

HABEAS CORPUS Nº 475.269 - RJ (2018/0278466-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MARIANGELA BENEDETTO GIUSTI - RJ165552
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCOS VINICIOS FERNANDES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MARCOS VINICIOS FERNANDES DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0404601-20.2016.8.19.0001).

O paciente foi condenado pela prática do delito tipificado nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 c/c art. 69 do Código Penal (tráfico de drogas e associação para o tráfico), às penas de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.200 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão que restou assim ementado, *in verbis* (fl. 66):

APELAÇÃO - Arts. 33, caput e 35. ambos da Lei 11.343/06, n/f 69 do CP. Penas: 08 anos de reclusão, em regime fechado, e 1.200 dias-multa. Narra a denúncia que o apelante foi preso em flagrante quando guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, no interior de uma casa situada no Morro da Lagartixa, no Complexo da Pedreira, 194g de maconha, distribuídos em 116 unidades envoltas em embalagens plásticas; 322g de cocaína, divididos em 1.192 frascos plásticos; 3,3g de crack, acondicionados em 11 sacos; além de um rádio transmissor; R\$ 36,00 (trinta e seis reais), em espécie; e dois cadernos com anotações sobre a venda de drogas. A exordial aduz, ainda, que o recorrente estava associado aos demais integrantes da facção criminosa conhecida como A.D.A. SEM RAZÃO A DEFESA. Preliminares rejeitadas. 1) Nulidade do processo em razão da ilicitude da prova, obtida mediante violação de domicílio: Incabível. Crime permanente. Prova lícita. Prescindibilidade do mandado de busca e apreensão. 2) Nulidade do processo em razão da violação do direito ao silêncio: Improperável. Prisão-captura. Inexigibilidade de se advertir o preso do direito de calar. Apelante que foi informado de seus direitos constitucionais por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante.

No mérito. 1) Absolução: Impossibilidade. Conjunto probatório robusto. Autoria e materialidade positivadas por meio do auto de prisão em flagrante, dos laudos periciais e da prova oral produzida em Juízo. Policiais que apresentaram versões uniformes e coerentes quanto à dinâmica dos delitos. Súmula 70 do TJRJ. 2) Redução das penas a patamar aquém do mínimo legal, ante a menoridade do apelante: Improsperável, não obstante o reconhecimento da atenuante. Exegese da Súmula 231 do STJ. Precedentes. 3) Detração da pena: Descabimento. Competência do Juiz da VEP (art. 66, III, "c" da Lei 7.210/84). 4) Regime aberto: Incabível. O regime fechado é o único compatível com o atuar do apelante, em razão do quantum da pena, da sua acentuada culpabilidade e diante da variedade, nocividade, expressiva quantidade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas. 5) Substituição da pena: Impossibilidade. Quantum úq pena e acentuada culpabilidade que inviabilizam a concessão do benefício. Inteligência do art. 44, I e III, do CP. Prequestionamento injustificado, buscando-se somente abrir acesso aos Tribunais Superiores. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta a ilicitude da prova decorrente de violação de domicílio sem mandado de busca e apreensão e ausência da prova de estabilidade e permanência para condenação pelo crime de associação para o tráfico.

Requer, assim, em liminar e no mérito, o reconhecimento da ilicitude das provas, a expedição de alvará de soltura e a absolvição.

Liminar indeferida às fls. 86/88.

Informações prestadas às fls. 94/107 e 109/115.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, conforme parecer de fls. 119/123.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Da atenta leitura da sentença condenatória, bem como do acórdão que negou provimento ao apelo defensivo, verifica-se que as instâncias ordinárias afirmaram

que o paciente foi preso durante operação policial em flagrante delito na posse de substância entorpecente destinada ao comércio ilícito e rádio comunicador sintonizado em frequência específica utilizada por conhecida facção criminosa atuante na região.

Consta da sentença que o paciente, ao avistar os militares empreendeu fuga vindo a se abrigar em uma residência, no que foi seguido e capturado na posse do material ilícito acima descrito acima.

Portanto, tratando-se de hipótese de flagrante delito, uma vez que o crime de tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito” é crime permanente, não há falar em nulidade da prisão.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO (ART. 5º, XI, DA CF). ATUAÇÃO POLICIAL COM BASE EM FUNDADA SUSPEITA DE COMETIMENTO DE CRIME. LICITUDE DA PROVA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

3. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. No caso, a entrada dos policiais se deu em razão de severas suspeitas de que no interior da residência estava sendo praticado o delito de tráfico de drogas, situação ratificada com a fuga dos suspeitos e a apreensão de considerada porção de substância entorpecente (358 pedras de crack), o que afasta o apontado constrangimento ilegal.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 436.718/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,

DJe 01/06/2018).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006 (TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO). CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 10.826/2003. NULIDADE DA PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. ENTRADA DOS POLICIAIS EM RESIDÊNCIA PARTICULAR EM RAZÃO DE FLAGRANTE DELITO. FUNDAMENTAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Consoante expressa autorização constitucional (art. 5.º, XI), é possível o ingresso, por policiais, em residência particular na hipótese de flagrante delito. In casu, consta do aresto combatido que a suspeita decorreu do fato de dois dos pacientes estarem armados na via pública (Matias portava um fuzil e Patrick uma pistola 9mm). Então, "percebendo a guarnição, eles empreenderam fuga, sendo detidos quase em frente ao ponto de tráfico, apontada a casa específica (ao lado) por um popular. Alessandro foi flagrado, dentro da casa indicada, fracionando drogas". Não há, pois, flagrante ilegalidade a sanar nesta estreita via mandamental.

2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da reiteração delitiva dos acusados, que ostentam vários antecedentes criminais por tráfico de drogas e outros crimes.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Ordem denegada (HC 424.788/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/02/2018).

Assim, de rigor reconhecer a validade da fundamentação deduzida pelas instâncias ordinárias no que diz respeito à validade do flagrante e a existência de prova da associação do paciente à organização criminosa. Afastar tais conclusões demandaria, necessariamente, o revolvimento do contexto fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

