

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – RELATOR DO  
HABEAS CORPUS 221.681 – 2ª TURMA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**HC 221.681**  
**Agravante: Denilson dos Santos**

**DENILSON DOS SANTOS**, já devidamente qualificado nos autos, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio do Defensor Público-Geral Federal, por meio do Defensor designado, conforme Portaria 233, de 14 de março de 2019, interpor recurso de **AGRAVO**, previsto no artigo 317 do RISTF, em face de decisão monocrática que indeferiu o **HABEAS CORPUS 221.681**, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo regimental no REsp 2.011.113/MS.

Requer seja recebido, conhecido e provido o recurso, rogando, ainda, caso não exercido o juízo de retratação, seja ele levado à Turma para que esta lhe dê provimento.

## **COLENDAS TURMAS**

### **1. BREVE RELATO DOS FATOS**

Inicialmente, acerca da abordagem policial que deu origem ao presente caso concreto, insta pontuar que foram apreendidos 2 quilos de maconha em poder de 3 pessoas estranhas ao presente processo e estas teriam atribuído a propriedade da droga ao ora agravante. Na sequência, os policiais teriam se dirigido ao endereço fornecido e, supostamente, encontrado o paciente na porta da casa. Nesse contexto, foi realizada busca pessoal no paciente, sendo localizadas notas falsas e,

posteriormente, houve a entrada no domicílio, onde foram localizadas 800g de maconha e uma arma de fogo raspada.

Tendo em vista a situação concreta narrada, em audiência de custódia, o MPF e a defesa se manifestaram pela ilegalidade da prisão e o juízo **relaxou a prisão** (prisão ilegal) do ora agravante, asseverando o seguinte: (e-STJ Fl. 44)

“Entretanto, observo que a prisão foi realizada sem mandado judicial, e sem autorização dos moradores para entrada, bem como foi efetuada após as 19h, o que ofende a disposição constitucional, que dispõe ser a casa o asilo inviolável do indivíduo.

Ademais, são evidentes os sinais de agressão física e, com o depoimento da mãe do custodiado que estava no local dos fatos, há indícios de que o custodiado sofreu lesões e agressões verbais no momento da prisão, pelos Policiais Militares que a efetuaram.

Assim, **revogo a decisão proferida em plantão e deixo de homologar o flagrante em questão, uma vez que ele se mostrou ilegal.**”

Posteriormente, em que pese a decisão de relaxar a prisão, pois lastreada em prova ilícita, o agravante foi denunciado e condenado pela prática dos delitos descritos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, e no art. 289, § 1º, do Código Penal, sendo todos em concurso material (art. 69, CP). Foi fixada pena total de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicial fechado e a 520 dias-multa.

Em face da referida sentença, foi interposto recurso de apelação pela defesa. O Tribunal deu provimento à apelação, fundamentando que a busca pessoal foi ilegal, já que ausente fundada suspeita e baseada apenas na palavra de outras pessoas flagradas em posse de drogas.

Irresignada, a acusação interpôs recurso especial, ao qual foi dado provimento para reconhecer a legalidade da prova produzida, reestabelecendo a condenação.

Interposto agravo regimental pela defesa, o colegiado negou provimento ao recurso, argumentando não haver ilegalidade a ser sanada.

Tendo em vista a flagrante arbitrariedade na decisão supramencionada, foi impetrado o presente habeas corpus. No entanto, o Ministro Relator, monocraticamente, indeferiu o pedido de habeas corpus, sob o fundamento de que a busca pessoal e a entrada no domicílio estariam fundamentadas na presença do requisito de justa causa e na natureza permanente do delito.

Todavia, a mencionada decisão não deve prevalecer, como será a seguir demonstrado.

## 2. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE AGRAVO

A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada eletronicamente em 21 de novembro de 2022, segunda-feira.

A parte está assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Portanto, o prazo final para a interposição do recurso pertinente é o dia 1º de dezembro de 2022, quinta-feira.

## 3. DAS RAZÕES RECURSAIS

A decisão recorrida afirmou não vislumbrar “*a ocorrência de ilegalidade na busca pessoal realizada no paciente, nem mesmo na apreensão das drogas realizada no seu domicílio, eis que **fundamentada na presença do requisito da justa causa, bem como tratar-se de crime permanente***”.

No entanto, com a devida licença, tal afirmação encontra-se distante da realidade dos fatos, uma vez que não houve justa causa para a busca pessoal ou para a entrada na residência sem mandado judicial.

Deve-se observar que os policiais apreenderam 2 kg de maconha em poder de 3 pessoas estranhas ao presente processo e que estas teriam atribuído a propriedade da droga ao paciente. Sem qualquer diligência ou investigação prévia, com base apenas nas palavras dos indivíduos flagrados com a droga, **ou seja, com todo o interesse em se livrarem da acusação**, os policiais se deslocaram até o indicado endereço do paciente. Lá, ainda que ausente qualquer indício de que o paciente estaria em atividade ilícita, conforme versão dos policiais, estes teriam realizado busca pessoal no paciente, que se encontrava fora da residência, encontrado notas falsas e, posteriormente, entrado no domicílio – **curiosamente, sempre que a polícia aborda pessoas sem mandado, afirma que elas estavam fora da residência e que só depois entraram na casa.**

Nesse ponto, relevante apontar há crucial diferença na versão dos fatos dada pelos policiais e pelo paciente, sua mãe e sua namorada. O paciente afirmou que **estava dentro de casa quando os policiais invadiram a residência** e que foi agredido física e verbalmente por eles, fato presenciado por sua mãe e por sua namorada.

No entanto, ainda que fosse possível dar credibilidade à narrativa dos policiais, desconsiderando todo o contexto de violência policial que colocam à prova a veracidade de suas declarações, a ilegalidade flagrante da busca pessoal sem qualquer justa causa não pode ser ignorada, bem como a ilegalidade de todas as provas delas derivadas.

Ademais, importante considerar **os evidentes sinais de agressão física do paciente**, indicando que ele teria sofrido lesões no momento da prisão, o que também direciona para o reconhecimento da ilicitude das provas que embasaram a condenação.

Tendo em vista a situação fática descrita, o próprio Ministério Público Federal entendeu pela ilegalidade da prisão e o juiz que realizou a audiência de custódia a considerou ilegal e a relaxou, já que baseadas em provas obtidas de forma ilícita, veja-se: (e-STJ Fl. 44)

“Entretanto, observo que a prisão foi realizada sem mandado judicial, e sem autorização dos moradores para entrada, bem como foi efetuada após as 19h, o que ofende a disposição constitucional, que dispõe ser a casa o asilo inviolável do indivíduo.

Ademais, são evidentes os sinais de agressão física e, com o depoimento da mãe do custodiado que estava no local dos fatos, há indícios de que o custodiado sofreu lesões e agressões verbais no momento da prisão, pelos Policiais Militares que a efetuaram.

Assim, **revogo a decisão proferida em plantão e deixo de homologar o flagrante em questão, uma vez que ele se mostrou ilegal.”**

Relevante apontar a ocorrência de preclusão *pro judicato* no caso em análise. Explica-se. A situação apresentada na audiência de custódia é irrepetível, sendo muitos dos elementos ali levantados essenciais para a análise da licitude de prova obtida pelo polícia. No caso dos autos, como já fartamente indicado acima, o Juízo que primeiro tomou conhecimento da situação pareceu bastante convencido da ilicitude das provas colhidas, e, conseqüentemente da fragilidade do contexto fático, conforme consta da ata da audiência de custódia. Ou seja, ainda que a audiência de custódia não se preste, inicialmente à apreciação da licitude das provas, ela tem como objetivo verificar, em diversos aspectos, como se deu a prisão do apresentado.

A partir do momento em que o juiz constata a verossimilhança das alegações do conduzido (no caso em concreto muito mais compatíveis com a realidade, aliás), e afasta a prisão por entender que se baseou em provas ilícitas, esse entendimento deve resultar em preclusão, não se permitindo o prosseguimento do processo penal com base em suporte probatório já reconhecido como ilícito.

De nada adiantaria a concessão da liberdade por ilicitude das provas se elas pudessem ser reaproveitadas posteriormente, quando a situação já esfriou e as pessoas envolvidas na ação policial já estiverem distantes do ocorrido. Parece contraditório que o Juízo entenda serem as provas maculadas, mas que posteriormente essas mesmas provas possam servir de fundamento à condenação.

Aliás, a manifestação do Membro do Ministério Público registrada na ata da audiência de custódia causa perplexidade:

**“Quanto à prisão, o MPF entende que a prisão foi ilegal, no entanto, manifesta-se pela prisão provisória em razão dos inúmeros crimes praticados, que são de alta gravidade e indicam grande probabilidade de reiteração criminosa.”**

Em suma, o Ministério Público Federal afirmou que a prisão foi ilegal, mas que mesmo assim a prisão deveria ser mantida. Mais não precisa ser dito. É esse o papel do Estado acusador? É pedir que a ilegalidade seja ignorada para se manter a pessoa presa? Vale tudo para se condenar? Pode bater, pode invadir domicílio?

A preclusão *pro judicato* é instrumento de garantia e segurança jurídica. Assegura a estabilidade das decisões e bem por isso não se pode permitir que, sem fatos novos, juízes alterem o quanto decidido anteriormente em seus processos.

Deve se observar que o juiz condutor da audiência de custódia relaxou a prisão também com base nos sinais de agressão física do paciente e nos fortes indícios de que o custodiado teria sofrido lesões no momento da prisão, pelos policiais militares que a efetuaram. Ora, admitir provas oriundas de situação de violência por parte dos policiais é fechar os olhos para condutas criminosas por parte dos agentes públicos.

No caso concreto, o que ocorreu foi a abordagem do paciente, sem que ele estivesse praticando qualquer conduta ilícita, e, após busca pessoal ilegal, os policiais militares localizaram notas falsas e invadiram seu domicílio.

A ilegalidade da busca pessoal contamina diretamente a entrada no domicílio, tornando, conseqüentemente, todas as provas obtidas ilícitas. Nesse exato sentido foi o voto condutor do desembargador que absolveu o paciente no Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

**“No caso dos autos, a busca pessoal realizada no acusado padece de legalidade à míngua de fundada suspeita de que**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

estivesse na posse de moeda falsa, sendo baseada apenas na palavra das outras pessoas abordadas e sem um estado de flagrância aparente.

Somente a alegação de corréus não se mostra suficiente para abordagem, pois fragilizaria as garantias individuais, uma vez que tendem a atribuir o crime a outra pessoa, na tentativa de se esquivarem da imputação da prática criminosa.

Dessa forma, **havia a necessidade da realização de outras diligências complementares para que se justificasse a revista pessoal**, valendo ressaltar que o flagrante se deu somente, não havendo qualquer indício anterior de que o a posteriori réu estava guardando as notas falsas naquele momento, a não ser a afirmação de Sergio Rodrigo de Souza Barua e dos menores, João Carlos Wapnyk e José Carlos do Nascimento Varriente, acerca da propriedade do entorpecente apreendido anteriormente.

(...)

Da mesma forma, **não havia fundadas razões para que os policiais realizassem a busca e apreensão no interior da residência e para que encontrassem a arma de fogo e a droga**, tendo aquela somente ocorrido após a abordagem pessoal.

Diante do referido quadro fático, **é possível verificar a ilegalidade na busca domiciliar realizada pelos policiais militares**, uma vez que o acusado não se encontrava em estado de flagrância aparente naquele momento da abordagem policial.

Não se admite que a constatação da situação de flagrância, após o ingresso no local, justifique a medida realizada pelos policiais, que entraram no domicílio. A autoridade policial deve ter fundadas razões para acreditar no iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida.

Assim, **considero que não estão bem delineadas as fundadas razões que levaram à abordagem e entrada no domicílio, de maneira que as provas são inválidas.**

Nessa toada, **tem-se que a prova colhida na fase inquisitiva foi obtida por meio ilícito, contaminando as demais provas dela derivadas, de maneira a tornar imprestável o suporte probatório que alicerçou a peça acusatória, não havendo demonstração da materialidade delitiva.**

De rigor, portanto, **a absolvição do acusado**, com amparo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.” (grifo nosso)

Assim sendo, verifica-se que desde o início as provas que lastreiam a persecução penal encontram-se maculadas pela ilegalidade da busca pessoal e da invasão do domicílio, já que todas as provas são delas derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Ressalta-se que o fato de a mera expectativa de crime ter se confirmado, não convalida a ação estatal ilícita. Se assim o fosse, os fins justificariam os meios e, por certo, a inviolabilidade do domicílio ficaria à mercê de ilações estatais, completamente submetida ao arbítrio dos agentes públicos. Além disso, quem agride a pessoa a quem prendeu, como é o caso dos autos, perde completamente a credibilidade, pois passa a precisar de justificativa para sua conduta. Mais uma vez transcreve-se a manifestação da **Magistrada** que realizou a audiência de custódia:

**“Ademais, são evidentes os sinais de agressão física e, com o depoimento da mãe do custodiado sofreu lesões e agressões verbais no momento da prisão, pelos Policiais Militares que a efetuaram.”** (grifo nosso)

Não pode ser confirmada condenação que partiu de invasão de domicílio e de agressão ao acusado.

Além disso, as decisões atacadas fundamentam a licitude da ação policial de ingressar no domicílio do ora agravante em razão da flagrância do tráfico de drogas e de seu caráter permanente. Todavia, a busca e apreensão domiciliar, por implicar severa restrição ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, deve observar rigorosamente os limites estabelecidos pelo legislador. Justamente por isso,

prevê o art. 240, §1º, do Código de Processo Penal que “proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem”, o que não ocorreu no caso concreto.

Diante deste cenário, a conduta legal esperada das autoridades policiais era, a partir de qualquer suspeita ou conhecimento de elementos indiciários de atividades ilícitas por parte do agravante, informar a polícia judiciária para que esta requeresse ao juízo competente a expedição de mandado de busca e apreensão, a ser cumprido nos conformes dos ditames constitucionais e processuais penais.

Mas não foi assim que ocorreu. Sem qualquer indício de que o agravante era autor de qualquer delito, foi realizada, primeiramente, busca pessoal ilegal, posteriormente, a invasão no domicílio. A atuação policial foi inequivocamente abusiva, movida apenas pelo imaginário das autoridades, mesmo que confirmada posteriormente.

Nesse ponto, ressalta-se que não se trata de realizar o exame acurado do acervo fático-probatório, mas tão somente provocar a reflexão dos íncritos julgadores a fim se de apontar o constrangimento ilegal perpetuado pelo Superior Tribunal de Justiça ante a flagrante ilegalidade ocorrida, devendo ser reconhecida a violação da intimidade, do domicílio e as consequentes provas ilícitas derivadas.

Em virtude do exposto, é evidente que a obtenção de todas as provas que lastreiam a condenação se deu de maneira absolutamente ilegal, já que realizada pelos policiais mediante revista do réu e de sua casa sem a autorização desse e sem mandado judicial e com a prática de violência. Como corolário, vislumbra-se que as únicas provas dos delitos são ilícitas, devendo, então, serem desentranhadas dos autos, com a consequente absolvição do recorrente.

#### **4. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, requer seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, com o conhecimento do recurso e a concessão da ordem para reconhecer a configuração da ilicitude da prova, anulando-se a condenação imposta ao agravante.



Caso mantida a decisão agravada, seja o presente agravo levado à Turma em destaque para que esta dê provimento ao recurso e conceda a ordem.

Pugna, ainda, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do *writ*.

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Brasília, 1º de dezembro de 2022.

Gustavo de Almeida Ribeiro  
Defensor Público Federal