



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

**Tese:** Ações penais fundamentadas única e exclusivamente em provas ilícitas ou derivadas, como aquelas decorrentes de invasão de domicílio ou de reconhecimento de pessoas realizado em desacordo à determinação legal, devem ensejar pedido de rejeição da denúncia em sede de resposta à acusação, que, se indeferido, deve ocasionar impetração de habeas corpus para trancamento da ação penal.

**Justificativa fática:**

A despeito de a Constituição Federal vedar expressamente a admissão de provas ilícitas e derivadas, é usual que magistrados da área criminal relativizem essa previsão e recebam ações penais fundadas exclusivamente em prova ilícita.

O grande desafio que se observa na prática é fazer com que essa prova seja efetivamente desconsiderada no decorrer da ação penal, pois a captação psíquica do juiz, ao ter contato com a prova ilícita, não é fácil de ser superada. A consequência são condenações indevidas.

Por isso, é importante que ações penais fundadas exclusivamente em provas ilícitas sejam impugnadas desde cedo, até para fins pedagógicos, de modo a evitar práticas espúrias de investigação.

**Fundamentação jurídica:**

Como se sabe, a Constituição Federal nos garante a inviolabilidade domiciliar, autorizando as forças estatais a adentrar em nossas casas apenas 05 hipóteses: a) com nosso consentimento; b) em caso de flagrante delito; c)



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

em caso de desastre; d) para prestar socorro ou; e) de dia, por determinação judicial (art. 5, XI).

Com o endurecimento da guerra às drogas e adoção de um policiamento militarizado proativo, a causa mais comum de relativização da inviolabilidade domiciliar tem sido, sem dúvidas, a busca por entorpecentes<sup>1</sup>.

Ocorre que, no Brasil, a busca por entorpecentes não costuma seguir o trâmite retratado nos programas de televisão e exigido pelas normas constitucionais e legais: investigação – pedido de mandado de buscas – por óbvio, frutíferas. A busca por entorpecentes por aqui decorre, em sua quase totalidade, de prisões em flagrante<sup>2</sup> de pequenos traficantes, criminalizando a pobreza, abusando do permissivo constitucional e se aproveitando do desamor dos Tribunais pelo reconhecimento da nulidade de uma prova obtida ilegalmente.

Em pesquisa conduzida por Marcelo Semer, em que foram analisadas 800 sentenças de tráfico de drogas, de oito Estados, concluiu-se que há uma disseminação da legitimação das violações a domicílio. Não obstante um alto percentual de apreensão de entorpecentes em residências, só 16,62% das

---

<sup>1</sup> Em uma pesquisa realizada pela ACLU nos Estados Unidos, detectou-se que, apesar das equipes de SWAT – o equivalente ao nosso BOPE – serem criadas para situações de emergência que envolvem reféns ou perigo eminente a terceiros, em 62% dos casos em que a SWAT foi colocada em ação, tratava-se de uma invasão domiciliar (*raid*) em busca de drogas. Como era de se esperar, a prática afeta suspeitos negros ou latinos desproporcionalmente em comparação aos suspeitos brancos.

<sup>2</sup> De acordo com pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP, 85,63% das prisões por tráfico de drogas na cidade de São Paulo foram, no período pesquisado, fruto de abordagens pela polícia militar. Dentre essas abordagens, 67,8% decorreram de patrulhamento de rotina. Dados semelhantes são apresentados por pesquisas do IDDD e da DPRJ.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

situações contavam com a prévia expedição de mandado de busca e apreensão<sup>3</sup>. Não houve registro na pesquisa de uma sentença sequer que tenha declarado a ilicitude desse tipo de prova.

Após decisão do STF sobre o tema no RE 603.616, julgado em 05/11/2015 (Repercussão Geral - Tema 280), os Tribunais Superiores finalmente pacificaram seu entendimento, reconhecendo a ilegalidade da prova obtida em buscas domiciliares realizadas sem mandados judiciais quando não há fundamento idôneo *ex ante* a justificar a crença de que um crime está em andamento naquele local. A ideia de que um crime permanente justificaria retroativamente a invasão domiciliar encontra-se oficialmente sepultada, afinal, a busca da verdade não é um passe para práticas violadoras de direitos fundamentais.

Sob esse prisma, tal prova, portanto, deve ser considerada ilícita e, conseqüentemente, insuficiente para fundar uma condenação criminal. A despeito de o populismo criminológico tentar apagar da mente dos juristas a razão de se inadmitir meios probatórios que atentem contra direitos fundamentais<sup>4</sup>, é preciso recordar a razão de ser dessas regras, que possuem um papel pedagógico e inibitório de práticas de investigação odiosas, como a tortura, e representa um marco civilizatório para o processo penal contemporâneo<sup>5</sup>.

De lá para cá, o que os Tribunais passaram a discutir casuisticamente o que constituiria fundamento idôneo para legitimar a invasão. Em linhas gerais, o que se exige – pasmem – é investigação prévia, não bastando meras denúncias anônimas (cf. STF, HC

---

<sup>3</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**. O papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.165.

<sup>4</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p.28.

<sup>5</sup> KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 67.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

180.709 e STJ, HC 512.418/RJ), informações de vizinhos (cf. HC 609.982/RS) ou fuga do suspeito ao visualizar a viatura ( cf. STJ, HC 530.272/SP e HC 561.360/SP)<sup>6</sup>.

No entanto, ao longo desses anos de sedimentação jurisprudencial, as práticas policiais também foram se adequando – uma espécie de efeito *backlash* miliciano – e as justificativas das buscas passaram, cada vez mais, a se assentar no consentimento do morador (o mesmo tem ocorrido com o acesso ao celular da pessoa autuada). É realmente impressionante a quantidade de pessoas dispostas a deixar a polícia entrar em suas casas mesmo sabendo que, ao fazê-lo, estarão produzindo prova contra si mesmo e, de quebra, fundamentando a própria prisão. Haja altruísmo. Nesse ponto, uma contradição emerge: “os juízes se queixam em demasia dos interrogatórios em que são fornecidas versões fantasiosas e reiteradamente indicam que a negativa é tão corriqueira que nem chama a atenção. Quando a questão é o relato do policial, dando conta de que o réu colaborou, no entanto, não se levantam dúvidas<sup>7</sup>”.

Observa-se, portanto, que não há uma racionalidade clara que orienta tal valoração e decisão sobre os fatos. Na ausência de marcos objetivos, a palavra do réu é descredibilizada quando convém, e dotada de credibilidade quando corrobora para a hipótese acusatória, tudo em nome de um “bem maior”, o que se evidencia na sentença abaixo:

“é, pois, inadmissível que o direito à intimidade sobreponha-se ao interesse coletivo de proteção da saúde pública. Por certo, a condenação de pequenos traficantes se impõe como medida

---

<sup>6</sup> De outro lado, o STJ reconheceu a validade da entrada em domicílio quando os policiais visualizaram pés de maconha na residência e sentiram o odor característico da droga (cf. HC 561.988/PR), bem como em casos onde havia reconhecimento pessoal da vítima aliado à fuga do suspeito no momento em que visualizou a viatura (cf. HC 503.766/MG). Em uma tangente, o STJ também entendeu pela desnecessidade de mandado e ausência de ilegalidade na busca realizada em casa não habitada ou onde não haja ‘*aparelho/mecanismo de segurança destinado a limitar a entrada de indivíduos*’ (cf. HC 588.445/SC)

<sup>7</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**. O papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.365.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

profilática a fim de desestimular a que outros se enveredem em idêntico caminho, que apenas beneficia aos barões do narcotráfico<sup>8</sup>”

Ademais, não se pode olvidar sob quem recai tal prática: aqueles que estão sob “atitude suspeita”. Por mais subjetivo que seja esse conceito, a práxis forense demonstra que, em muitos casos, basta ser preto e pobre para encaixar-se em tal estereótipo, uma manifestação clara do racismo estrutural que paira sobre o sistema de justiça criminal<sup>9</sup>. Puro resquício do direito penal do autor.

O Judiciário, por sua vez, ao validar tal efeito backlash miliciano, legitima que a prática prossiga, sem sequer refletir que, ao dar carta branca pra essas condutas, lares de pessoas inocentes são invadidos, com violência e impiedade. Quando o juiz considera lícita essa prova, o aviso é: podem continuar invadindo, uma apreensão de drogas em uma residência legítima a invasão de dez outras casas de pessoas inocentes. Já nos lares de bairros nobres, isso é inconcebível. Seria o conceito constitucional de domicílio, então, restrito aos lares dos “cidadãos de bens?”.

Felizmente, neste ano, nos aproximamos um pouco de extirpar uma das diversas ilegalidades presentes no script, quando a Sexta Turma do STJ julgou o HC 598.051/SP.

Entre outras questões, tal como a necessidade de se repensar se são mesmo todas as situações envolvendo tráfico de drogas que justificariam uma busca domiciliar sem mandado<sup>10</sup>, já que em grande parte dos casos não existe

---

<sup>8</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**. O papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.167.

<sup>9</sup> ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 50.

<sup>10</sup> Em suas conclusões, o Ministro aponta que ‘apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

emergência na ação policial, o Ministro Rogério Schietti, relator do feito, se propôs a analisar a seguinte questão, apontada por ele mesmo como o ponto central do voto: *A prova dos requisitos de validade do livre consentimento do morador, para o ingresso em seu domicílio sem mandado, incumbe a quem, e de que forma pode ser feita?*

Outrossim, vale rebater um argumento levantado para criticar o teor do acórdão: esse posicionamento fortaleceria o crime organizado. Quem sustenta essa tese, mais uma vez, se irriga no populismo criminológico, que se perde em suas finalidades. Vale indagar retoricamente: desde quando invadir domicílios periféricos produz abalos sísmicos nas facções criminosas? Solicitar mandado de busca e apreensão à autoridade judiciária é uma tarefa tão árdua assim, a ponto de ser preterida em detrimento de violações contínuas de direitos fundamentais?

Nesse sentido, a pesquisa de Semer<sup>11</sup> demonstrou que somente 11,25% dos casos se originaram a partir de investigações prévias, sendo a maioria esmagadora (88,75%) decorrentes de prisão em flagrante, e, em sua maioria, de réus primários, como pouca

---

objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada.'

<sup>11</sup> Outros estudos apontam as mesmas conclusões. Pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) e a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad) do Ministério da Justiça analisou 2.591 sentenças datadas de agosto de 2014 a janeiro de 2016, relativas a acusações dos crimes da Lei 11.343/2006, na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Verificou-se que 82,13% das prisões e apreensões de drogas ocorreram em flagrante, enquanto somente 6% das prisões foram decorrentes de trabalho de investigação prévia. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro**. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Disponível em: <[http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagemdpg/public/arquivos/Relatorio\\_Pesquisa\\_Lei\\_Drogas.pdf](http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagemdpg/public/arquivos/Relatorio_Pesquisa_Lei_Drogas.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019, p. 23.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

quantidade de drogas e desarmados<sup>12</sup>, raramente chegando a abalar as estruturas das grandes organizações criminosas.

Como resultado, relega-se ao ostracismo as normas do devido processo penal, e alavancam-se os números de prisões, processos e condenações, combinados a uma constante e óbvia sensação de fracasso nessa missão, a uma porque escapa à missão do Poder Judiciário, a duas porque mesmo que estivesse dentro do papel do juiz, recrudescer o controle penal sobre os pequenos traficantes não é claramente o caminho.

Em arremate, dentre outras importantes lições que podemos extrair do emblemático HC 598.051/SP, destacamos, por ocasião do presente artigo, que a entrada dos policiais na residência de suspeitos fica submetida a uma das seguintes hipóteses que justifique a mitigação do direito constitucional à inviolabilidade domiciliar: 1) existência prévia de uma situação flagrancial – fincada em indicadores objetivos e não em mero tirocínio policial; 2) existência de mandado judicial, sendo imprescindível a motivação fática-jurídica da decisão; 3) consentimento válido do acusado, isto é, livre de qualquer coação física ou mental que o torne viciado. Para evitar qualquer dúvida sobre a voluntariedade de tal consentimento, a autorização para ingresso no lar inviolável deve ser precedida de autorização por escrito, inclusive com o arrolamento de testemunhas.

As diretrizes acima apontadas não precisariam de qualquer justificativa, pois decorrem das normas constitucionais atinentes à garantia da inviolabilidade de domicílio.

Contudo, justamente por sabermos que vigora na práxis da justiça penal brasileira um populismo penal que, a pretexto de combate à criminalidade, mitiga os direitos fundamentais por meio de interpretações regressistas, se faz necessário, para além da reafirmação da força

---

<sup>12</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**. O papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.158 e 180.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

cogente das regras constitucionais, que a atuação dos agentes públicos seja dotada de transparência.

Nesse contexto, avulta a importância das operações policiais ficarem sujeitas à gravação áudio-visual – apresentada na íntegra, sem edição. No contexto tecnológico atual, em que a imensa maioria dos celulares tem câmera acoplada, essa exigência não implica altos gastos aos cofres públicos, tampouco demanda que os policiais precisem ter algum conhecimento técnico especializado.

Ademais, não se entende o porquê de qualquer resistência a tal prática, vez que dela deriva segurança jurídica para todos. Pelo lado dos policiais, é uma garantia contra qualquer acusação temerária de tortura ou maus tratos. Pelo lado do acusado, significa que seus direitos constitucionais sejam efetivamente cumpridos. Pelo lado do Ministério Público, a quem incumbe – ao menos, em tese – a função de custos iuris, significa a certeza de que o pleno cumprimento da lei poderá ser fiscalizado. Pelo lado do Judiciário, implica a celeridade dos processos penais – uma vez que se reduzirá consideravelmente os recursos defensivos em torno da matéria – e a certeza de que a decisão segue os ditames do devido processo penal.

Descumpridas tais orientações preconizadas pela jurisprudência pátria, a via do habeas corpus para trancar a ação penal é relevante, devendo a Defensoria Pública dela dispor, quando se encontrarem presentes os requisitos. Existe precedente do STJ amparando a presente tese: HC 655.637, julgado em maio de 2021, 6ª Turma.

## REFERÊNCIAS

Texto Base: A busca da verdade não é apanágio de abusos: a decisão do HC 598.051/SP. Por Fernando Antunes Soubhia, Gina Ribeiro Muniz e Lara Teles. CONJUR. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-16/tribuna-defensoria-busca-verdade-nao-apanagio-abusos>





**ESTADO DO CEARÁ**  
**Defensoria Pública**  
**Defensoria Criminal na comarca de Pacajus**

---

Núcleo de estudos da violência – USP (2011). Prisão provisória e lei de drogas. Um estudo sobre flagrantes de tráfico na cidade de São Paulo. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>

ACLU (2014). War Comes Home: The Excessive Militarization of American Policing. ACLU, 2014. Disponível em <file:///Users/fernando/Downloads/jus14-warcomeshome-text-rell.pdf>

SOUBHIA, Fernando Antunes. Câmeras corporais e a participação da Defensoria na formulação de políticas públicas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-13/tribuna-defensoria-participacao-defensoria-formulacao-politicas-publicas>.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013

SEMER, Marcelo. **Sentenciando Tráfico**. O papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.