investigação destinados à Polícia Judiciária. Função não prevista na Constituição Federal ou no Estatuto Geral das Guardas Municipais. Prova ilícita, que deve ser**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**desentranhada dos autos.** Ausência de elementos probatórios seguros para a condenação. Absolvição. Recurso provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500658-34.2021.8.26.0318; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Leme - Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/03/2022; Data de Registro: 28/03/2022)

Portanto, ausente prévia e visível situação de flagrante delito eu permitisse a entrada da Guarda Civil Municipal sem autorização no conjunto habitacional - dado que não houve visualização por parte dos guardas de crime sendo cometido durante sua atuação ordinária, e sim verdadeira diligência repressiva – a busca e apreensão pessoal sobre o réu e demais provas dela derivadas devem ser consideradas nulas, em decorrência da teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, §1º, CPP).

Segundo explica a doutrina, “*a posição mais razoável e que melhor garante os direitos individuais é aquela que reconhece que a ilicitude da obtenção da prova se transmite às provas derivadas, que, igualmente, devem ser consideradas inadmissíveis no processo. Não se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita*” (in Processo penal [livro eletrônico] -- 6. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

A propósito:

*PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) -*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). **ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) -***



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.** - *A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. **A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.** - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (RHC 90376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 18/05/2007)*

No mais, quanto ao mérito, reconhecida a ilicitude do meio de obtenção de prova (busca e apreensão), bem como das provas dela derivadas, de rigor a absolvição do réu com relação ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, diante da fragilidade probatória a embasar um decreto condenatório.

Isso porque, inexistem, *in casu*, quaisquer indícios a apontar o envolvimento do réu com o tráfico de drogas, não sendo suficiente, para tanto, meras denúncias anônimas ou suspeitas policiais.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Segundo explica a doutrina, “*os fundamentos absolutórios da sentença penal decorrem da dimensão de regra probatória da presunção de inocência (CR, art. 5º, LVII) e do instituto do ônus da prova, em seu aspecto objetivo. Este consiste em regra de valoração do resultado da prova, que impõe a absolvição quando houver dúvida judicial quanto à veracidade dos enunciados fáticos contidos na denúncia ou queixa-crime (in dubio pro reo)*” (in Código de processo penal comentado [livro eletrônico] -- coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró -- 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

Dessa forma, é o caso de reconhecer a nulidade da busca e apreensão realizada sobre o réu, bem como da prova dela derivada, o que leva à absolvição do réu pelo crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso defensivo, para reconhecer a ilicitude das provas decorrentes da incursão repressiva operada por Guardas Civis Municipais, e, no mérito, absolver o réu da imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, L. 11.343/06), com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

**MARCELO SEMER**  
**Relator**