

**EXCELENTÍSSIMA SRA. DESEMBARGADORA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**R.**, brasileiro, divorciado, portador da cédula de identidade n. \_\_, inscrito no CPF sob o número \_\_, domiciliado no endereço \_\_, representado por seus procuradores abaixo assinados, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, manifestar e requerer o que segue:

**I. Síntese dos Fatos**

No dia 05.03.2020, quinta-feira, policiais militares sem mandado judicial, realizaram vistoria ilícita no domicílio de R., em flagrante violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

Com base nessa vistoria realizada por meios ilícitos, os policiais encontraram substâncias químicas na residência de R. Sem nenhuma investigação mais apurada do ocorrido e sem qualquer garantia de que os entorpecentes não foram plantados por terceiro, o Ministério Público ofereceu denúncia e com base tão somente no silêncio de R. durante a persecução penal, este foi condenado pela prática de tráfico de drogas.

Portanto, resta claro que não há provas da existência do fato que permitiria imputar à R a prática de tráfico de drogas. O que se percebe é que *(i)* a suposta prova que levou à denúncia do Ministério Público é uma prova obtida por meio ilícito que não pode ser aceita pelo e. Tribunal sob pena de violar direito constitucional e *(ii)* nenhuma outra prova foi apresentada durante a fase de persecução penal, não podendo o silêncio de R. depor contra ele, já que o direito ao silêncio também é uma garantia constitucional.

Com base nesses argumentos, que serão melhor detalhados abaixo, se demonstrará à esse e. Tribunal que é imperioso o reconhecimento da absolvição de R. em razão da nulidade

da apreensão dos entorpecentes, por desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, e a inexistência de outras provas que liguem R. aos fatos que lhe estão sendo imputados.

## II. Da necessidade de absolvição do réu

### a. Da inviolabilidade do domicílio

O princípio da inviolabilidade do domicílio é previsto na Carta Magna segundo o art. 5º, XI, ao dispor:

“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”

Nesse sentido, o princípio *in casum* abarca juntamente os direitos às expressões mais íntimas ao que diz à privacidade do indivíduo e à propriedade. É sob tal espectro que a inviolabilidade do domicílio é prevista no artigo que versa sobre direitos fundamentais.

Por domicílio, entende-se (i) qualquer compartimento habitado; (ii) aposento ocupado de habitação coletiva; (iii) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, mediante interpretação extensiva do art. 264 do CPP e art. 150, 4º do CP.<sup>1</sup>

O art. 240 do CPP estabelece as hipóteses de cabimento da busca domiciliar:

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.

---

<sup>1</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 511

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Assim, o ingresso em moradia alheia 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. Em outras palavras, 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.

O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência 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), nenhuma aplicável ao caso concreto.

Tratando-se, portanto, de restrição a direito individual, somente se poderá ingressar no domicílio alheio, sem o consentimento do morador, em caso de flagrante delito, ou em decorrência de ordem judicial<sup>2</sup>.

E não só, em casos bastante similares ao presente, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou jurisprudência no sentido de que a mera intuição acerca de eventual traficância praticada pelo paciente, embora pudesse autorizar abordagem policial em via pública para averiguação não configura, por si só, justa causa a permitir o ingresso em seu domicílio, sem seu consentimento – que deve ser mínima e seguramente comprovado – e sem determinação judicial.<sup>3</sup>

Nesse sentido, ao analisar o caso em comento, é evidente que os requisitos para a busca domiciliar não estavam presentes, tendo em vista que, além de não haver qualquer mandado judicial autorizador e a mera fama de R. por tráfico de drogas não autorizar a invasão ao domicílio por parte dos policiais, conforme será melhor demonstrado a seguir, também não houve flagrante delito. Não há qualquer dúvida de que não houve justa causa

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 511

<sup>3</sup> “Em que pese eventual boa-fé dos policiais militares, não havia elementos objetivos, seguros e racionais, que justificassem a invasão de domicílio. Assim, como decorrência da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (ou venenosa, visto que decorre da fruits of the poisonous tree doctrine, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, é nula a prova derivada de conduta ilícita” (STJ,HC 415332/SP, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 16/08/2018)

para a invasão do domicílio de R., sendo necessária a declaração de nulidade da apreensão dos entorpecentes, em decorrência da forma ilícita pela qual foram obtidos.

#### **b. Da inexistência de flagrante delito**

Como bem explicita o doutrinador Gustavo Badaró<sup>4</sup>, a busca domiciliar é uma restrição legal ao direito constitucional de inviolabilidade do domicílio (II.a), destarte:

**“Sem o consentimento do morador, somente se poderá ingressar no domicílio alheio em caso de flagrante delito,** ou em decorrência de ordem judicial, neste último caso, apenas durante o dia.” (grifo nosso)

Ainda, adiciona:

**“Por se tratar de restrição ao direito individual, não se pode presumir o consentimento do morador,** somente sendo possível a busca sem mandado quando este franquear a entrada em sua residência.” (grifo nosso)

O art. 302 do Código de Processo Penal é o responsável por esclarecer o que constituiria o “flagrante delito”, explicitando, assim as hipóteses taxativas as quais se entenderia por ceder a inviolabilidade do domicílio. Segundo este:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração;  
II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

No caso *sub judice*, já de forma inicial, é necessário estabelecer que os policiais militares foram chamados à casa de C. pois R. estaria, supostamente, cometendo as infrações de ameaça contra C. e de violação ao domicílio de C. Em outras palavras, em nenhum momento, os policiais foram requisitados pela ocorrência de qualquer crime ligado ao tráfico de drogas.

No entanto, quando os policiais militares chegaram ao local, R. estava apenas adentrando o portão de seu próprio domicílio; ou seja, não estava cometendo a infração (inciso I). Além disso, não era possível presumir, apenas por meio desse fato, que ele havia acabado de cometer as infrações alegadas (inciso II). Ainda, R. não fora encontrado, não sendo possível realizar a subsunção do dispositivo do inciso IV ao fato.

---

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 485.

Por fim, em relação ao inciso III, os policiais militares, conforme consta dos autos, alegam tê-lo perseguido - perseguição esta que deveria ter ocorrido em nome das supostas infrações de ameaça e de violação ao domicílio de C. Contudo, não foi essa a verdadeira razão por trás da perseguição e da vistoria posterior, mas a mera *desconfiança* dos policiais de que R. praticasse o crime de tráfico de drogas.

Em outras palavras, a vistoria realizada - sem a concordância real ou presumida de R., uma vez que ele sequer estava na casa no momento em que essa ocorreu - não teve razão de ser, uma vez que seria impossível encontrar provas das infrações de ameaça e violação ao domicílio alheio na residência de R. Assim, a vistoria sem evidências concretas que dêem lastro ao suposto crime, como bem requer o parágrafo segundo do art. 240 do CPP, viola não apenas a inviolabilidade da residência que, como já bem exposto, submete-se apenas às hipóteses de exceção previstas no artigo supramencionado, como viola também a presunção de inocência, princípio basilar dos institutos do direito penal, previsto na Constituição Federal, segundo o disposto no artigo 5º, inciso LVII.

Como consequência lógica, descartadas todas as hipóteses taxativas que permitem a violação da inviolabilidade do domicílio, resta claro que não houve, de fato, uma flagrante delito, mas uma oportunidade criada para a obtenção de prova ilícita.

### **c. Da inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito**

Pelo exposto, fica evidente que (i) a inviolabilidade domiciliar é princípio constitucional de mais elevada importância e (ii) não restou configurada nenhuma das hipóteses previstas em lei que permitem a violação do domicílio. Assim, a patente ilegalidade da violação do domicílio de R. resta exhaustivamente demonstrado nesta defesa, levando à única conclusão possível neste caso, de que toda e qualquer prova obtida a partir de tal violação será absolutamente inadmissível e nula.

O que ocorre no presente caso é que uma vez comprovada a ilegalidade na violação do domicílio de R, **tal ilegalidade estender-se-á para toda e qualquer prova obtida por tal ação e essas serão, por expressa determinação constitucional, inadmissíveis para condenação.**

Como ensina a teoria dos frutos envenenados, amplamente aceita pela jurisprudência brasileira<sup>5</sup>, se a fonte da evidência (ou, seguindo a metáfora, a “árvore”), estiver contaminada de ilegalidade, então todas as provas que dela vierem (ou seja, os “frutos”), também estarão contaminados por tal contrariedade ao ordenamento jurídico.

Tal entendimento é decorrência da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, princípio basilar para o sistema jurídico brasileiro, estabelecido no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Trata-se de direito fundamental cujo objetivo primordial é a proteção do réu tendo em vista a clara disparidade de armas entre o acusado, cidadão comum, e a acusação, que conta com todo o aparato e recursos estatais. Sendo a prova a base para qualquer decisão judicial, seja pela absolvição seja pela condenação, garantir sua idoneidade é medida de justiça.

Assim, tanto provas adquiridas de forma ilegal como aquelas que são derivadas de outro procedimento ou prova marcado de ilegalidade, serão absolutamente inaceitáveis como base para condenação. Em outras palavras, a vedação prevista no art. 5º é tão absoluta que se estende às demais provas que derivem de procedimento ou prova ilegal, não se restringindo apenas à prova “originária” e ilegal.

Nesse sentido, destacamos parte da ementa adotada por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376-2, de 03.04.2007 com relatoria do Ministro Celso de Mello :

**“Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - **A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por****

---

<sup>5</sup> Nesse sentido: RHC 90376, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007; HC 129646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020; HC 90094, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010; Rcl 24473, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018; Rcl 12484, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014.

**constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.** Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (grifos nossos)

Aplicando tal entendimento ao caso concreto, chega-se à conclusão de que a apreensão das substâncias ilícitas, que foram, frise-se, a única base para a condenação de R. é absolutamente ilegal, visto que derivada da igualmente ilegal violação do domicílio. Por óbvio, se não tivesse ocorrido a invasão domiciliar sem mandado e de forma absolutamente arbitrária, tais substâncias jamais teriam sido apreendidas e, assim, não haveria base para a condenação. Claro, portanto, o vínculo entre a violação ilegal do domicílio e a apreensão das substâncias, não havendo que se falar em provas autônomas.

Assim, sendo a prova utilizada para condenação patentemente contrária ao ordenamento jurídico, visto que derivada de violação ilegal ao domicílio do réu, de rigor o reconhecimento da nulidade de tal prova com a consequente absolvição de R.

### **III. Do direito constitucional ao silêncio**

Cabe, ainda, considerações quanto à absurda alegação de que o silêncio de R seria de alguma forma um indicativo de sua culpa.

Conforme bem se sabe, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII, consagra o direito ao silêncio, confirmado, ainda, pelo art. 186 do CPP, a saber:

“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:

**LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu **direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.**

Parágrafo único. **O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.**” (grifos nossos)

O texto legal, nesse ponto, é cristalino ao resguardar ao acusado o direito de permanecer em silêncio diante das perguntas formuladas pelo juízo e pela acusação, sem que isso implique em prejuízo ao acusado.

Não só o texto legal consagra o direito ao silêncio, mas também é uníssona a doutrina, conforme se extrai dos dizeres do professor Aury Lopes Jr.:

“O direito ao silêncio pode ser tido como manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual **o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em atividade probatória da acusação** ou por exercer seu direito ao silêncio no interrogatório.”<sup>6</sup> (grifos nossos)

Infelizmente, no caso em tela, tem-se que foram desrespeitados diversas garantias fundamentais do acusado R. Primeiramente, por ser evidente a valoração negativa aplicada sobre o silêncio do acusado durante a persecução penal, culminando na infundada e inadmissível condenação.

Isso porque, do que se pode extrair dos fatos narrados, a acusação não logrou apresentar provas que permitissem eventual condenação, utilizando-se, portanto, exclusivamente de depoimento pessoal (sem qualquer fundamentação probatória, diga-se), valorando negativamente a opção pelo silêncio - a qual constitui garantia constitucional do acusado.

Importante afastar, desde logo, qualquer tentativa de justificar o desrespeito à garantia fundamental da não-autoincriminação, com base no art. 198 do CPP. Nesse, está contida a distorcida previsão de que o silêncio “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. A doutrina, entretanto, esclarece a inaplicabilidade de tal previsão, diante do evidente conflito com a Constituição Federal:

“**O art. 198 do CPP**, que estabelece que ‘o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do

---

<sup>6</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446.



juiz', **não foi recepcionado pela nova ordem constitucional**, posto que **incompatível com o direito ao silêncio**. De qualquer forma, diante da nova redação do art. 186, parágrafo único, do CPP, **tal regra restou tacitamente revogada.**<sup>7</sup> (grifos nossos)

Outrossim, a condenação se torna ainda mais gravosa na medida que, conforme bem desenvolvido acima, não há qualquer prova lícita que demonstre a materialidade do delito, e tampouco aponte para a autoria do acusado R.

Vale lembrar, nesse ponto, que se requer, para a condenação, juízo de certeza em ambas as esferas, de forma que, inexistindo, é mandatória a observância do *in dubio pro reo* (art. 5º, inciso LVII, CF), emanção da presunção de inocência que estabelece o dever de se decidir pela absolvição, em caso de dúvida.

Com base nos argumentos acima expostos, não resta qualquer dúvida quanto à violação ao direito constitucional ao silêncio, que foi, de maneira admissível, valorado de maneira negativa, para sustentar depoimento pessoal que não encontrou sequer um embasamento probatório lícito, culminando, ainda, em condenação que desrespeita a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF).

#### **IV. Conclusão e pedidos**

Ante o exposto, requer-se que este Tribunal reconheça a necessária absolvição de R. em razão da nulidade da apreensão dos entorpecentes, por desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, e a inexistência de outras provas que liguem R. aos fatos que lhe estão sendo imputados.

Aline Gouveia | 10338513

Carolina Stampone | 9843021

Eduardo Franklin | 10339469

Isabelle Ueda | 10338580

Letícia de Zan | 10339386

Ricardo Smith | 9840953

Sofia Barone | 10339712

---

<sup>7</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 450.