



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000647306

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2170049-40.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é paciente **DANILO DE FREIRE PEREIRA**, Impetrantes **LUCAS HERNANDES LOPES** e **HENRIQUE BASSI DA SILVA**.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram da impetração em favor do paciente DANILO DE FREIRE PEREIRA, e CONCEDERAM a ordem, relaxando o flagrante, convalidando-se a liminar de folhas 180/192, e também CONCEDERAM a ordem, para trancar a ação penal nº 1500332-59.2023.8.26.0559, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, pela falta de justa causa na persecução penal, em razão da nulidade da prisão em flagrante. Oficie-se ao juízo de origem, com urgência, para cumprimento da presente decisão V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **SÉRGIO MAZINA MARTINS** (Presidente sem voto), **VICO MAÑAS** e **PAULO ROSSI**.

São Paulo, 1º de agosto de 2023.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus Criminal nº 2170049-40.2023.8.26.0000

Impetrantes: Lucas Hernandes Lopes e Henrique Bassi da Silva

Paciente: Danilo de Freire Pereira

Comarca: São José do Rio Preto

Voto nº 8215

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Prova ilícita – Ausência de competente mandado para entrada na residência, sendo que havia prévia investigação e monitoramento que ensejariam, em tese, a expedição do referido mandado de busca e apreensão – O momento da prisão do paciente não demonstrou efetiva e comprovada suspeita da ocorrência de um flagrante – Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Teoria dos frutos da árvore envenenada – Não incidência do artigo 301 do Código de Processo Penal – Relaxado o flagrante, em liminar, confirmada – Nulidade processual *ab ovo* a ser reconhecida – Trancamento da ação penal, como consequência – Ordem CONCEDIDA.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos Advogados Drs. LUCAS HERNANDES LOPES, OAB/SP nº 448.274 e HENRIQUE BASSI DA SILVA, OAB/PR nº 107.840, em favor de **DANILO DE FREIRE PEREIRA**, que figura como paciente, no qual apontam como autoridade coatora o(a) MM. Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, nos autos de nº 1500332-59.2023.8.26.0559, pela conversão do flagrante em prisão preventiva do paciente, e sua posterior manutenção, com alegação de que a prisão é ilegal, já desde seu início, no flagrante.

Relatam que o paciente foi preso em flagrante (folhas 01/32 da origem) e denunciado “*como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06*” (folhas 19/20).

Sustentam, em síntese, que houve uma abordagem policial flagrantemente ilegal, assim como, em seguida, houve invasão de domicílio pelos policiais que efetuaram a prisão flagrancial do paciente; que deve ser reconhecida a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ilicitude da prova e o flagrante relaxado, com o desentranhamento das provas ilícitas; que pelos depoimentos prestados pelos policiais militares perante a Autoridade Policial (folhas 44 e 46), verifica-se que não havia fundada suspeita anterior para a abordagem pessoal ao paciente, realizando-se tal procedimento de forma ilícita, pois alicerçado em denúncias anônimas sem comprovação nos autos e na sua suposta atitude suspeita; que a nulidade na inicial ação policial é clara; que *“a versão apresentada pelo Paciente é diametralmente oposta, se comparada a narrativa policial, na medida em que relata os abusos que foram cometidos no momento da abordagem”*, inclusive dizendo que os policiais invadiram sua casa enquanto estava dormindo; que a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça vai na direção do aqui alegado; que *“para tentar justificar a entrada forçada no domicílio do Paciente: os policiais militares supostamente receberam denúncias anônimas, realizaram diligência até a residência, identificaram uma “atitude suspeita” de Danilo e o abordaram, momento no qual teria acontecido uma confissão e autorização de ingresso em domicílio”*; que *“A droga no interior da residência não era visível no momento em que desembarcaram da viatura, isto é, não havia fundadas razões para a busca pessoal, na qual a propósito nada fora encontrada, quem dirá para a entrada na residência”*; que *“Não obstante o crime de tráfico de drogas seja permanente, demonstrou-se que os policiais militares não tinham a fundada suspeita de que haveria qualquer substância ilícita ou atividades de comércio, para o ingresso no imóvel”*; que *“a mera “suspeita” derivada das supostas denúncias anônimas autoriza, quando muito, uma abertura de investigação, mas não do procedimento policial em si, sob pena de violação da presunção de inocência, do princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada”*; que *“não houve sequer outro elemento informativo de que estaria ocorrendo prática de traficância na casa invadida”*; que, segundo o paciente, não houve nenhuma autorização para os policiais entrarem na sua casa; que *“A violação das regras estabelecidas na Constituição Federal e na legislação processual, as quais consagram direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, tornam imprestáveis as provas ilicitamente angariadas”*.

Pleiteiam a concessão de liminar, a fim de que seja relaxado o flagrante do paciente, com o desentranhamento das provas ilícitas referidas; e, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mérito, a confirmação da liminar, com o trancamento da ação penal.

A liminar foi deferida nas folhas 180/192 deste feito, com o **relaxamento do flagrante** do paciente, pela **ocorrência de invasão de domicílio pelos policiais, sem terem visto ou presenciado** qualquer **atitude criminosa do paciente**, e **sem efetiva permissão de um(a) morador(a) para ingressar no imóvel**; oportunidade em que foi determinada a requisição de informações à autoridade coatora, sendo que as informações foram prestadas nas folhas 198/199.

Em seguida, os autos foram remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que em seu parecer de folhas 202/206, manifestou-se pela concessão da ordem, somente no tocante ao relaxamento do flagrante.

É o relatório.

Insurgem-se os Advogados Impetrantes contra ato do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, consistente na manutenção da prisão flagrancial do paciente, alegando que a prisão se mostra, primeiramente ilegal, pela invasão de domicílio pelos policiais e, posteriormente, desnecessária no presente caso, por não estarem presentes os requisitos legais, postulando a revogação da prisão cautelar do paciente e o consequente trancamento da ação penal.

Neste caso, como bem demonstrado da inicial do *writ*, observa-se, de pronto, uma franca e clara **ilegalidade na origem da prisão do paciente**, a qual será adiante especificada, relativamente à prisão realizada com **invasão de domicílio pelos policiais**, ensejando o relaxamento do flagrante. Situação essa que **antecede**, Nesta Instância, a análise da motivação da prisão preventiva.

No caso em tela, o paciente foi **preso em flagrante** (folhas 01/32 dos autos principais), sob a acusação de cometer o crime de **tráfico de drogas, e já foi oferecida e recebida denúncia por esse delito (folhas 69/70 e 131/132 dos autos principais)**. Contudo, numa análise mais detida aos autos, como acima disposto, e sob a ótica constitucional, verifica-se que se encontram presentes os elementos necessários, já para o **trancamento da ação penal, além do já relaxado flagrante** (despacho de folhas 180/192), repita-se.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Verifica-se no auto flagrancial e seu registro, que assim declararam os Policiais Militares que abordaram e detiveram o paciente, após ingressarem na residência onde acabara de entrar, motivados, a princípio, por “denúncia anônima” de que ele, conhecido por “Inguila”, estaria praticando a traficância de drogas na região (folhas 02 e 04 da origem), sendo que assim declararam:

“O depoente é Sargento da Polícia Militar compondo a equipe do Baep 23, na viatura E09205 e hoje, estava em serviço junto com o seu colega de trabalho, o policial Cabo Leite no policiamento ostensivo na região de Rio Preto; que já tendo notícia de que na cidade de Guapiaçu estaria ocorrendo tráfico de drogas, e o indivíduo suspeito era o conhecido pelo apelido “Inguila”. Que rumaram para esta cidade e já tendo informação de que ele era a pessoa que estava realizando o tráfico de cocaína na cidade, e identificado como DANILO DE FREIRE PEREIRA, já conhecido nos meios policiais, no sentido de localizá-lo; que logo pela manhã intensificaram o patrulhamento no bairro em que DANILO estaria morando, e no sentido de coibir o tráfico de drogas próximo ao local e a procura dele; que assim que adentraram na Rua, foram em direção a uma viela que liga duas ruas, próxima à residência dele, à RUA DOMILIA JOSÉ DE LIMA, nº 44, no bairro São José, e lá se depararam com o suspeito “Inguila”, o qual saiu correndo em fuga; que ele foi acompanhado e foi abordado assim que tentava entrar na sua casa, sendo realizada a busca pessoal, e consigo nada de ilícito foi encontrado; que ele foi entrevistado e em princípio nada disse, e nem explicou o motivo de ter corrido, mas acabou confirmando que estava praticando o tráfico de drogas ali; que ele informou que morava ali no endereço com sua esposa e dois filhos; que não houve resistência à abordagem e busca pessoal; que foram autorizados por ele a fazerem uma busca na sua casa, e em seguida ele já apontou onde estava um involucro de plástico contendo droga. Tratava-se de um saco plástico que estava pendurado junto ao vitrô do banheiro da residência, e nela continha vários objetos e droga com aparência de crack; que Danilo confirmou que se tratava de droga e que só tinha aquilo; que analisando o conteúdo da embalagem identificou que havia duas balanças de precisão, duas porções de droga com aparência de cocaína, uma em formato de pedra bruta embalada em um plástico de cor branca e outra esfarelada em um saco plástico de cor preta. Além disso havia cinco involucros de pedra bruta de droga com aparência de crack; que prosseguiram nas diligências e identificaram a esposa de Danilo como Kethlin de Oliveira, que declarou que de nada sabia, inclusive da existência da droga em sua casa, e na residência nada mais de ilícito encontraram; que diante da situação apresentada e da prática delitiva evidente, foi dada voz de prisão a ele pela prática do crime de tráfico de drogas e a seguir foi levado para a delegacia para as providências decorrentes” (grifamos).

Já o paciente, perante a Autoridade Policial, negou a traficância de drogas e, especialmente, disse (folha 06 da origem):



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“quando aos fatos somente quer relatar que os policiais invadiram sua residência enquanto estava dormindo; que eles colocaram uma escada no muro e entraram, e também subiram no telhado; que foi coagido e que era para entregar para eles uma arma, sendo que não sabe de arma nenhuma; que sua esposa estava na casa mas aos fundos, e quando chamou por ela os policiais disseram que era para ficar quieta se não ia ser presa também; que um policial grande e manco de uma perna puxou seu cabelo, infiou os dedos nos seus olhos e colocou sua cabeça para trás dizendo que era para dar a arma se não ia arrumar droga para prendê-lo. Alegou desconhecer a existência da droga que foi apresentada” (grifamos).

Ora, trata-se de **versões diametralmente opostas!** E a testemunha presente no local, esposa do paciente, sequer foi ouvida. Ponto de toque encontra-se na **oitiva do paciente, quando da Audiência de Custódia** ([link na folha 45 dos autos principais](#)), onde o paciente **Danilo confirma a versão oferecida no auto flagrancial**.

Ou seja, **não** consta a comprovação de qualquer autorização de algum morador para entrada dos policiais na residência do paciente.

Embora a materialidade delitiva venha demonstrada nos autos, é certo que **a prova produzida nos autos principais se encontra eivada de ilegalidade inicial** e, por isso, **não serve** para sustentar uma prisão preventiva, ou **sequer uma prisão em flagrante**, como adiante se verá.

Com efeito, alguns pontos merecem destaque na configuração da invasão de domicílio:

- os policiais, disseram que já tinham “notícia de que na cidade de Guapiaçu estaria ocorrendo tráfico de drogas, e o indivíduo suspeito era o conhecido pelo apelido “Inguila””, e que esse indivíduo seria o paciente Danilo; todavia, embora já soubessem o endereço do paciente, não indicaram que o tráfico seria praticado por ele naquele endereço, mas, sim, “na cidade de Guapiaçu”; e a versão de que o viram na rua e ele correu para entrar na casa foi **contrariada por ele perante a Autoridade Policial e perante a Autoridade Judiciária**, repita-se. **Outrossim, qual fundada suspeita se mostra nos autos se com o paciente, no efetivo momento da abordagem, nada havia de ilícito**, mas somente **depois** que entraram na casa, **sem terem visto** qualquer droga ou outro objeto relativo ao crime;

- nenhum ato de mercancia foi relatado pelos policiais;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

- se as “notícias” relativas à traficância realizada pelo paciente fossem tão relevantes, haveria **informações e fundadas suspeitas suficientes para o pedido de um competente mandado de busca e apreensão para aquele local**. Contudo, a Polícia Militar, de forma açodada, preferiu partir para a abordagem ao paciente e entrada na casa, **sem** esse mandado;

- ponto fulcral que desestabiliza e enfraquece a diligência policial é a **ausência inicial** de autorização de entrada na residência **onde o paciente estava, ou “estava entrando”**, como se depreende da dinâmica dos fatos acima narrada; e os policiais ouvidos sequer mencionaram qualquer autorização de qualquer pessoa para entrarem na casa, sendo que havia mais uma pessoa na casa, a esposa do paciente, que **sequer foi ouvida**.

O que deve ser salientado é que “denúncias ou notícias anônimas” de “colaboradores anônimos”, e os **pormenores** constantes nos depoimentos dos agentes públicos, **sem outras comprovações, ainda que indiciárias, não** podem ser considerados como atos ou circunstâncias de permissão para uma abordagem, quanto menos uma invasão de domicílio, *data maxima venia*.

Se com o paciente, em sua casa, foi localizada alguma droga e petrechos relacionados, já em **diligência posterior e derivada daquela primeira**, isso já é um **segundo ato** da atuação policial, uma **continuidade** da abordagem e entrada na casa. A pedra de toque do caso concreto é o **primeiro ato** da atuação policial, e este se mostra, aqui, o causador da **nulidade da invasão de domicílio** do paciente, como acima se observa; pois, a versão veementemente contrária do paciente tem peso, neste momento. É certo que há uma sutileza na dinâmica do evento, mas tal circunstância é **crucial** para o reconhecimento da ilegalidade do ato. Ou seja, não podemos descartar a hipótese de que os policiais entraram na casa quando o paciente **já estava dentro** do imóvel; e ele, ainda que tenha sido abordado entrando na casa, nesse momento, não foi visto **praticando** nenhum ato de possível mercancia de entorpecentes, e nada de ilícito foi encontrado em sua posse.

Com efeito, temos a dinâmica da atuação policial como acima narrada pelos agentes públicos e pelo acusado, a qual indica **ausência** de **efetiva, fundada e demonstrada razão** para **entrarem** no local, abordar o morador, ora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

paciente, e revistar o local. Nessas condições, salvo melhor juízo, **não se verificam fundadas razões** para entrada desautorizada no imóvel e, tampouco, a **necessária e efetiva anuência de qualquer pessoa responsável pelo local**. Visto isso, **toda** a diligência que se seguiu se mostra contaminada e despicienda.

O que ocorre, é que essa conduta dos policiais foi de encontro à proibição prevista no inciso XI do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

- “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - 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” (destacamos).

É certo que a narrativa da atuação policial revela que **não** houve **efetivo consentimento** de quem quer que seja autorizando o ingresso dos policiais no interior daquela residência e também, **naquele exato momento, não** se estava diante de **visível ou presumível** flagrante delito, já que a empreitada dos policiais militares não trouxe, até agora, elementos seguros de que Danilo de Freire Pereira estava no **interior de sua residência cometendo qualquer crime**, nem diante de desastre, e tampouco há indicação de que os policiais houvessem ingressado na residência para prestar socorro a quem quer que fosse. Eles, em resumo, **apenas disseram que** estavam verificando “notícias” sobre a traficância na região, praticada pelo paciente, e mesmo que havia denúncias com alguns detalhes, tais detalhes, **poderiam ter sido observados antes do dia da prisão**, poderiam ser levados à Autoridade Judiciária para a expedição de um mandado de busca e apreensão, mas isso não ocorreu; assim, não se observa, por ora, a existência de “**fundadas** suspeitas”, ou “**fundadas** razões” para a ação policial **dentro** da residência em análise.

Também, e especialmente, **não** veio aos autos notícia de que a polícia estivesse em poder de **mandado** que autorizasse a busca domiciliar ali realizada, em verdadeira infração ao disposto na lei processual penal em vigor no país, pois por certo obteriam tal mandado **caso as informações acima narradas tivessem lastro indiciário**.

Com efeito, dispõe a lei processual:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

- “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção..”

- “ Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.”

- “Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º”.

Nesse contexto, como **inobservada garantia constitucional** e disposição legal contida na lei processual penal, tudo o que se seguiu ao ingresso ilegal no interior da residência do paciente, não pode ser considerado, pois estamos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diante de **prova ilícita**, tendo aplicabilidade na hipótese a **teoria dos frutos da árvore envenenada**.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – 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 nº 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe: 8/10/2010).

Com efeito:

a) o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, embora tenha confirmado que a Constituição Federal dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito e, no crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo, ponderou a necessidade de demonstração prévia de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida;

b) em razão do caráter permanente do delito de tráfico de drogas, o flagrante é possível a qualquer momento, não constituindo ilegalidade o ingresso dos policiais na residência, mesmo sem mandado de busca e apreensão, pois a regra constitucional da inviolabilidade do lar não socorre agente em situação flagrancial;

c) no julgamento do RE nº 603.616/RO, todavia, o Excelso Pretório fixou a interpretação 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.

Nessa linha de raciocínio, 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** imediatamente anterior à invasão permitir a **conclusão** acerca da ocorrência de crime no interior da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

O crime de tráfico de drogas na modalidade atribuída ao ora paciente (guardar ou vender) possui natureza permanente. Tal fato torna legítima a entrada de policiais em domicílio para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, **desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva capazes de demonstrar a ocorrência de situação flagrancial** (o que **não** se deu, suficientemente, na hipótese presente).

Nesse sentido, entre outros, o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

- “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM MANDADO JUDICIAL. FLAGRANTE. JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REVISÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É pacífico, nesta Corte, o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal qual o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, **exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que naquele momento, dentro da residência, haveria situação de flagrante delito.**

2. Tendo o ingresso em domicílio decorrido de investigações preliminares, dando conta da existência de traficância na residência da recorrente, não há falar em nulidade do flagrante.

3. A análise de eventual validade das declarações prestadas por testemunha, que teria sido obrigada a prestar informação falsa sobre o delito, exigiria revolvimento fático-probatório, providência inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido”. (AgRg no AREsp 1.512.826/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020 - destacamos).

E o julgado proveniente do Colendo Superior Tribunal de Justiça colacionado pelos Impetrantes na inicial do *writ* – ***Habeas Corpus* nº 598.051/SP, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Rogério Schietti** –, o qual não compilaremos para evitar desnecessária repetição, bem elucidada a questão.

No caso concreto, **os policiais não haviam realizado investigação anterior suficiente, mas ingressaram na residência, naquele dia e naquele momento, sem a efetiva visualização de movimentos suspeitos relativos ao tráfico de drogas por parte do paciente; entraram na casa, com ele já em seu**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

interior, ou nela entrando, após correr, sem consentimento do morador e, repita-se, sem situação devidamente arrazoada de flagrante delito, o que, a meu ver, contraria a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Outrossim, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal já afirmou que:

“o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

Assim, se o agente público não pode, sem o prévio consentimento do proprietário, ingressar durante o dia sem mandado judicial em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, com muito mais razão esse raciocínio permite concluir que o espaço que circunda a residência de um cidadão, é delimitado por muros e contém portão também constitui uma extensão de sua casa e está abrangido na proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI).

Diante desse contexto, tenho que a forma como os agentes públicos entraram na casa onde o paciente estava, **sem devida visualização prévia comprovada**, não constitui fundamento suficiente para autorizar a conclusão de que havia uma situação de flagrante delito, ainda que tenham sido encontradas e apreendidas drogas no contexto acima narrado; não havia suspeita fundada, imediata e demonstrada de que **naquele momento e local** estava sendo cometido algum tipo de delito, permanente ou não.

Nesse sentido, e em situação semelhante à dos presentes autos, recentemente decidiu a Quinta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

- “RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA 280/STF. FUGA ISOLADA DO SUSPEITO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NULIDADE DE PROVAS CONFIGURADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. No RE n.º 603.616/Tema 280/STF, a Suprema Corte asseverou que a flagrância posterior, sem demonstração de justa causa, não legitima o ingresso dos agentes do Estado em domicílio sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autorização judicial e fora das hipóteses constitucionalmente previstas (art. 5º, XI, da CF).

2. Apesar de se verificar precedentes desta Quinta Turma em sentido contrário, entende-se mais adequado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que exige a prévia realização de diligências policiais para verificar a veracidade das informações recebidas (ex: "campana que ateste movimentação atípica na residência").

3. Recurso em *habeas corpus* provido para que sejam declaradas ilícitas as provas derivadas do flagrante na ação penal n.º 0006327-46.2015.8.26.0224, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP." (RHC 89.853/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020 – destaques nossos).

Na mesma linha, o seguinte julgado:

- "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 QUE SE MOSTRA DEVIDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. JULGADO PROFERIDO EM *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

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 há, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanas no local. Não há, 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 policiais militares receberam "notícias" acerca de eventual traficância praticada pelo réu, sem a realização, ao que tudo indica, de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação, de maneira que não se configurou o elemento "fundadas razões" a autorizar o ingresso no domicílio do réu.

3. A descoberta *a posteriori* de uma situação de flagrante não passou de mero acaso, de maneira que a entrada no domicílio do acusado, no caso, desbordou do que se teria como uma situação justificadora do ingresso na casa do então suspeito. Sem eficácia probatória, portanto, a prova obtida ilícitamente, por meio de violação de norma constitucional, o que a torna imprestável para legitimar todos os atos produzidos posteriormente.

4. Acórdão proferido em *habeas corpus* não serve de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provido” (REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020).

Patente, assim, a **ilegalidade e inconstitucionalidade** da entrada dos policiais na residência onde estava o paciente, sem mandado judicial, **sem a prévia e devida anuência de qualquer morador**, apenas baseada na dinâmica acima narrada, o que **não** permite, nesse momento, a manutenção da prisão do paciente.

Nesse contexto, atento à **estrita legalidade**, há que se reconhecer que o ordenamento jurídico só permite ao agente público fazer o que estiver expressamente previsto em lei e, assim, **no caso concreto, os policiais não estavam autorizados a, naquele momento, entrar na casa onde estava o paciente**, da forma como fizeram neste caso. Aqui, repito que não havia suspeita imediata devidamente fundada e comprovada sobre a ocorrência do permanente crime de tráfico de drogas, *data maxima venia*.

Logo, **inválida** a prisão em flagrante do paciente, sendo patentes a necessidade e urgência da ordem.

Visto isso, com a invalidação da prisão em flagrante originária em razão da ilegalidade da ação perpetrada pelos agentes públicos, de certo que **toda a prova e atos processuais decorrentes dessa origem também ficam invalidados**, o que já enseja, também, o trancamento da ação penal, eis que já temos **denúncia** oferecida e recebida (folhas 69/70 e 131/132 dos autos principais).

Nesse sentido, sobre o mesmo tema, em situação bastante semelhante à dos presentes autos, na qual se contou com "denúncia anônima" e fuga do morador após visualizar os policiais, a Sexta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo diante da conjugação desses dois fatores, **não se estaria diante de justa causa**. Aquele Órgão julgador ressaltou a imprescindibilidade de prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas:

- “PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CORRUPÇÃO DE MENORES. ENTRADA EM DOMICÍLIO SEM ORDEM



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUDICIAL E SEM ELEMENTOS MÍNIMOS DE TRAFICÂNCIA NO LOCAL. PRISÃO PREVENTIVA ILEGAL. **TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.** RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. Ainda que esta Sexta Turma tenha admitido como fundamento para a prisão preventiva a relevante quantidade entorpecentes apreendidos em poder da paciente, tratando-se de 132 pedras de crack, 84 papéletes de cocaína e ainda 26 trouxinhas de maconha, não foi apontado nenhum elemento idôneo para justificar a entrada dos policiais na residência da paciente, citando-se apenas a verificação de denúncias de tráfico de drogas que receberam através do "Disque Denúncia", e a fuga do adolescente.

2. Verifica-se **ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, quando não há referência a prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância no domicílio violado.**

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para a soltura da recorrente, TEREZA RODRIGUES, e de ofício determinar o **trancamento da Ação Penal** n. 0001783-23.2016.8.26.0695." (RHC 83.501/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018 - grifamos).

E também quanto a possibilidade de **trancamento da ação penal**, mas aqui relativamente à ação de Guardas Municipais, a qual bem se amolda a estes autos, decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. **PROVA ILÍCITA. REVISTA PESSOAL E VEICULAR REALIZADA POR GUARDA MUNICIPAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. ILEGALIDADE.** OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1- Considera-se **ilícita a busca pessoal, domiciliar pessoal e veicular executadas por guardas municipais sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva**, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal.

2- Tendo a busca pessoal ocorrido apenas com base em parâmetros subjetivos dos agentes de segurança, sem a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a medida invasiva, deve ser **reconhecida a ilegalidade por ilicitude da prova, determinando-se o trancamento da ação penal.**

Recurso em *habeas corpus* provido para declarar ilegal a apreensão e, conseqüentemente, determinar o **trancamento da ação penal**” (grifamos – STJ, RHC nº 142.588/PR, 6ª Turma, Rel.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o Min. OLINDO MENEZES, j. em 25.05.2021).

Assim, se **não** amparada pela legislação a conduta dos agentes públicos, que foi realizada, a princípio, com relativo trabalho investigativo, mas sem efetiva suspeita, **sem** a indicação de dado concreto sobre a existência de justa causa para autorizar a entrada em residência – muito pelo contrário, neste caso –, vislumbra-se a **ilicitude da prova**, e, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal, deve ser desentranhado dos autos o auto de prisão em flagrante do paciente e seu registro, além de toda a prova e ato processual que decorreu dessa prisão.

Conseqüentemente, **afastada essa prova, deve ser determinado o trancamento da ação penal**.

Anote-se, por fim, que nesse sentido essa Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal teve oportunidade de decidir nos autos da Apelação Criminal nº 1500310-15.2019.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em julgamento realizado no dia 21 de maio de 2021, em **voto condutor deste Desembargador Relator**.

Dessa forma, sendo **inválida** a prisão em flagrante do paciente, também fica, conseqüentemente, **inválida** toda a prova e **posterior prisão preventiva daí decorrente**, repetimos.

Ante todo o exposto, **conhece-se** da impetração em favor do paciente **DANILO DE FREIRE PEREIRA**, e **CONCEDE-SE** a ordem, relaxando o flagrante, **convalidando-se a liminar** de folhas 180/192, e **também CONCEDE-SE** a ordem, para trancar a ação penal nº 1500332-59.2023.8.26.0559, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, pela falta de justa causa na persecução penal, em razão da nulidade da prisão em flagrante. **Oficie-se ao juízo de origem, com urgência, para cumprimento da presente decisão**.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator