



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2023.0000269583**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501248-64.2021.8.26.0559, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante GUSTAVO NOVAES MARQUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram provimento ao recurso de Gustavo Novaes Marques para ABSOLVÊ-LO de ter cometido o crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em nome do apelante, com urgência, comunicando-se o juízo de piso e o da execução criminal agraciado com a guia de execução criminal provisória de folhas 274/275 dos autos V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) E VICO MAÑAS.

São Paulo, 3 de abril de 2023.

**HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**

**Relator**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Criminal nº 1501248-64.2021.8.26.0559**

**Apelante: Gustavo Novaes Marques**

**Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Comarca: São José do Rio Preto**

**Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Carolina Marchiori Bueno Cocenzo**

**Voto nº 7389**

**Tráfico de drogas – Ilicitude da prova obtida no momento da prisão em flagrante – Garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - Entrada em domicílio sem mandado – Ausência de fundadas razões – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - RECURSO DA DEFESA PROVIDO.**

O réu Gustavo Novaes Marques foi condenado às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao artigo 33, "caput", da lei nº 13.343/2006 (folhas 224/227).

Inconformado, o réu recorre (folha 227) e a defesa requer, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade pela violação do domicílio do apelante. Subsidiariamente, requer a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, ou a redução da fração de aumento utilizada (folhas 230/244).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 255/266), a d. Procuradoria de Justiça opina pelo parcial provimento do recurso para que seja reduzida para 1/6 (um sexto) a fração de aumento utilizada em razão da reincidência (folhas 280/288).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**É o relatório.**

Consta da denúncia (folhas 168/170) que *"no dia 26 de agosto de 2021, por volta de 16h50, na casa localizada na Rua Gianino Kaiser, nº. 970, na cidade e comarca de São José do Rio Preto, SP, GUSTAVO NOVAES MARQUES, qualificado às fls. 33 e 100/101, com objetivo de venda, entrega e fornecimento a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, guardava meio tijolo de maconha, pesando 440,15 gramas, e 24 porções embaladas de crack, pesando 8,38 gramas, apreendendo-se ainda uma balança de precisão, uma faca e um aparelho celular marca LG KS, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13/14, laudo de constatação de fls. 16/18, fotografias de fls. 35, 37 e 39, laudos de fls. 113/115 e 135/145, e laudo de exame químico toxicológico de fls. 125/127.*

*Apurou-se que os policiais militares Rafael Soares e Paulo César Ferrarezi receberam informações anônimas sobre o fluxo intenso de pessoas na casa localizada na Rua Gianino Kaiser, nº. 970, apontando que lá ocorria tráfico de drogas durante todo o dia. Diligenciaram ao local informado e Gustavo, ao vê-los, correu para os fundos da residência, em seguida entrou em uma mata e não foi encontrado.*

*Mirtes Regina de Freitas Novaes, mãe de Gustavo, autorizou o ingresso dos policiais no imóvel (fl. 5) e, com auxílio de um cão farejador, dentro do forno da cozinha, foi localizada uma sacola plástica com meio tijolo prensado de maconha e uma faca. No guarda-roupas do quarto de Gustavo, os policiais militares apreenderam 24 porções de crack, todas embaladas e prontas para a venda, além da balança de precisão. O aparelho celular de Gustavo também foi apreendido e periciado (fls. 135/146). Mirtes Regina foi presa em flagrante, mas obteve a liberdade provisória, mediante medidas cautelares alternativas (fls. 78/79).*

*Gustavo alegou que apenas guardava a maconha para um tal de "João", de quem não forneceu detalhes, em troca de R\$ 300,00, isentando Mirtes Regina de envolvimento no tráfico (fls. 100/101).*

*Contudo, as informações anônimas no sentido de que o imóvel*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*funcionava como ponto de venda de drogas, a fuga desesperada, a apreensão de balança de precisão e de quantidade expressiva de maconha e de porções embaladas de crack, droga nociva e extremamente viciante, são circunstâncias indicativas de que Gustavo vinha traficando há tempos, fazendo desta atividade ilícita um meio de vida, tanto que ofereceu a maconha à venda, conforme trechos de conversas extraídas de seu celular (fls. 139 e 144, do laudo pericial de fls. 135/145).*

*Detalhe: Gustavo tem condenação por tráfico de drogas."*

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 01/02), boletim de ocorrência (folhas 08/11), auto de exibição e apreensão (folhas 13/14), laudo de constatação (folhas 16/18), laudo dos objetos (folhas 113/116), laudo do exame químico-toxicológico definitivo (folhas 125/127) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, conforme demonstrado a seguir.

*O policial militar Rafael Soares, em juízo (folhas 225/226), disse que "recebeu denúncias de moradores do local dizendo que havia fluxo intenso de pessoas na casa, similar a tráfico de droga. Ao passar pelo local, o réu, ao ver a viatura, correu para os fundos. Uma senhora saiu e se identificou como sendo a mãe do acusado. O réu fugiu pelos fundos da casa e não foi possível encontrá-lo. A mãe do réu autorizou a entrada da polícia na casa. O imóvel foi vistoriado. O cão de faro localizou na cozinha, dentro do forno, meio tablete de maconha. Também tinha uma faca no armário. O cão encontrou no quarto de Gustavo 24 pedras de crack embaladas e uma balança de precisão. Apresentou os dados do réu e a mãe do acusado à Delegacia. A mãe do réu autorizou a entrada da polícia logo no início da abordagem para encontrar seu filho. Como não encontrou o réu, foi autorizada pela mãe a entrada da polícia para busca na residência."*

*Ouvido em juízo (folha 226), o policial militar Paulo César Ferrarezi disse que "estava em patrulhamento e recebeu denúncia de que no endereço apontado na denúncia havia fluxo de pessoas que poderia ser tráfico, local perto de uma praça, ponto de venda. O réu, ao ver a viatura, correu. Na porta da sala, apareceu a mãe do réu que autorizou a entrada dos policiais na casa. Não*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*conseguiu abordar o réu porque ele tinha fugido. Realizada busca na casa, o canil da polícia apontou o forno da cozinha que tinha meio tijolo de maconha. Na parte de cima do armário tinha faca. No quarto do réu, havia mais 24 pedras de crack e uma balança de precisão. A mãe do réu e os documentos pessoais dele foram levados à Delegacia. Dona Mirtes autorizou verbalmente a entrada dos policiais na casa, não se recorda se houve termo escrito nesse sentido. Não constam declarações do réu".*

**Diante deste quadro, contudo, o réu será absolvido das acusações, sendo certo que as provas foram obtidas de maneira ilícita, o que é causa de nulidade. Não há dúvidas de que a entrada dos policiais na residência ocorreu sem mandado judicial, sem fundadas razões e sem comprovação segura da autorização de entrada no imóvel.**

Vejamos.

Os policiais militares Rafael e Paulo revelaram que havia denúncia anônima de que no local poderia ocorrer o tráfico de drogas. Em diligências, quando chegaram na residência, avistaram o réu fugindo pelos fundos da casa. Afirmaram que a genitora do réu autorizou a entrada no imóvel. Em seguida, fizeram buscas e encontraram no local as drogas apreendidas nos autos.

**Em que pese a juntada do documento da polícia militar de folha 05, em que Mirtes declarou ter autorizado a entrada dos policiais, quando ouvida na delegacia (folha 06), disse que "(...)estava dentro de casa trabalhando como manicure, momento em que os policiais invadiram sua residência procurando pelo seu filho Gustavo. A interrogada relata que não foi solicitada autorização, os policiais entraram no local sem pedir e iniciaram as buscas.(...)"**.

**Observo que Mirtes não foi ouvida em juízo para confirmar se realmente autorizou ou não a entrada dos policiais no imóvel, o que causa dúvidas.**

**Embora não existam motivos aparentes para se duvidar das palavras dos policiais, é certo que a prova dos autos é duvidosa quanto à autorização de entrada e não havia flagrante em andamento, apenas denúncias**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**indicando que poderia ocorrer venda de drogas no local. Seria possível, ante esta denúncia recebida, que a polícia fizesse um requerimento de mandado de busca e apreensão. Ou, ainda, poderia ter sido realizada campana para aguardar o réu sair da residência com drogas, ou acompanhar eventual venda de entorpecentes no local, confirmando o teor das denúncias anônimas.**

**A entrada dos policiais na residência deve ser amparada em fundadas razões, o que não ocorreu no caso concreto, tendo em vista a jurisprudência da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça.**

No julgamento do RE 603.616/RO, com repercussão geral conhecida, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados".

A tese tem sido utilizada pelo Tribunal da Cidadania em diversos julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. TEMA DISCUTIDO E DECIDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O conhecimento da matéria por esta Corte pressupõe que o tema tenha sido submetido e decidido pelo Tribunal de origem, o que se verifica na hipótese. 2. A jurisprudência no âmbito das Cortes de Vértice, reverberada nos Tribunais locais, firmou-se no sentido de que os agentes policiais podiam ingressar em domicílio, sem autorização judicial, em hipóteses de flagrante delito, sem ressalvas, nos termos do art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República. 3. O Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Recurso Extraordinário 603.616/RO, apreciando o Tema 280 da repercussão geral, de Relatoria do Ministro GILMAR MENDES, firmou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões,



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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", conforme se extrai do esclarecimento do Ministro TEORI ZAVASCKI, no corpo do julgado.

4. Na esfera da inviolabilidade domiciliar, o controle judicial pode ser prévio ou posterior. Naquele caso, o CPP regulamenta o procedimento, trazendo, no § 1.º do art. 240, a necessidade de fundadas razões. Já na exceção constitucional ao controle prévio - flagrante delito -, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a exigir (em controle *a posteriori*) a demonstração de que a medida foi adotada mediante justa causa.

5. "O ingresso regular em 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" (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

6. No caso, verifica-se que o ingresso forçado na casa do Acusado não possui fundadas razões, pois o único elemento prévio à violação do domicílio dentro do alcance do tipo de tráfico de drogas é a notícia anônima. Além disso, tampouco justifica a violação do domicílio o fato de o Paciente ter rapidamente ingressado em sua residência ao avistar os policiais, porque tal atitude, apesar de suspeita, não permite presumir a prática de situação de flagrância.

7. Agravo regimental desprovido" (STJ: AgRg no HC 483887/RJ, julgado em 17/12/2019).

Neste julgado acima, nota-se que o único elemento prévio para justificar a entrada em domicílio foi a denúncia anônima, o que não deve ser admitido. Consta também que "Além disso, tampouco justifica a violação do domicílio o fato de o Paciente ter rapidamente ingressado em sua residência ao avistar os policiais, porque tal atitude, apesar de suspeita, não permite presumir a prática de situação de flagrância". **A primeira situação ocorreu no caso dos autos. Nota-se que os únicos elementos prévios que justificaram a entrada no domicílio, segundo os policiais, foi o fato de que denúncias informavam que no local havia um fluxo intenso de pessoas, típico do tráfico de drogas, e que o réu saiu pelo fundo da residência. Nem mesmo o fluxo intenso de pessoas foi visualizado pelos policiais.**

**Ressalto que não há comprovação segura da autorização de**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**entrada dos agentes públicos no imóvel ante a negativa feita por Mirtes, genitora do réu, quando ouvida na delegacia.**

**Desse modo, a entrada no domicílio ocorreu sem mandado judicial e sem fundadas razões, o que não está de acordo com o entendimento firmado pelos tribunais superiores.**

**Não é suficiente que tenham encontrado drogas posteriormente na residência para afastar a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. É preciso que a entrada seja justificada por fundadas razões, como por exemplo, uma investigação prévia formal ou uma campana em que os policiais visualizem atos típicos de comércio de drogas, o que não ocorreu no caso em tela.**

Nesse mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. 1.889,8 G, 1 SACO DE COCAÍNA, NA FORMA DE CRACK, PESANDO 1.650,3 G, 632 PAPELOTES DE COCAÍNA, NA FORMA DE CRACK, PESANDO 216,7 G, 91 COMPRIMIDOS DE ECSTASY, PESANDO 17,3 G, E 1 PAPELOTE DE 5,2 G DE MACONHA. PROVAS ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE MANDADO PARA ENTRADA NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA INVESTIGAÇÃO OU MONITORAMENTO. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. Não houve uma investigação prévia para que os policiais entrassem na residência do paciente, mas, sim, um patrulhamento de rotina no qual os policiais seguiram o veículo, por não ter esse parado, e adentraram no condomínio, sem nenhuma ordem judicial. Não havia nenhum monitoramento prévio por parte dos policiais.

2. Agravo regimental improvido." (STJ: AgRg no HC 561360, julgado em 09 de junho de 2020).

**Nesta linha de entendimento e considerando a ilicitude da apreensão das drogas, visto que a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio restou violada, a absolvição é de rigor, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Isto porque não há prova lícita da existência de fatos criminosos.**

**Em relação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, segue a extensa ementa de um *Habeas Corpus* julgado em 02 de março de**





PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2021, no Superior Tribunal de Justiça (HC nº 598.051/SP):

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, 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". 1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige. Documento: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 1 de 8 Superior Tribunal de Justiça 1.2. O direito à inviolabilidade de domicílio, dada a sua magnitude e seu relevo, é salvaguardado em diversos catálogos constitucionais de direitos e garantias fundamentais. Célebre, a propósito, a exortação de Conde Chatham, ao dizer que: "O homem mais pobre pode em sua cabana desafiar todas as forças da Coroa. Pode ser frágil, seu telhado pode tremer, o vento pode soprar por ele, a tempestade pode entrar, a chuva pode entrar, mas o Rei da Inglaterra não pode entrar!" ("The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail, its roof may shake, the wind may blow through it, the storm may enter, the rain may enter, but the King of England cannot enter!" William Pitt, Earl of Chatham. Speech, March 1763, in Lord Brougham Historical Sketches of Statesmen in the Time of George III First Series (1845) v. 1).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade. Documento: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 2 de 8 Superior Tribunal de Justiça

3. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori” (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado esperado.

4. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude “suspeita”, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente.

5. Se, por um lado, práticas ilícitas graves autorizam eventualmente o sacrifício de direitos fundamentais, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, excluídas do usufruto pleno de sua cidadania, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida e devassada, a qualquer hora do dia ou da noite, por agentes do Estado, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria, por exemplo, um ponto de tráfico de drogas, ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 5.1. Em um país



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. 5.2. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos – diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas – pode fragilizar e tornar irrito o direito à intimidade e à Documentação: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 3 de 8 Superior Tribunal de Justiça inviolabilidade domiciliar, a qual protege não apenas o suspeito, mas todos os moradores do local. 5.3. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em cercear a necessária ação das forças de segurança pública no combate ao tráfico de entorpecentes, muito menos em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos ou em espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial – meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada – legitimar a entrada em residência ou local de abrigo.

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência – uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio – outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio. 6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (in dubio libertas). O consentimento “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção (“consent, to bê valid, 'must bê unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion”). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (totality of circumstances). 6.2. No direito espanhol, por sua vez, o Tribunal Supremo destaca, entre outros, os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado; d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito. 6.3. Outrossim, a documentação comprobatória do assentimento do



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Documento: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 4 de 8 Superior Tribunal de Justiça morador é exigida, na França, de modo expresso e mediante declaração escrita à mão do morador, conforme norma positivada no art. 76 do Código de Processo Penal; nos EUA, também é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (North Carolina v. Butler (1979) 441 U.S. 369, 373; People v. Ramirez (1997) 59 Cal.App.4th 1548, 1558; U.S. v. Castillo (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (Haley v. Ohio (1947) 332 U.S. 596, 601; People v. Andersen (1980) 101 Cal.App.3d 563, 579. 6.4. Se para simplesmente algemar uma pessoa, já presa – ostentando, portanto, alguma verossimilhança do fato delituoso que deu origem a sua detenção –, exige-se a indicação, por escrito, da justificativa para o uso de tal medida acautelatória, seria então, no tocante ao ingresso domiciliar, “necessário que nós estabeleçamos, desde logo, como fizemos na Súmula 11, alguma formalidade para que essa razão excepcional seja justificada por escrito, sob pena das sanções cabíveis” (voto do Min. Ricardo Lewandowski, no RE n. 603.616/TO). 6.5. Tal providência, aliás, já é determinada pelo art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal – analogicamente aplicável para busca e apreensão também sem mandado judicial – ao dispor que, “[f]inda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”.

7. São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça. 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como Documento: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 5 de 8 Superior Tribunal de Justiça ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado.

8. Ao Poder Judiciário, ante a lacuna da lei para melhor regulamentação do tema, cabe responder, na moldura do Direito, às situações que, trazidas por provocação do interessado, se mostrem violadoras de direitos fundamentais do indivíduo. E, especialmente, ao Superior Tribunal de Justiça compete, na sua função judicante, buscar a melhor interpretação possível da lei federal, de sorte a não apenas responder ao pedido da parte, mas também formar precedentes que orientem o julgamento de casos futuros similares. 8.1. As decisões do Poder Judiciário – mormente dos Tribunais incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e também para “enriquecer o estoque das regras jurídicas” (Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4) e assegurar, no plano concreto, a realização dos valores, princípios e objetivos definidos na Constituição de cada país. Para tanto, não podem, em nome da maior eficiência punitiva, tolerar práticas que se divorciam do modelo civilizatório que deve orientar a construção de uma sociedade mais igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos. 8.2. Como assentado em conhecido debate na Suprema Corte dos EUA sobre a admissibilidade das provas ilícitas (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383, 1914), se os tribunais permitem o uso de provas obtidas em buscas ilegais, tal procedimento representa uma afirmação judicial de manifesta negligência, se não um aberto desafio, às proibições da Constituição, direcionadas à proteção das pessoas contra esse tipo de ação não autorizada (“such proceeding would be Document: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 6 de 8 Superior Tribunal de Justiça to affirm by judicial decision a manifest neglect, if not an open defiance, of the prohibitions of the Constitution, intended for the protection of the people against such unauthorized action”). 8.3. A situação versada neste e em inúmeros outros processos que aportam a esta Corte Superior diz respeito à própria noção de civilidade e ao significado concreto do que se entende por Estado Democrático de Direito, que não pode coonestar, para sua legítima existência, práticas abusivas contra parcelas da população que, por sua topografia e status social e econômico, costumam ficar mais suscetíveis ao braço ostensivo e armado das forças de segurança.

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

10. A seu turno, as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes castrenses de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em seu desfavor.

11. Assim, como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita – no caso, a apreensão, após invasão desautorizada da residência do paciente, de 109 g de maconha –, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão de drogas.

12. Habeas Corpus concedido, com a anulação da prova decorrente do ingresso desautorizado no domicílio e conseqüente absolvição do paciente, dando-se ciência do inteiro teor do acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas dos Estados e da União, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores-Gerais dos Estados, aos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Conselho Nacional de Direitos Humanos, ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que deem conhecimento do teor do julgado a todos os órgãos e agentes da segurança pública federal, estadual e distrital.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento Documento: 122438401 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 15/03/2021 Página 7 de 8 Superior Tribunal de Justiça das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. ". (STJ: HC nº 598.051/SP, julgado em 02/03/2021).

Consigno, por fim, que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 30 de março de 2021 (HC nº 616.584/RS), acompanhou o entendimento acima da Sexta Turma, conforme segue:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.  
INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA  
DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL.  
CONSENTIMENTO DO MORADOR. VERSÃO



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

NEGADA PELA DEFESA. IN DUBIO PRO REO. PROVA ILÍCITA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA HC 598.051/SP. VALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR DEPENDE DE PROVA ESCRITA E GRAVAÇÃO AMBIENTAL. WRIT NÃO CONHECIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece 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".

3. Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti - amparado em julgados estrangeiros -, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.

4. O eminente Relator entendeu ser imprescindível ao Judiciário, na falta de norma específica sobre o tema, proteger, contra o possível arbítrio de agentes estatais, o cidadão, sobretudo aquele morador das periferias dos grandes centros urbanos, onde rotineiramente há notícias de violação a direitos fundamentais.

5. Na hipótese em apreço, consta que o paciente e a corré, em razão de uma denúncia anônima de tráfico de drogas, foram abordados em via pública e submetidos a revista pessoal, não tendo sido nada encontrado com eles. Na sequência, foram conduzidos à residência do paciente, que teria franqueado a entrada dos policiais no imóvel. Todavia, a defesa afirma que não houve consentimento do morador e, na verdade, ele e sua namorada foram levados à força, algemados e sob coação, para dentro da casa, onde foram recolhidos os entorpecentes (110g de cocaína e 43g de maconha).

6. Como destacado no acórdão paradigma, "Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência cotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador."

7. Na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente (*fruits of the poisonous tree*). (STJ: HC nº 616.584/RS, julgado em 30/03/2021).

**Desse modo, é certo que os tribunais superiores firmaram entendimento no sentido de que o direito fundamental à inviolabilidade do**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**domicílio não pode ser afastado sem cuidado, sem controle judicial, por meras suspeitas dos policiais, por denúncias anônimas ou pelo fato do réu ter corrido para o interior da residência, sendo necessário uma investigação oficial, uma campana ou a comprovação sem sombra de dúvidas da autorização de entrada pelo morador da residência.**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de Gustavo Novaes Marques para ABSOLVÊ-LO de ter cometido o crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, **determinando-se a expedição de alvará de soltura clausulado em nome do apelante, com urgência, comunicando-se o juízo de piso e o da execução criminal agraciado com a guia de execução criminal provisória de folhas 274/275 dos autos.**

**HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA**  
Relator