



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000527564

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0000391-67.2021.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido WESLEY VILODRES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 6 de julho de 2021.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara Criminal

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000391-67.2021.8.26.0438

Comarca: PENÁPOLIS

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO

Recorrido: WESLEY VILODRES DE SOUZA

VOTO nº 40.346

PROCESSO PENAL. Tráfico de drogas. Insurgência ministerial contra o relaxamento do flagrante por ilegalidade. Pedido de restabelecimento da prisão ou de concessão da liberdade provisória com medidas cautelares alternativas. Inadmissibilidade. Relaxamento do flagrante muito bem fundamentado pela autoridade judiciária. Evidente direito penal do autor, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Ausência de fundadas suspeitas a motivarem a abordagem do flagranteado, bem menos a ida até a residência onde se encontrava o genitor deste. Inexistência de denúncia de tráfico, investigação em andamento, campana ou de motivação minimamente satisfatória a justificar a realização de busca pessoal no indiciado. Não qualificação de outras testemunhas que se encontravam no ponto de ônibus. Manutenção da declaração de ilegalidade do flagrante. Recurso ministerial desprovido.

1. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO visando à reforma da decisão de fls. 19/56, que não homologou e relaxou a prisão em flagrante de **WESLEY VILODRES DE SOUZA**, considerando-a ilegal, entendendo o MM. Juiz que não havia fundadas suspeitas para a submissão do recorrido à busca pessoal por parte dos policiais militares.

Sustenta o Recorrente, em apertada síntese, que o auto de prisão em flagrante está formalmente em ordem, que a prisão é legal, que deve ser restabelecida, ou ao menos concedida a liberdade provisória com as medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo

Penal (fls. 01/16).

Contrarrazões às fls. 60/64.

Submetida ao juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fls. 59).

A Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo parcial provimento (fls. 74/78).

É o relatório.

2. A prisão em flagrante foi corretamente relaxada pelo d. Juízo *a quo*, pois manifestamente ilegal.

Neste ponto, irretocável a decisão do Magistrado do Plantão da 36ª CJ (Araçatuba), a qual peço vênia para transcrever, *in verbis*:

“5. Os policiais militares que realizaram o flagrante prestaram seus depoimentos a fls. 6 e 7.

6. A busca pessoal apenas pode ser realizada: A) mediante mandado de busca e apreensão, expedido pelo Poder Judiciário, ou B) sem mandado judicial, nos exatos termos do art. 244, CPP.

7. No presente caso, não havia mandado de busca e apreensão.

8. Quanto ao art. 244, não vislumbro a presença de "fundada suspeita", conforme exigido para a realização da busca pessoal.

9. A dinâmica da **busca pessoal** realizada no autuado **não** respeitou o **art. 244 do CPP**.

10. Ambos os policiais militares as fls. 6 e 7, afirmam que o local em que o autuado estava é "comumente usados por traficantes para promover a venda de drogas" (ponto de ônibus).

11. Não consta nos autos que houvesse qualquer uma investigação policial específica que indicasse que aquele local é de fato,

'comumente usado por traficantes' para vender drogas.

12. Não havia qualquer denúncia no sentido de que havia tráfico de drogas sendo realizado naquele local.

13. Não havia sequer denúncia anônima.

14. Não consta nos autos que a inteligência da polícia militar, ou civil, havia apurado que houvesse qualquer tráfico de drogas naquele local.

15. **Verifico, nos autos, que os policiais abordaram o autuado sem "fundada suspeita", conforme exigido pelo art. 244, do CPP, como bem salientado pela Defensoria Pública, a fl. 34.**

16. No caso em apreço, os policiais militares abordaram o autuado apenas por ele ser "conhecido nos meios policiais", sem indicação de qualquer situação que justificasse a prática delitiva.

17. Os antecedentes de uma pessoa não podem ser motivo suficiente para abordagem policial através de busca pessoal.

18. A Polícia Militar não possui atribuição constitucional para atribuir culpa a um cidadão por ele ser "conhecido dos meios policiais". A ocorrência policial deve se fundamenta restritamente nos fatos observados no momento do episódio não admitindo este Juízo considerações extrajudiciais e preconcebidas sobre o réu "ser conhecido dos meios policiais".

19. A ordem democrática brasileira, instaurada pela CF/88, não autoriza abordagens policiais como esta nos autos, sem "fundada suspeita", apenas com **objetivos genéricos de apreender qualquer eventual corpo de delito** que venha a ser eventualmente encontrado, de forma aleatória, ao fundamento de realizar a "prevenção ao tráfico ilícito de drogas", como informado pelo autor do flagrante (fl. 1/2), nos depoimentos dos policiais,

que a propósito, estão **idênticos**.

20. Não se admite tampouco, e deve ser de plano rechaçada, a possibilidade de abordagens ou fiscalizações policiais "de rotina". Toda abordagem deve se basear em mandado judicial **ou fundadas suspeitas sérias e bem fundamentadas**. O fato de o cidadão ser "conhecido dos meios policiais", em um país democrático, não cumpre o requisito de "fundadas suspeitas" (art.244, CPP).

21. O fato de a pessoa estar em um "suposto ponto de tráfico de drogas" não afasta as garantias constitucionais e não afasta a aplicabilidade do art. 244 do CPP.

22. Patente a ilegalidade e constrangimento de uma abordagem policial sem qualquer "fundada suspeita", **com a submissão de pessoas ao constrangimento de busca pessoal, com o objetivo de encontrar qualquer hipotético e aleatório corpo de delito e efetuar uma prisão em flagrante**.

23. Ademais, **os policiais disseram que havia uma porção de crack próximo ao pé do autuado, mas em busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado no corpo do custodiado**.

24. A ordem constitucional brasileira, e de todos os países avançados e democráticos, **afasta a possibilidade de "paradas aleatórias para averiguações"**, em face de cidadãos que apenas exercem seu direito constitucional de ir e vir.

25. Nesse sentido, a própria **abordagem policial aleatória** do investigado, *in casu*, gera a nulidade do flagrante.

26. Por mais, não bastasse a já infundada e arbitrária busca pessoal, **os policiais insatisfeitos foram até a residência do investigado, onde estavam seus pais, e em mais um constrangimento**, realizaram buscas pela casa, vindo a localizar uma sacola contendo drogas dentro de um

cano/ralo no quintal.

27. Anoto que, no momento da abordagem, **a droga teria sido encontrada no chão, em um ponto de ônibus. O custodiado negou ser proprietário do corpo de delito. Foi em seguida submetido a busca pessoal. Nada foi encontrado com o custodiado.**

28. Os policiais atestam que "resolvemos abordar Wesley", porque entenderam que havia crack ao pé dele. Mas o custodiado alega que **havia outras pessoas no local (fl. 09).**

29. Os policiais não ficaram de campana, não houve investigação séria, fotografias, com o objetivo de supostamente flagrar ato de mercancia de droga. Realizaram busca pessoal porque o custodiado seria "conhecido dos meios policiais".

30. Foram à casa dos pais do custodiado, em um sábado as 20h00, ou seja, à noite, e "pediram para entrar", com o objetivo de realizar **uma espécie de investigação policial improvisada. Poderiam ter requerido mandado de busca e apreensão ao plantão judicial, mas não o fizeram.**

31. Está certo que o pai do custodiado concordou com a entrada dos policiais. E em seguida a casa foi vistoriada. A droga foi encontrada por serendipidade, pois nada poderia ter sido encontrado. **Se nada fosse encontrado, teria havido constrangimento indevido ao cidadão, um senhor aposentado, importunado pela polícia à noite em um sábado, com o objetivo de entrar em sua casa, sem elementos concretos e sem ordem judicial.**

32. Tal constatação em muito preocupa este Juízo. Quantas pessoas estão sendo contatadas pela polícia militar em suas casas, em momento de repouso, e em seguida a polícia pedindo "para entrar" na casa e "vasculhar" a casa em busca de eventuais corpos de delito.

33. A norma do art. 5º, LVI, da CF não existe como um fim em **sim mesmo**. A nulidade de provas ilícitas existe para desincentivar abuso pela Polícia e por todas as autoridades de aplicação da lei.

34. A Polícia "achar que tem droga na casa" não é suficiente para configurar estado de flagrância a ponto de justificar a abordagem ao dono da casa e "pedir para entrar". O cidadão tem direito à tranquilidade em sua residência, especialmente à noite e nos finais de semana, **sem importunação policial.**

35. Por isso a própria CF/88 estabelece que as investigações policiais devem ser realizadas com a supervisão do Ministério Público e Judiciário, e o art. 5º, XI, exige 'mandado judicial' para a polícia poder entrar em qualquer residência.

36. A hipotética suspeita de que um cidadão guarde droga em sua residência não autoriza a polícia militar a importunar o pai do cidadão, em casa, na noite do sábado, pedindo para entrar e vasculhar a casa. Tal conduta é abusiva e inaceitável em uma ordem democrática e constitucional, como a brasileira.

37. Não se combate o tráfico de drogas de forma abusiva e improvisada como esta. Este Juízo não poderá aceitar que a Polícia Militar a qualquer momento, bata à porta de pai de família e "peça para entrar e vasculhar a casa". O consentimento com a entrada pelo pai do custodiado **não afasta a abusividade.**

38. **Sublinho que o pai do custodiado é aposentado e pessoa evidentemente humilde**, pois cursou apenas o **primeiro grau** (fl. 3). Tal fato também preocupa este Juízo, pois demonstra, neste caso, que a polícia militar tem batido às portas de pessoas com menos educação formal e pedido para entrar e vasculhar suas casas. Não consta nos autos que os policiais tenham

informado ao cidadão que ele teria o direito constitucional de negar a entrada dos policiais. Muito menos consta nos autos que os policiais tenham lido os direitos constitucionais ao custodiado, no momento da flagrância, especialmente o direito de permanecer calado e de ter imediata assistência de advogado. Não consta tampouco que os policiais tenham informado ao pai do custodiado, dono da casa, que ele teria direito a estar acompanhado por advogado no momento da entrada da polícia e busca e apreensão realizada.

39. Assim, **todo o flagrante é por demais ilegal.**

40. Os policiais não esclareceram qual a fundada suspeita (art. 244, CPP) que constataram para realizar a busca pessoal no flagranteado. Não consta que ele tenha tentado fugir, agredir os policiais.

41. Imaginem quantas pessoas poderiam ser submetidas a **vexatória busca pessoal** simplesmente por estarem em um ponto de ônibus, às 19h45min de um sábado (24/10/2020), e em razão de ser um suposto local "comumente usados por traficantes para promover a venda de drogas".

42. Enfim, **não** consta que houvesse **qualquer denúncia de tráfico** de drogas naquele momento; **não havia qualquer investigação em andamento**; o autuado apenas exercia seu direito constitucional de ir, vir e estar, de forma lícita e em via pública.

43. Portanto, o desrespeito ao art. 244, do CPP esvazia a força probatória dos elementos constantes no inquérito policial. Buscas pessoais são instrumentos gravíssimos, que podem ser realizadas em via pública, **sem** mandado judicial, **apenas** diante de **robustos elementos embasadores da 'fundada suspeita'**, como exigido pelo art. 244 do CPP.

44. E tal "fundada suspeita" deve ser esclarecida pelos agentes policiais no **próprio auto de prisão em flagrante, em detalhes, e de imediato,**

não se admitindo justificativas extemporâneas e *a posteriori*.

45. O que vislumbro, apenas, foi uma busca pessoal de um transeunte, sem "fundada suspeita" esclarecida a contento nos autos. Não percebo fundada suspeita para uma abordagem pela polícia militar, em via pública, nestas circunstâncias.

46. O fato do autuado ser "conhecido nos meios policiais" (fls. 6 e 7) não autoriza abordagens policiais para fins de "averiguação" instituto vedado na ordem constitucional de 1988. Tampouco autoriza relevar a patente ilegalidade do flagrante *in casu*. O ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer noção preconcebida de culpa.

47. Além da ilegalidade do flagrante, verifico também a escassez de elementos de convicção, conforme exigido pelo art. 312, CPP.

48. A ocorrência **não qualificou qualquer outra testemunha do flagrante no ponto de ônibus**, além dos policiais militares e do pai do autuado. Se a própria polícia militar se desdobra para realizar flagrante, deve também se esforçar para qualificar demais testemunhas, além dos dois policiais responsáveis pelo flagrante. A polícia tampouco se esforçou a esclarecer se havia outras pessoas na casa, tais como moradores, mãe, irmãos, e a razão por não terem sido qualificadas e prestado depoimento.

49. Ao que consta, **no local da prisão, o mencionado ponto de ônibus, havia outras pessoas, como afirmado pelo custodiado (fl. 9)**. Os policiais **não** esclarecem por que não teriam qualificado e revistado as outras pessoas presentes. **Não esclarecem, tampouco, em suas declarações, se havia ou não havia outras testemunhas no local.**

50. Se o fato em questão fosse um **homicídio** ou **roubo**, por exemplo, todas as pessoas ao redor seriam qualificadas pela polícia e prestariam termos de depoimento e poderiam ser posteriormente ouvidas

em Juízo. Não vislumbro a razão para, neste caso, um fato típico grave e equiparável a hediondo, a Polícia não se esforçou a qualificar qualquer testemunha do flagrante na via pública, além de apenas os dois policiais que realizaram o flagrante.

51. Não é admissível que em flagrantes de suposto fato típico em ambiente público, cercado de testemunhas, **não se esforce a polícia para qualificar qualquer testemunha, além dos dois policiais responsáveis pelo flagrante.**

52. **Por mais, se eventualmente não houvesse qualquer testemunha, os policiais deveriam ter esclarecido isso em seus termos de declaração, mas mantiveram-se silentes sobre a existência ou não de outras testemunhas. O custodiado afirmou que havia outras pessoas no local (fl. 9).**

53. Por mais, o custodiado afirma que "Estava sentado no ponto de ônibus com o Diney, que mora perto de minha casa, quando os Policiais chegaram e mandou todo mundo colocar a mão na cabeça, assim foi feito".

54. **Tal fato é grave, pois demonstra que a Polícia Militar estaria fazendo abordagens em massa, encostando todas as pessoas na parede, revistando, ao fundamento de estarem reunidas em determinado local, sem maiores cuidados com produção probatória séria.**

55. O combate ao tráfico de drogas deve ser realizado de forma séria, com investigação policial, campana, fotos, e respeito aos direitos constitucionais do cidadão.

56. Valendo ressaltar, que o flagranteado negou que fosse dono da droga (fl. 9), o que **impõe** à polícia maior obrigatoriedade na obtenção de testemunhas, sendo que tão pouco se justificou porque não qualificaram outras testemunhas. A desídia em produzir maiores elementos de convicção,

portanto, afasta também o requisito de "indícios suficientes de autoria" (art. 312, *caput*), vedando a conversão em preventiva.

57. No momento da abordagem, ademais, os policiais afirmam que "*ao pé dele, havia uma porção de crack*". Todavia, os policiais não esclarecem em que consistiria exatamente tal porção de *crack*. Naquele momento, não havia exame químico para determinar o teor da substância. Os policiais **não** esclarecem, em seus **sucintos** e **idênticos** termos de depoimento, as circunstâncias que os levaram a ligar o objeto encontrado no chão à suposta propriedade do custodiado.

58. Algo que também preocupa este Juízo é o fato de ambas as testemunhas policiais militares apresentam termos de depoimento **idênticos** (fls. 6/7). Apesar de ambos terem atuado em conjunto na ocorrência, não vislumbro verossímil e razoável que os termos de depoimento sejam idênticos, inclusive com os mesmos erros tipográficos: "*fizemos conto*", "*Platão*" (sic). Tal fato demonstra que os depoimentos perante a polícia civil foram prestados em conjunto, ou houve apenas um ato de "copiar e colar" o depoimento de um no termo do outro.

59. Tal constatação **reduz a credibilidade** dos termos de depoimento. Os depoimentos das testemunhas, para a polícia civil, devem ser **espontâneos e em separado**, para serem analisados por este Juízo, para fins de homologação do flagrante. Este é outro motivo para este Juízo não decretar a preventiva dos flagranteados, além das outras razões acima. **A prisão preventiva é algo gravíssimo e não** será decretada por este Juízo diante de elementos de convicção produzidos sem a devida seriedade, **pois estamos diante de termos de depoimento meramente copiados entre as únicas duas testemunhas do momento da abordagem policial em via pública e prisão em flagrante.**

60. Diante do exposto, **NÃO HOMOLOGO a PRISÃO EM FLAGRANTE ILEGAL e RELAXO A PRISÃO ILEGAL com fundamento no art. 310, I, do CPP.**” (fls. 51/58 dos autos principais)

Com efeito, a ausência de maior técnica procedimental na abordagem policial, realizada sem observação prévia sobre a dinâmica dos agentes que se encontravam no ponto de ônibus e sem arrolamento de “testemunhas civis”, somada à postura acusatória dos policiais, legitimando a abordagem realizada tão somente por se tratar de indivíduo “conhecido dos meios policiais”, a revelar uma pré-compreensão de culpa do réu – e configurando o odioso direito penal do autor, que responsabiliza o agente com fundamento em seus antecedentes – evidenciam a ofensa às garantias individuais, ao princípio da ampla defesa e da proporcionalidade.

Assim, o relaxamento do flagrante era de rigor, sem olvidar o propósito de dissuadir, desencorajar e prevenir a conduta policial irregular.

No Estado de Direito, existem limites intransponíveis à busca da verdade processual: não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a qualquer custo. O objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado, mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado.

Não é caso, por fim, de concessão de liberdade provisória com imposição de medidas cautelares diversas da prisão, medida esta destinada aos casos nos quais a prisão do agente que praticou o crime está juridicamente amparada (ou seja, nos casos em que a prisão é legal), e *in casu*, o relaxamento da prisão em flagrante foi consequência da ilegalidade desta.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso ministerial.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator