



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2024992 - SP (2022/0280024-6)

RELATOR : **MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
RECORRENTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. PROVAS INDEPENDENTES DECORRENTES DE BUSCA PESSOAL. INCONSISTÊNCIA QUANTO AO RESULTADO DA PERÍCIA DE PARTE DAS SUBSTÂNCIAS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE NUMERAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS LACRES NA PERÍCIA DEFINITIVA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE AS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS EM DIFERENTES CONTEXTOS. INCERTEZA QUANTO À NATUREZA ENTORPECENTE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS DURANTE A BUSCA PESSOAL INICIAL. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ADMITIU PARCIALMENTE O APELO NOBRE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. SÚMULAS N. 292 E 528 DO STF. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. No caso, o ingresso forçado na residência do Recorrente, sem autorização judicial, foi justificado pelo Tribunal estadual apenas com base na suposta confissão informal do Acusado, que foi alvo de busca pessoal em via pública – ocasião em que foram apreendidas em seu poder 8 (oito) buchas de maconha (4g), além da quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), e ele teria, voluntariamente, informado que guardava mais drogas em sua residência –, bem como no caráter permanente do delito de tráfico de drogas.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça tem sedimentado entendimento no sentido de que é inverossímil a suposta confissão informal do réu sobre armazenamento de drogas no interior do imóvel, seguida de autorização para ingresso dos policiais, quando não há comprovação do consentimento do morador, como ocorreu no presente caso. Assim, deve ser declarada a nulidade das provas obtidas a partir do ingresso dos policiais na residência do Recorrente.

3. No entanto, observa-se que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova declarada ilícita e suas derivações, havendo outros elementos probatórios, quais sejam: apreensão prévia de drogas durante a busca pessoal – não havendo insurgência defensiva específica quanto a

essa abordagem policial inicial, tampouco manifestação das instâncias ordinárias – e prova testemunhal.

4. Nessa situação, o desfecho comumente aplicado pela jurisprudência da Sexta Turma seria no sentido de se anular a condenação, determinando ao Juízo de origem que, após desentranhar a prova ilícita e as dela derivadas, realizasse um novo julgamento da ação penal. Porém, na hipótese específica destes autos, há ainda outra nulidade, arguida pela Defesa: a suposta violação da cadeia de custódia, aduzida, indistintamente, quanto a todos os entorpecentes apreendidos, inclusive aqueles encontrados durante a busca pessoal.

5. O Tribunal *a quo* consignou, quanto ao Laudo Definitivo, que "*apenas os itens n.ºs 01 e 05 foram inconsistentes quanto ao resultado, tendo todos os outros itens e, portanto, todas as outras amostras, detectado a presença da substância Tetrahydrocannabinol (THC)*". Porém, da simples leitura do Laudo Definitivo, constata-se que, diferentemente do que ocorrera no Laudo Provisório, todas as substâncias foram identificadas com a mesma numeração de lacre e as amostras conservadas para perícia definitiva têm massas idênticas, de forma que não é possível distinguir se as substâncias em relação às quais a perícia foi inconsistente – inconsistência essa já reconhecida pela Jurisdição ordinária no aresto recorrido – são as drogas apreendidas na residência do Recorrente ou durante a busca pessoal.

6. Nessa conjuntura, não foi observada a norma disposta no art. 158-D, § 1.º, do Código de Processo Penal, segundo a qual "[t]odos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte".

7. Embora, em princípio, nem todas as provas sejam ilícitas por desrespeito à inviolabilidade domiciliar, de todo modo, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, não é possível comprovar, com segurança, a natureza entorpecente das substâncias encontradas na posse do agente, quando de sua abordagem em via pública, de forma que o Acusado deve ser absolvido por falta de materialidade delitiva (art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal).

8. Não se está a dizer que a mera inobservância do procedimento descrito no art. 158-D, § 1.º, do Código de Processo Penal acarrete, automaticamente, a imprestabilidade das provas, mesmo porque, conforme orientação jurisprudencial desta Turma, a consequência processual concreta de eventual desconformidade com as regras previstas no Código de Processo Penal para as etapas de rastreamento dos vestígios (158-A a 158-F) dependerá do cotejo com os demais elementos de prova constantes dos autos.

9. Ocorre que, na hipótese, a quebra da cadeia de custódia resultou na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a reconhecida inconsistência de parte da perícia referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou do ingresso domiciliar.

10. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede seu amplo conhecimento por esta instância especial, na medida em que não vincula seu próprio juízo de admissibilidade, conforme disposto nas Súmulas n. 292 e 528 da Suprema Corte.

11. Recurso especial provido para: a) declarar a nulidade das provas obtidas mediante a busca e apreensão domiciliar realizada ilegalmente, bem como as provas dela decorrentes; b) quanto às drogas remanescentes, apreendidas durante a busca pessoal inicial, reconhecer a quebra da cadeia de custódia e a consequente incerteza quanto à natureza entorpecente dessas substâncias; e c) por conseguinte, absolver o Réu da imputação delitiva, por falta de comprovação da materialidade delitiva, com amparo no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Agravo em recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os

Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial e não conhecer do agravo em recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de março de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2024992 - SP (2022/0280024-6)

RELATOR : **MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
RECORRENTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. PROVAS INDEPENDENTES DECORRENTES DE BUSCA PESSOAL. INCONSISTÊNCIA QUANTO AO RESULTADO DA PERÍCIA DE PARTE DAS SUBSTÂNCIAS RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE NUMERAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS LACRES NA PERÍCIA DEFINITIVA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO ENTRE AS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS EM DIFERENTES CONTEXTOS. INCERTEZA QUANTO À NATUREZA ENTORPECENTE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS DURANTE A BUSCA PESSOAL INICIAL. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ADMITIU PARCIALMENTE O APELO NOBRE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. SÚMULAS N. 292 E 528 DO STF. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. No caso, o ingresso forçado na residência do Recorrente, sem autorização judicial, foi justificado pelo Tribunal estadual apenas com base na suposta confissão informal do Acusado, que foi alvo de busca pessoal em via pública – ocasião em que foram apreendidas em seu poder 8 (oito) buchas de maconha (4g), além da quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), e ele teria, voluntariamente, informado que guardava mais drogas em sua residência –, bem como no caráter permanente do delito de tráfico de drogas.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça tem sedimentado entendimento no sentido de que é inverossímil a suposta confissão informal do réu sobre armazenamento de drogas no interior do imóvel, seguida de autorização para ingresso dos policiais, quando não há comprovação do consentimento do morador, como ocorreu no presente caso. Assim, deve ser declarada a nulidade das provas obtidas a partir do ingresso dos policiais na residência do Recorrente.

3. No entanto, observa-se que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova declarada ilícita e suas derivações, havendo outros elementos probatórios, quais sejam: apreensão prévia de drogas durante a busca pessoal – não havendo insurgência defensiva específica quanto a

essa abordagem policial inicial, tampouco manifestação das instâncias ordinárias – e prova testemunhal.

4. Nessa situação, o desfecho comumente aplicado pela jurisprudência da Sexta Turma seria no sentido de se anular a condenação, determinando ao Juízo de origem que, após desentranhar a prova ilícita e as dela derivadas, realizasse um novo julgamento da ação penal. Porém, na hipótese específica destes autos, há ainda outra nulidade, arguida pela Defesa: a suposta violação da cadeia de custódia, aduzida, indistintamente, quanto a todos os entorpecentes apreendidos, inclusive aqueles encontrados durante a busca pessoal.

5. O Tribunal *a quo* consignou, quanto ao Laudo Definitivo, que "*apenas os itens n.ºs 01 e 05 foram inconsistentes quanto ao resultado, tendo todos os outros itens e, portanto, todas as outras amostras, detectado a presença da substância Tetrahydrocannabinol (THC)*". Porém, da simples leitura do Laudo Definitivo, constata-se que, diferentemente do que ocorrera no Laudo Provisório, todas as substâncias foram identificadas com a mesma numeração de lacre e as amostras conservadas para perícia definitiva têm massas idênticas, de forma que não é possível distinguir se as substâncias em relação às quais a perícia foi inconsistente – inconsistência essa já reconhecida pela Jurisdição ordinária no aresto recorrido – são as drogas apreendidas na residência do Recorrente ou durante a busca pessoal.

6. Nessa conjuntura, não foi observada a norma disposta no art. 158-D, § 1.º, do Código de Processo Penal, segundo a qual "[t]odos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte".

7. Embora, em princípio, nem todas as provas sejam ilícitas por desrespeito à inviolabilidade domiciliar, de todo modo, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, não é possível comprovar, com segurança, a natureza entorpecente das substâncias encontradas na posse do agente, quando de sua abordagem em via pública, de forma que o Acusado deve ser absolvido por falta de materialidade delitiva (art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal).

8. Não se está a dizer que a mera inobservância do procedimento descrito no art. 158-D, § 1.º, do Código de Processo Penal acarrete, automaticamente, a imprestabilidade das provas, mesmo porque, conforme orientação jurisprudencial desta Turma, a consequência processual concreta de eventual desconformidade com as regras previstas no Código de Processo Penal para as etapas de rastreamento dos vestígios (158-A a 158-F) dependerá do cotejo com os demais elementos de prova constantes dos autos.

9. Ocorre que, na hipótese, a quebra da cadeia de custódia resultou na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a reconhecida inconsistência de parte da perícia referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou do ingresso domiciliar.

10. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede seu amplo conhecimento por esta instância especial, na medida em que não vincula seu próprio juízo de admissibilidade, conforme disposto nas Súmulas n. 292 e 528 da Suprema Corte.

11. Recurso especial provido para: a) declarar a nulidade das provas obtidas mediante a busca e apreensão domiciliar realizada ilegalmente, bem como as provas dela decorrentes; b) quanto às drogas remanescentes, apreendidas durante a busca pessoal inicial, reconhecer a quebra da cadeia de custódia e a consequente incerteza quanto à natureza entorpecente dessas substâncias; e c) por conseguinte, absolver o Réu da imputação delitiva, por falta de comprovação da materialidade delitiva, com amparo no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Agravo em recurso especial não conhecido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em recurso especial e recurso especial (art. 105, inciso III, alíneas

a e c, da Constituição da República) interpostos por WESLEY DE CASTRO TIECHER, nos autos da Apelação Criminal n. 1501061-13.2020.8.26.0617, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Agravante foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Isso porque, em tese, o Acusado (fl. 350; sem grifos no original):

"[...] *trazia consigo: 08 buchas de 'maconha', com peso líquido total de 04 gramas, bem como guardava e tinha em depósito: 02 porções de 'maconha', com peso líquido total de 66 gramas, 02 porções de 'maconha', com peso líquido total de 35 gramas; 02 metades de tijolos de 'maconha', com peso líquido total de 935 gramas, para fins de comercialização de drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar; bem como, guardava e tinha em depósito: 01 saco plástico contendo matéria-prima, insumo ou produto-químico destinado à preparação de drogas, com peso líquido total de 730 gramas [...].*"

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação na Corte de origem, que foi **parcialmente provido** para afastar a exasperação da pena-base, redimensionando as penas do Agravante para 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos da seguinte ementa (fl. 480):

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Preliminares afastadas - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Decisão condenatória que se impõe - Penas readequadas - Aumento basilar afastado - Regime inicial fechado devido - Recurso provido em parte."

Nas razões do recurso especial, a Defesa sustenta, além da divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 240 do Código de Processo Penal, argumentando que houve invasão de domicílio, razão pela qual são nulas todas as provas obtidas, sendo impositiva a absolvição do Acusado.

Ademais, aduz malferimento aos arts. 157 e 158 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que houve violação da cadeia de custódia.

Aponta, ainda, ofensa e dissídio jurisprudencial quanto ao art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, buscando, em caráter subsidiário, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo, com a adoção do regime inicial aberto.

Por fim, aduz ofensa ao art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, pugnano pela fixação do regime inicial semiaberto.

Contrarrazões (fls. 594-608). Na origem, o recurso especial foi **parcialmente admitido** (fls. 611-612). A Defesa, então, insurgiu-se por meio do agravo de fls. 615-620, contraminutado às fls. 623-637.

O Ministério Público Federal opinou pelo **não conhecimento do agravo e pelo provimento do recurso especial**, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República

"AGRAVO E RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 585/STF. AGRAVO. NÃO CONHECIMENTO. INGRESSO FORÇADO. DOMICÍLIO. FUNDAMENTAÇÃO. TRÁFICO. CRIME PERMANÊNCIA. DISSONÂNCIA. ATUAL JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES.

- Admitido parcialmente o recurso especial, a matéria é devolvida em sua plenitude ao C. STJ, de sorte que não merece ser conhecido o agravo em recurso especial. Nos termos da Súmula 528/STF, a admissão, ainda que parcial do agravo, permite ao Superior Tribunal de Justiça conhecer de todos os fundamentos do especial: 'Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal a quo, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento'.

- Acerca da prisão em flagrante no delito de tráfico de drogas, o entendimento anteriormente vigente nos Tribunais Superiores avalizava o ingresso da força policial no domicílio, ainda que desprovido de mandado de busca e apreensão, desde que encontradas drogas ilícitas na residência do réu, considerada a natureza permanente do delito do tráfico de entorpecentes e a autorização constitucional ao ingresso no caso de flagrante delito, nos termos do art. 5º, XI). A evolução do entendimento jurisprudencial sobre o tema culminou com o exame da matéria pelo Excelso Pretório nos autos do RE 603616/RO, julgado em sede de repercussão geral, com a conclusão de que, embora mitigável a inviolabilidade de domicílio como direito constitucional, para efeito de controle judicial, é indispensável que se afira, no caso concreto, justificativa prévia suficiente à adoção da medida.

- Ausente fundamentação que não a natureza permanente do delito de tráfico de drogas para justificar o ingresso forçado no domicílio do recorrente, afere-se violação ao art. 240 do CPP, de modo que merece ser provida a insurgência, restando prejudicados os demais pontos suscitados no recurso especial.

- Parecer pelo não conhecimento do agravo e pelo provimento do recurso especial."

É o relatório.

VOTO

De início, ressalto que não há interesse recursal que justifique a interposição do agravo em recurso especial.

Com efeito, a admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede seu amplo conhecimento por esta instância especial, na medida em que não vincula seu próprio juízo de admissibilidade, conforme disposto nas Súmulas n. 292 e 528 da Suprema Corte.

A propósito:

"[...]

1. A admissão parcial do recurso especial pelo Tribunal de origem não impede seu amplo conhecimento por esta instância especial, na medida em que não vincula seu próprio juízo de admissibilidade, conforme disposto nas Súmulas n.os 292 e 528 da Suprema Corte.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC n.º 379.269/MS, pacificou o entendimento no sentido da compatibilidade do crime de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, com o disposto no art. 13 da

Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes.

3. *Agravo regimental desprovido. Petição n.º 00498888/2018 indeferida.*" (AgInt no REsp 1.756.186/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018.)

"[...]

1. *Por ocasião do juízo de admissibilidade efetuado pela Corte a quo, o apelo especial foi parcialmente admitido. Entretanto, o STJ já consolidou o entendimento de ser incabível Agravo contra decisão que, em juízo de admissibilidade, admite parcialmente o Recurso Especial. Tal orientação constitui objeto dos enunciados de Súmulas 292 e 528 do Supremo Tribunal Federal.*

[...]" (AgRg no REsp 1.505.594/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 19/12/2016.)

Pois bem. Passo, então, à análise do recurso especial subjacente.

O recurso comporta provimento.

Nos termos do art. 5.º, inciso XI, da Constituição da República, *"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"*.

Com base nesse dispositivo constitucional, firmou-se dominante jurisprudência no âmbito das Cortes de Vértice, reverberada nos Tribunais locais, assentando que os agentes policiais podiam ingressar em domicílio, sem autorização judicial, em hipóteses de flagrante delito, sem ressalvas.

No caso do tráfico de drogas, na modalidade ter em depósito, a consumação do delito se protraí no tempo, não cessando com a realização da conduta descrita no tipo, vale dizer, trata-se de crime permanente e, portanto, consubstancia uma hipótese de exceção à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5.º da Constituição da República.

Contudo, em julgado da Sexta Turma deste Superior Tribunal, de Relatoria da Exma. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, houve uma sinalização da insuficiência dessa inteligência dominante, pois se afirmou que, *"[a]inda que seja incontroverso que nos delitos permanentes, como o de tráfico ilícito de drogas, o estado de flagrância se protraia ao longo do tempo, não se pode admitir que, com base em uma simples delação anônima, desamparada de elementos fundados da suspeita da prática de crimes, seja violado o direito constitucionalmente assegurado da inviolabilidade do domicílio"* (DJe 03/09/2015).

O Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.616/RO, apreciando o Tema n. 280 da repercussão geral, de Relatoria do Exmo. Ministro GILMAR MENDES, firmou a tese de que *"a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que, dentro da casa, ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados"*, conforme se extrai do esclarecimento do Exmo. Ministro TEORI ZAVASCKI, no corpo do julgado.

Eis a ementa do precedente que marca a evolução jurisprudencial do Pretório

Excelso:

*"Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada 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. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso." (RE 603.616, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016; sem grifos no original.)*

Ressalto, ainda, que, **no dia 02/03/2021**, foi julgado na **Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça o HC n. 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ**, ocasião em que **foram estabelecidas diretrizes e parâmetros** a fim de que seja reconhecida a existência de fundadas razões de flagrante delito e, portanto, tenha-se como devidamente justificado e aceitável juridicamente o ingresso de forças policiais na residência de cidadãos, abarcando, ainda, as hipóteses em que existe a alegação segundo a qual, para tal desiderato, houve consentimento expresso e voluntário.

A propósito, a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS

ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial'.

[...]

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

2.1. **Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legitima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação - e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio - justificam o retardo da cessação da prática delitiva.**

2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação - amiúde irreversível - de todo o processo, em prejuízo da sociedade.

[...]

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

[...]

6. Já no que toca ao consentimento do morador para o ingresso em sua residência - uma das hipóteses autorizadas pela Constituição da República para o afastamento da inviolabilidade do domicílio - outros países trilharam caminho judicial mais assertivo, ainda que, como aqui, não haja normatização detalhada nas respectivas Constituições e leis, geralmente limitadas a anunciar o direito à inviolabilidade da intimidade domiciliar e as possíveis autorizações para o ingresso alheio.

[...]

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, **há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.**

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

[...]

9. Na espécie, não havia elementos objetivos, seguros e racionais que justificassem a invasão de domicílio do suspeito, porquanto a simples avaliação subjetiva dos policiais era insuficiente para conduzir a diligência de ingresso na residência, visto que não foi encontrado nenhum entorpecente na busca pessoa realizada em via pública.

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

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

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

[...]" (HC n. 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021; sem grifos no original.)

O Tribunal *a quo*, ao afastar a alegação de ilegalidade no ingresso domiciliar, ressaltou o que segue (fls. 482-489; sem grifos no original):

"Melhor sorte não assiste à defesa em relação à segunda preliminar arguida.

Alega a defesa que toda a prova é ilícita, portanto, a r. sentença é nula, pois foi obtida ilegalmente, já que os policiais ingressaram na residência das recorrentes sem mandado judicial, ferindo, portanto, o artigo 5º, inciso XI, Constituição Federal.

Contudo, referida tese não merece prosperar.

*De fato, está assegurada na Carta Magna a inviolabilidade do domicílio, porém esta não o faz de modo absoluto, inserindo, no rol das exceções à garantia, o caso de flagrante delito. **Em se tratando crime permanente, como é o caso dos autos (tráfico de drogas), cuja consumação se prolonga no tempo por deliberação exclusiva do seu sujeito ativo, a permissão ou a expedição do mandado de busca e***

apreensão especificando como objeto a busca por drogas é dispensável, de modo que não houve qualquer ilicitude na atuação dos agentes.

[...]

Rejeitadas as preliminares, passa-se a análise do mérito recursal.

*O apelante foi condenado como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, pois, no dia 16 de agosto de 2020, por volta das 19h40min, na Rua Teodoro Sampaio, nº 1, agindo em ocasião de calamidade pública, **trazia consigo 08 buchas de maconha, com peso líquido total de 4g (quatro gramas)**, bem como guardava e tinha em depósito 02 porções de maconha, com peso líquido total de 66g (sessenta e seis gramas), 02 porções de maconha, com peso líquido total de 35g (trinta e cinco gramas); 02 metades de tijolos do mesmo entorpecente, com peso líquido total de 935g (novecentos e trinta e cinco gramas), fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

Conforme apurado, no dia dos fatos, policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina quando avistaram o recorrente, o qual, ao visualizar a viatura policial, demonstrou nervosismo e voltou pela via, o que fez com que os agentes estatais o abordassem.

Efetivada a revista pessoal, encontraram em poder dele a quantia de R\$ 350,00 (trinta e cinco reais), em espécie, e um saquinho contendo 08 (oito) porções de maconha.

Indagado, o insurgente confessou, informalmente, a traficância, dizendo, ainda havia mais drogas em sua residência.

Assim, os policiais se deslocaram para o imóvel, local em que encontraram o restante da droga acima descrita, bem como vários sacos plásticos, um rolo de papel filme e uma faca de cozinha com resquícios na lâmina (cf. fls. 71/74).

[...]

*Com efeito, os policiais militares que atenderam a ocorrência, em depoimentos harmônicos e coesos entre si, corroboraram integralmente a versão dos fatos trazidas na peça inaugural, asseverando que **estavam em patrulhamento de rotina, quando no cruzamento da Rua Teodoro Sampaio o réu se assustou e mudou de direção repentinamente, conduta que ensejou a abordagem. Em revista pessoal encontraram oito porções de maconha. Ao ser questionado, o recorrente confessou, informalmente, a traficância, dizendo que na sua residência armazenava mais entorpecente. Assim, para lá se dirigiram, oportunidade em localizaram o restante da droga apreendida** (cf. mídia digital).*

[...]

Interrogado, sob o crivo do contraditório, o apelante disse que encontrou as porções de droga na beira da Rodovia e como era usuário as levou para casa para consumi-la (cf. mídia digital)."

No caso, como se vê da leitura do excerto citado, o ingresso forçado na residência do Recorrente, sem autorização judicial, foi justificado pelo Tribunal estadual apenas com base na suposta confissão informal do Acusado, que foi alvo de **busca pessoal em via pública** – ocasião em que foram apreendidas em seu poder **"08 buchas de maconha, com peso líquido total de 4g (quatro gramas)"** (fl. 486), além da quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), e **ele teria, voluntariamente, informado que guardava mais drogas em sua residência** –, bem como no caráter permanente do delito de tráfico de drogas.

Primeiramente, convém assinalar que "[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*" (AgRg no AREsp 1.512.826/PR,

Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original).

Importa esclarecer também que, em recentes julgados da Sexta Turma desta Corte Superior, tem-se entendido que "**[a] apreensão de drogas em poder de agente submetido a busca pessoal não autoriza o ingresso em domicílio sem prévio mandado judicial, mormente por estar o réu em custódia - ainda que momentânea - do aparato policial, circunstância que torna inviável sua atuação no sentido de embarçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial**" (AgRg no REsp n. 1.994.151/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 19/08/2022; sem grifos no original).

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, cito o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A constatação de indícios da prática tráfico de drogas em via pública pelas forças policiais não autoriza, por si só, o ingresso forçado no domicílio do autuado como desdobramento automático do flagrante realizado fora da residência. É preciso que haja razões objetivas e suficientemente sólidas para se suspeitar que, naquele momento, o crime também esteja sendo cometido no interior do imóvel, de modo a justificar o urgente e excepcional ingresso domiciliar sem mandado judicial.

2. A apreensão de uma porção de cocaína em poder do Réu, ainda que pudesse indicar que ele estivesse efetivamente realizando o tráfico no local, não autoriza, por si só, a conclusão de que mais drogas estariam armazenadas, naquele momento, em sua residência, a ponto de justificar a relativização da proteção constitucional do domicílio.

3. As alegações de que o Réu e seus familiares teriam voluntariamente autorizado o ingresso domiciliar foram rechaçadas em juízo, não havendo nenhuma documentação formal de referidas autorizações, além de se mostrarem inverossímeis as narrativas acusatórias acerca deste fato.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 1.961.428/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2022, DJe 27/06/2022; sem grifos no original.)

No mais, cumpre destacar que a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça tem sedimentado entendimento no sentido de que é inverossímil a suposta confissão informal do réu sobre armazenamento de drogas no interior do imóvel, seguida de autorização para ingresso dos policiais, quando não há comprovação do consentimento do morador, como ocorreu no presente caso.

Ilustrativamente, cito os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO DO MORADOR. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA

ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

5. Não houve, no caso, referência à prévia investigação, monitoramento ou campanhas no local. Não houve, 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. Conforme precedentes deste Superior Tribunal, o fato de haverem sido apreendidas algumas porções de maconha com o acusado em via pública não configura fundadas razões sobre a existência de drogas na residência dele.

6. As regras de experiência e o senso comum, somados às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que a namorada do réu haveria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu domicílio, franqueando àqueles a apreensão de objetos ilícitos e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor de seu cônjuge. Ademais, não se demonstrou preocupação em documentar esse suposto consentimento, quer por escrito, quer por testemunhas, quer, ainda e especialmente, por registro de áudio-vídeo.

7. Como decorrência da proibição das provas ilícitas por derivação (art. 5º, LVI, da Constituição da República), é nula a prova derivada de conduta ilícita, pois evidente o nexo causal entre uma e outra conduta, ou seja, entre a invasão de domicílio (permeada de ilicitude) e a apreensão das referidas substâncias.

8. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 724.231/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO PARA O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA.

[...]

3. Havendo controvérsia entre as declarações dos policiais e do flagranteado e inexistindo a comprovação de que a autorização do morador foi livre e sem vício de consentimento, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da busca domiciliar e conseqüentemente de toda a prova dela decorrente (fruits of the poisonous tree) (AgRg no HC n. 703.991/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022).

4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante, em razão da invasão de domicílio, e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato, e absolver o paciente das imputações delituosas (art. 386, II, do CPP), referentes à Ação Penal n. 1501584-45.2021.8.26.0599, que tramitou na 2ª Vara Criminal da comarca de Piracicaba/SP." (HC n. 749.281/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 04/08/2022; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ALEGADA AUTORIZAÇÃO DE TESTEMUNHA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO NEM DE SUA VOLUNTARIEDADE.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem

efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa denúncias anônimas, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial.

3. Essa Turma coleciona julgados no sentido de que a autorização para a entrada de policiais em domicílio sem mandado judicial necessita de comprovação da efetiva autorização e de sua voluntariedade, ônus probatório esse a cargo do Estado acusador, o que não ocorreu no caso em tela, em que o agravado, que alegadamente autorizou a entrada, afirmou em juízo não ter permitido o ingresso dos milicianos e ter sido surpreendido com eles já dentro da residência, armados e agressivos.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 723.516/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2022, DJe 08/08/2022; sem grifos no original.)

Assim, deve ser declarada a nulidade das provas obtidas a partir do ingresso dos policiais na residência do Recorrente.

No entanto, observa-se que o acervo probatório presente nos autos não está composto exclusivamente pela prova declarada ilícita e suas derivações, havendo outros elementos probatórios, quais sejam: apreensão prévia de drogas durante a **busca pessoal – não havendo insurgência defensiva específica quanto a essa abordagem policial inicial, tampouco manifestação das instâncias ordinárias** – e prova testemunhal.

Nessa situação, o desfecho comumente aplicado pela jurisprudência da Sexta Turma seria no sentido de se anular a condenação, determinando ao Juízo de origem que, após desentranhar a prova ilícita e as dela derivadas, realizasse um novo julgamento da ação penal (AgRg no HC 542.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020).

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

"[...] a despeito do reconhecimento da ilegalidade de tudo que ocorreu a partir do ingresso em domicílio, tal circunstância não conduz à necessária e imediata absolvição integral do agravado, porquanto também houve apreensão de drogas em busca pessoal antes da entrada no imóvel, o que não foi questionado pela defesa. Dessa forma, o reconhecimento da ilicitude da prova colhida dentro do domicílio não tem o condão de macular todo o processo em relação ao recorrido, uma vez que, segundo a denúncia, nem todos os fatos criminosos imputados a ele foram praticados no interior da casa." (AgRg no HC 724.231/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. NULIDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO ANULADA. PROVAS INDEPENDENTES. NOVO JULGAMENTO NA ORIGEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na hipótese vertente, o ingresso forçado na residência do Paciente não

possui fundadas razões, pois está apoiado apenas na apreensão prévia de entorpecentes, durante busca veicular realizada no momento em que o Paciente chegava em sua casa, após o recebimento de denúncias anônimas pela Guarda Municipal informando que ele estaria utilizando o veículo para a narcotraficância no centro da cidade.

2. Em recentes julgados da Sexta Turma desta Corte Superior, tem-se entendido que 'o fato de haverem sido apreendidas algumas porções de maconha com o acusado em via pública não configura fundadas razões sobre a existência de drogas na residência dele'. (AgRg no HC 724.231/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022.)

*3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para: a) declarar a nulidade das provas obtidas mediante a busca e apreensão domiciliar realizada ilegalmente, bem como as provas dela decorrentes; b) cassar o acórdão impugnado e a sentença condenatória; e c) **determinar ao Juízo de origem que desentranhe as provas ora declaradas ilícitas dos autos e promova novo julgamento da ação penal, conforme entender de direito.**" (HC 670.545/SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022; sem grifos no original.)*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA NÃO COMPROVADA. MANIFESTA ILEGALIDADE.

[...]

2. As instâncias ordinárias concluíram que os agentes públicos tinham fundadas suspeitas da prática de crime na casa do acusado, tendo em vista que o paciente fora 'surpreendido parado na via pública, nesse lugar amplamente conhecido como ponto de venda de tóxicos, quando então, ao notar a aproximação dos policiais, sintomaticamente jogou fora a sacola plástica que trazia em mãos, dentro da qual havia 316 microtubos de crack e 61 porções de cocaína', evadindo-se, posteriormente, para sua residência.

3. Não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a verificação de atitude suspeita do paciente, seu nervosismo ou mesmo seu comportamento no momento da abordagem, tampouco a apreensão de certa quantidade de droga em sua posse ou após ser dispensada ao chão, como na espécie.

4. As drogas apreendidas na residência devem ser consideradas como fruto de prova ilegal, haja vista a invasão de domicílio, assim como as apreendidas no terreno baldio, tendo em vista que as informações foram obtidas em clima de completa ausência de voluntariedade durante a constrição efetuada na residência.

5. Assim postos os fatos, é de se conceder em parte o habeas corpus para declarar a nulidade da apreensão das drogas realizadas na residência do paciente e, posteriormente, no terreno baldio, devendo as provas decorrentes dessas apreensões ser desconsideradas, mantendo-se apenas, para prolação de nova sentença, a apreensão dos objetos dispensados na rua no momento da abordagem policial.

6. Habeas corpus parcialmente concedido. Nulidade parcial da prova." (HC n. 730.755/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2022, DJe 15/08/2022; sem grifos no original.)

Porém, prejudicadas as demais teses recursais pelo reconhecimento da nulidade ora exposta, remanesce a irresignação defensiva contra a **suposta violação da cadeia de custódia, aduzida, indistintamente, quanto a todos os entorpecentes apreendidos**, inclusive aqueles encontrados durante a busca pessoal.

A esse respeito, disse o aresto recorrido (fls. 481-482; sem grifos no original):

"Em relação à primeira preliminar aventada não se observa a quebra da cadeia de custódia, como faz crer a defesa.

Isso porque, a quebra de cadeia de custódia da prova pode ser definida como a falta de observância com algum dos cuidados primordiais com alguma das etapas da cadeia de custódia, o que não se observa no caso em comento.

O laudo pericial de fls. 188/190 analisa cinco porções diferentes das drogas apreendidas em poder do recorrente, apenas os itens n.ºs 01 e 05 foram inconsistentes quanto ao resultado, tendo todos os outros itens e, portanto, todas as outras amostras, detectado a presença da substância Tetrahydrocannabinol (THC), conhecida popularmente como maconha.

Ademais, alega que não foi respeitado o procedimento previsto no artigo 158 do Código de Processo Penal. Contudo, este procedimento (isolar o local para coleta de vestígios) apenas se faz necessário quando as circunstâncias do caso concreto exigirem a atuação dos peritos no próprio local do crime, que não é a hipótese dos autos.

Trata-se de simples apreensão de substâncias entorpecentes, as quais foram devidamente encaminhadas ao instituto de criminalística para realização do exame toxicológico, sendo de todo prescindível a análise do local do crime, que nada influi no deslinde do caso.

Na hipótese de apreensão de drogas basta conferir se o material coletado foi o mesmo entregue ao órgão responsável pela perícia, analisando a numeração dos lacres dos invólucros, o que foi devidamente respeitado."

Como se vê, o Tribunal *a quo* consignou, quanto ao Laudo Definitivo, que "apenas os itens n.ºs 01 e 05 foram inconsistentes quanto ao resultado, tendo todos os outros itens e, portanto, todas as outras amostras, detectado a presença da substância Tetrahydrocannabinol (THC)" (grifei). Porém, da simples leitura do referido documento (fls. 188-190), constata-se que, diferentemente do que ocorrera no Laudo Provisório (fls. 14-16), **todas as substâncias foram identificadas com a mesma numeração de lacre** (n. 0759648) e as amostras conservadas para perícia definitiva têm massas idênticas, de forma que não é possível distinguir se as substâncias em relação às quais a perícia foi inconsistente – inconsistência essa já reconhecida pela Jurisdição ordinária – são as drogas apreendidas **na residência do Recorrente ou durante a busca pessoal**.

Nessa conjuntura, entendo que não foi observada a norma disposta no art. 158-D, § 1.º, do Código de Processo Penal, segundo a qual "[t]odos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte" (grifei).

Assim, embora, em princípio, nem todas as provas sejam ilícitas por desrespeito à inviolabilidade domiciliar, de todo modo, em razão da falta de numeração individualizada do material objeto da perícia definitiva, não é possível comprovar, com segurança, a **natureza entorpecente** das substâncias encontradas na posse do agente, **quando de sua abordagem em via pública**, de forma que o Acusado deve ser absolvido por falta de materialidade delitiva (art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal).

Não se está a dizer que a mera inobservância do procedimento descrito no art. 158-D,

§ 1.º, do Código de Processo Penal acarrete, automaticamente, a imprestabilidade das provas colhidas, mesmo porque, conforme orientação jurisprudencial desta Turma, a consequência processual concreta de eventual desconformidade com as regras previstas no Código de Processo Penal para as etapas de rastreamento dos vestígios (158-A a 158-F) dependerá do cotejo com os demais elementos de prova constantes dos autos.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. AUSÊNCIA DE LACRE. FRAGILIDADE DO MATERIAL PROBATÓRIO RESIDUAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. HIGIDEZ DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

2. *Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, 'Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte'.*

3. *A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.*

4. *De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, 'de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio'.*

5. *Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.*

6. *Na hipótese dos autos, pelos depoimentos prestados pelos agentes estatais em juízo, não é possível identificar, com precisão, se as substâncias apreendidas realmente estavam com o paciente já desde o início e, no momento da chegada dos policiais, elas foram por ele dispensadas no chão, ou se as sacolas com as substâncias simplesmente estavam próximas a ele e poderiam eventualmente pertencer a outro traficante que estava no local dos fatos.*

7. ***Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.***

9. *O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a*

inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

9. Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia.

10. Conforme deflui da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espancar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

11. Em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes hão de merecer solução favorável ao réu (favor rei).

12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.

[...]

15. Ordem concedida, a fim de absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0219295-36.2020.8.19.0001. Ainda, fica assegurado ao réu o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação." (HC n. 653.515/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022; sem grifos no original.)

Ocorre que, na hipótese, a quebra da cadeia de custódia resultou na impossibilidade de se distinguir, com segurança, se a reconhecida inconsistência de parte da perícia referia-se às substâncias apreendidas por ocasião da busca pessoal ou do ingresso domiciliar. Nesse contexto, impõe-se a absolvição o Réu, por falta de comprovação da materialidade delitiva, com amparo no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo em recurso especial e DOU PROVIMENTO ao apelo nobre subjacente para: **a)** declarar a nulidade das provas obtidas mediante a busca e apreensão domiciliar realizada ilegalmente, bem como as provas dela

decorrentes; **b)** quanto às drogas remanescentes, apreendidas durante a busca pessoal inicial, reconhecer a quebra da cadeia de custódia e a conseqüente incerteza quanto à natureza entorpecente dessas substâncias; e **c)** por conseguinte, absolver o Réu da imputação delitiva, por falta de comprovação da materialidade delitiva, com amparo no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0280024-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.024.992 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15010611320208260617 1501061132020826061715812020 15812020
20210000920691

PAUTA: 05/03/2024

JULGADO: 05/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEODORO SILVA SANTOS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : WESLEY DE CASTRO TIECHER
ADVOGADOS : ALAN LUTFI RODRIGUES - SP306685
THIAGO TREFIGLIO ROCHA - SP436978
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Parte Geral - Aplicação da Pena - Regime inicial

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ALAN LUTFI RODRIGUES, pela parte RECORRENTE: WESLEY DE CASTRO TIECHER

Dr(a). ALAN LUTFI RODRIGUES, pela parte AGRAVANTE: WESLEY DE CASTRO TIECHER

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial e não conheceu do agravo em recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.