

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.248 - SP (2018/0271677-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE : FERNANDO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : PAULO SERGIO DE ALBUQUERQUE COELHO FILHO -
SP373813
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por FERNANDO DA SILVA contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou o HC n. 2101271-91.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante pela prática dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06). A custódia foi convertida em preventiva.

O recorrente afirma que a prisão em flagrante foi efetuada com invasão de domicílio, pois os policiais não tinham autorização judicial nem existiam indícios de que estaria ocorrendo um delito no local.

Sustenta também que não há elementos concretos e idôneos capazes de justificar a prisão preventiva, sobretudo em razão das condições pessoais do ora recorrente.

Requer, em liminar e no mérito, a nulidade da prova e a revogação da prisão.

Liminar indeferida às fls. 239/240.

Informações prestadas às fls. 249/254.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso, conforme parecer de fls. 256/265.

É o relatório.

Decido.

Consta do acórdão impugnado que o paciente foi preso em flagrante delito e condenado em primeira instância pela prática de crime de tráfico de drogas. Segundo os fatos apurados no processo-crime, o paciente foi preso em flagrante enquanto transportava entorpecentes, havendo indícios concretos de que a residência onde se deu a

busca era utilizada como depósito das substâncias ilícitas. O que de fato foi verificado.

Sendo o crime de tráfico, na modalidade “ter em depósito”, permanente, o ingresso dos policiais na residência, ainda que autorização de morador ou ordem judicial prévia, está amparado no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, RECONHECIMENTO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE E DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIMES PERMANENTES QUE CARACTERIZAM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULITTE SANS GRIEF. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO AGENTE AOS CUIDADOS DAS CRIANÇAS. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos (206 pedras e três porções de cocaína pesando 112,04 gramas, além de dois torrões de maconha pesando 45,31 gramas).

III - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

IV - Não analisada pelo eg. Tribunal a quo a questão atinente ao trancamento da ação penal por ausência de justa causa, bem como ao reconhecimento da excludente de ilicitude prevista no art. 24 do Código Penal, não cabe a esta Corte examinar os temas, sob pena de

indevida supressão de instância (precedentes).

V - Não tendo a eg. Corte de origem conhecido do pedido de desclassificação do delito supostamente cometido pelo recorrente para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/06, a análise da quaestio por esta Corte Superior também ensejaria indevida supressão de instância, ademais a apreciação do pedido de desclassificação demandaria o exame aprofundado do material fático-probatório dos autos, sendo inviável tal análise por meio de habeas corpus.

VI - Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Precedentes.

VII - Quanto à alegação de cerceamento de defesa, a jurisprudência pacífica desta Corte adota o princípio pas de nullité sans grief, que exige a demonstração de efetivo prejuízo para a parte a fim de justificar a anulação de atos processuais, o que não ocorre na presente hipótese.

VIII - A concessão da substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao pai com duas filhas menores de 12 anos de idade exige a comprovação da imprescindibilidade do agente ao cuidado especial da criança, o que não foi demonstrado nos autos. Ademais, modificar a conclusão das instâncias ordinárias sobre o tema demandaria, necessariamente, revolvimento fático-probatório, o que não se admite nesta via.

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (RHC 99.309/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO PELA ILICITUDE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTRUMENTO NOTICIADOR DE FATO ILÍCITO. FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A garantia constitucional de inviolabilidade ao domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tais hipóteses, mandado judicial para ingressar na residência do agente.

Todavia, 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. No caso, os elementos concretos constatados na diligência iniciada a partir de uma denúncia anônima e que inclusive resultaram na apreensão de importante quantidade de cocaína legitimaram a atuação policial.

2. *Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".*

3. *Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 1304905/AM, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/08/2018).*

Quanto a prisão preventiva, o Tribunal de origem assim se manifestou:

Com efeito, considerando as circunstâncias concretas em que, em tese, praticados os delitos, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas (3.000 eppendorfs contendo cocaína, com peso líquido de 2.712g; 07 tijolos de maconha, pesando 1.251,3g; 300g de crack, dentro de formas de bolo; 640 frascos contendo cloreto de metileno, popularmente conhecido como lança- perfume, com volume líquido de 2.560 ml; e 01 galão de 101 de lança- perfume), somadas à quantidade de produtos químicos destinados à preparação de drogas (um saco plástico contendo 15.200g de tetracaína e outro invólucro plástico contendo 24.600g da mesma substância) e à apreensão de pacotes contendo eppendorfs vazios, balanças de precisão, liquidificadores, assadeiras de bolo, peneiras, aquecedores, seladora, objetos com resquícios de drogas e anotações de contabilidade, além do fato de o Paciente ter supostamente se associado com outros quatro agentes para a prática do crime de tráfico de drogas, conforme os depoimentos prestados na Delegacia (fls. 17 e 19), o auto de exibição e apreensão (fls. 39/46), o boletim de ocorrência (fls. 102/109) o laudo de constatação (fls. 110/119) e a denúncia (fls. 144/147), a conversão da prisão em flagrante em preventiva era mesmo de rigor, para atender às finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

[...]

Nesse contexto, mostra-se inconsistente a alegação de constrangimento ilegal ante a inexistência de motivo justificador da prisão cautelar, em razão, in casu, da ausência dos requisitos autorizadores da liberdade provisória bem como da insuficiência das medidas cautelares alternativas.

Frise-se que, para fundamentar a decisão que impõe a prisão preventiva ou denega liberdade provisória, basta que o julgador se pronuncie sobre a necessidade da medida cautelar, com base na presença de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, o que não se confunde com antecipação da pena (fls. 191/193).

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma

fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

In casu, verifico estarem presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade do recorrente, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas, além de instrumentos de preparação para a venda fracionada.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do CPP.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, seja em razão de indícios de que o recorrente integra estruturada organização criminosa, voltada para o tráfico de drogas interestadual, seja pela quantidade, variedade e potencialidade lesiva das drogas apreendidas (460 g de maconha e 20 g de cocaína), circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema Precedentes.

III - A jurisprudência do col. Pretório Excelso, também enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, no intuito de impedir a reiteração delitiva. Precedentes.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade

de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Recurso ordinário desprovido (RHC 105.602/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/12/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do paciente. A quantidade, variedade e natureza deletéria das drogas localizadas com os réus - 5 porções de maconha pesando 48g, 23 microtubos plásticos de cocaína com peso de 23g e 8 porções de crack pesando 1g, bem como 44g de maconha divididos em 18 porções - são circunstâncias que, somadas à apreensão de certa quantia em dinheiro e apetrechos comumente utilizados no preparo das drogas, demonstram risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 477.035/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe

19/12/2018)

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique o provimento do recurso.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *b*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego provimento ao presente recurso em *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

