RCD no HABEAS CORPUS Nº 500.101 - RS (2019/0081550-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
REQUERENTE	:	GABRIELA TORMES MEDEIROS (PRESO)
ADVOGADO	:	VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA - RS075834
REQUERIDO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de pedido de reconsideração da decisão de e-STJ fls. 426/433, que indeferiu a liminar postulada no presente *mandamus.*

Alega o impetrante que, "devido à carga desumana de serviços, o nobre promotor esqueceu de proferir parecer sob a possibilidade da redutora máxima de 2/3 do tráfico privilegiado, nos termos da sentença de primeiro grau" (e-STJ fl. 446).

Requer seja concedida a reconsideração da liminar com o deferimento para ser restabelecida a sentença do juiz de primeiro grau a fim de ser mantida a redutora máxima de 2/3 do tráfico privilegiado.

É o relatório. **Decido.**

Foi a liminar indeferida da seguinte maneira (e-STJ fls. 168/171):

> *" Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIELA TORMES MEDEIROS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 0326209-30.2017.8.21.70000).*
>
> *Depreende-se dos autos que o Ministério Público ofereceu denúncia contra Enilda dos Santos, Franciele dos Santos, Graziela dos Santos Porto,* ***Gabriela Tormes Medeiros****, Leonilda Cardenal Pedroso, Tatiele dos Santos e Éliton Diovani Flores Ranulpho, dando-os como incursos nas sanções do artigo 33, caput, c/c o artigo 40, III e VI, e artigo 35, todos da Lei 11.343/06, ao passo que Éliton Diovani Flores Ranulpho também incorreu nas sanções do artigo 16, caput, da Lei 10.826/03, a denunciada* ***Gabriela Tormes Medeiros*** *nas sanções do artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, a denunciada Franciele dos Santos nas sanções do artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, as denunciadas Graziela dos Santos Porto,* ***Gabriela Tormes Medeiros*** *e Tatiele dos Santos nas*

penas do art. 16, parágrafo único, III, da Lei 10.826/03, conforme os fatos descritos na denúncia das e-STJ fls. 49/68.

Foi determinada a cissão processual em relação a ré Enilda, em razão da instauração de incidente de insanidade mental.

Notificados, os réus apresentaram as respectivas defesas preliminares.

Em 3/2/2016, a exordial acusatória foi recebida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Cachoeirinha/RS.

Encerrada a instrução, em 7/2/2017, a paciente foi absolvida quanto à imputação do crime do art. 16, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei n. 10.826/03, e do crime descrito no art. 35, caput, da Lei 11.343/06; contudo, foi condenada, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, e multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 177/218).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte local, requerendo, em síntese, a anulação do processo em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada e das demais teses absolutórias.

O Ministério Público, por sua vez, apelou da sentença condenatória, requerendo a condenação dos réus pela prática do crime disposto do art. 35, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei de Tóxicos, a exasperação da pena base em razão da quantidade/qualidade de entorpecentes e a reforma mais gravosa do regime prisional da ora paciente.

A 2ª Câmara Criminal do TJRS negou provimento aos apelos defensivos e deu parcial provimento à apelação ministerial, condenando a paciente, nas sanções do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, à pena de 4 anos, 10 meses e 10 dias, e multa, no regime inicial semiaberto, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 394/397):

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. Preliminares. Nulidade da prova produzida em audiência por ofensa ao disposto no art. 212 do CPP. *Importante consignar que a nova redação deste dispositivo legal não vedou ao juiz fazer questionamentos ás testemunhas durante a instrução, limitando-se a. tão somente, retirar sua intermediação nas perguntas das partes (acusação e defesa), as quais podem formulá-las diretamente ao depoente Verifica-se, portanto, que o Juizo a quo se valeu do seu poder de discricionariedade, regularmente previsto no art. 212. parágrafo único, do Código de Processo Penal, inexistindo mácula nos questionamentos por ele realizados após as partes,*

especialmente porque não houve comprovação do prejuízo. ***Ilicitude da prova colhida por violação ao domicílio.*** *Prosseguindo, vai afastada a preliminar de nulidade do flagrante policial, pois o crime de tráfico de drogas é permanente, sendo que em casos de flagrante não há que se falar em invasão de domicílio pela ausência de determinação judicial prévia, conforme se infere da redação da garantia fundamental insculpida no art. 5º. inc. XI, da Constituição Federal, que dispõe: "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." Assim, em que pese não desconheça a existência de critica doutrinária a respeito do tema, permanece íntegro o entendimento perante as Cortes Superiores acerca do caráter permanente do crime de tráfico de drogas, sendo, por tal razão, relativizado o mandamento preconizado pelo art. 5º, inc.XI, da Carta Magna.* ***Desentranhamento dos documentos acostados após o término da instrução criminal****. Ainda na análise das preliminares, tocante ao pedido de desentranhamento dos documentos dos documentos acostados às fls.588/593. formulado pela defesa da ré Gabriela Tornes Medeiros, descabe o reconhecimento da nulidade. Dispõe o art.231 do CPP que "salvo os casos expressos em lei. as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo" e, neste sentido, além de ter pleno acesso aos documentos, a defesa teve a oportunidade de se manifestar sobre seu conteúdo quando do oferecimento de alegações finais. Ademais, a defesa técnica não demonstrou, minimamente, o prejuízo advindo de sua juntada, razão pela qual não se vislumbra ofensa ao direito de ampla defesa dos acusados.* ***Nulidade por ausência de citação pessoal:*** *Não se observa a alegada nulidade pela ausência de citação pessoal da acusada Gabriela. Como bem ressaltado no parecer oferecido pela Procuradoria de Justiça, "observa-se que foi determinada a notificação da ré (fí. 263 e verso). Ato subsequente. GABRIELA constituiu advogado (última folha do primeiro volume - não numerada) e apresentou defesa preliminar (fls. 310/312). Na audiência de instrução, foi acompanhada pelo seu procurador (fí. 558). sem que houvesse qualquer alegação de nulidade. Destarte, restou suprida a ausência do ato pelo comparecimento aos autos, assistida por advogado constituído. De resto, não se verificou nenhum prejuízo à defesa". Assim, extrai-se que a ausência do ato citatório restou convatidada pelo comparecimento da ré aos autos e, não elencado o prejuízo sofrido, descabido se mostra o reconhecimento da nulidade, forte no disposto no art.563 do CPP.* ***Nulidade do feito por ausência de recebimento expresso da denúncia****: Observa-se que a peça acusatória foi formalmente recebida pelo juiz de piso*

(fl.315), sendo prescindivel o aporte de fundamentação aprofundada para o seu recebimento, por se tratar de providência pela qual o magistrado aceita a acusação pela existência de elementos mínimos autorizadores do processamento da ação penal. ***MÉRITO. Apelo Defensivo:*** *Em relação ao crime de tráfico de drogas, a circuiaridade do entorpecente está assentada pelas circunstâncias fáticas em que ocorrido o flagrante policial: os agentes públicos já sabiam que o local constituia-se em um ponto de venda de drogas, e, no dia dos fatos, lograram apreender '06 buchas de cocaína: 01 pedra de crack. pesando 17 gramas: 03 pedras de crack: 12 munições, calibre 9mm; 37 munições, calibre .38; 08 bombas adesanais; 01 pistola 9mm; 02 carregadores de pistola: 01 espingarda de pressão: 02 rádios comunicadores: 09 celulares: e mais de RS 800.00 em dinheiro trocado". Como se viu do cenário fático que norteou a apreensão, as acusadas Graziela e Franciele atuavam como 'olheiras' do ponto de traficáncia. juntamente com o adolescente Higor. No interior da casa, as acusadas Enilda, Gabriela, Leonilda e Tatiele foram surpreendidas em plena atividade de traficáncia. picotando as drogas para posterior repasse a terceiros, ao passo que o réu Éliton fazia a segurança do local onde os entorpecentes eram comercializados. Em relação ao crime de porte ilegal de arma. a materialidade do fato delituoso veio confirmada pelos elementos constantes no auto de prisão em flagrante (fls.32/39), auto de apreensão (fls.40/42) e laudo pericial n° 19618/2015 (fl.289- arma e munições calibre.38): laudo pericial n° 161840/2015 (íl.319/321 - 20 cartuchos .38), laudo pehaal n° 161874/2015 (fl.324 - pistola 9mm e doze cartuchos 9mm). laudo pericial n° 179881/2015 (fls.329/330 - revólver .38, que atestou a supressão do número de série do artefato), cabendo ressaltar que o oficio de remessa referente ao oficio 1553/2015 é aquele constante às fls.329/330. No entanto, em relação ao crime imputado ao acusado Élinton (art. 16 do Estatuto do Desarmamento), a palavra das testemunhas de acusação não foi capaz de esclarecer se ele realmente portava consigo a pistola 9 mm e respectivas munições, devendo ser proclamada a sua absolvição, fulcro no art. 386. inciso VII do CPP.* ***Apelo do Ministério Público****: Mantida a absolvição dos réus do crime de associação para o tráfico pois, a par das conclusões extraídas na sentença, é fato que existem indicativos que os denunciados, na oportunidade do flagrante, prestavam, entre eles, algum tipo de colaboração à narcotraficância. No entanto, esses dados, nem de longe, são suficientemente sólidos para se concluir pela existência de uma parceria duradoura, tampouco que eles atuassem em unidade de desígnios no decorrer da cadeia produtiva do tráfico, com divisão de tarefas e como forma de incrementar os lucros para o comércio ilegal, razão pela qual*

vai mantida, nesta instância, a absolvição em favor dos réus, com base no artigo 386. inciso VII do CPP. No que diz respeito à dosimetria da pena, de rigor o reconhecimento da majorante disposta no art.40, inciso VI da Lei de Drogas. Conforme disposto na sentença, ao adolescente foi aplicada medida de internação, sendo a prova robusta em atestar que ele estava envolvido na prática criminosa, exercendo a segurança do ponto de venda das drogas. As circunstâncias do crime não demandam especial reprovação, devendo ser mantida a majorante no patamar mínimo de 1/6, tal qual aplicado na sentença. Em relação ao reconhecimento da forma privilegiada do crime de tráfico de drogas aos réus Franciele, Gabriela, Tatiete e Éliton, entendo que as circunstâncias de cometimento do delito impedem o reconhecimento da fração máxima de redução disposta no art.33, §4° da Lei de Drogas. Em primeiro lugar, a dimensão da mercancia praticada pelos indigitados não pode ser enquadrada como inexpressiva, pois, embora a prova não tenha sido sobeja em demonstrar que estivessem efetivamente associados, de forma estável, para a traficância, o cenário da apreensão demonstrou que possuíam articulação na venda das drogas, na medida em que Graziele, Franciele exerciam o papel de 'olheiras" do ponto. Éliton e o adolescente atuavam na segurança do local e as demais picotavam as drogas para o posterior repasse aos consumidores. Este quadro probatório, a meu ver, sequer permitiria o deferimento da redutora legal. No entanto, considerando que o Ministério Público apresenta inconformismo apenas em relação ao quantum de redução, tenho por bem remanejar a fração no patamar de 1/6, ponderando que houve a apreensão de duas qualidades de drogas de notória lesividade. No que diz respeito ao pedido de aplicação da agravante da reincidência às rés Leonilda e Graziela. pondera-se que. para a sua aplicação, basta que o agente tenha praticado o crime após já ter sido definitivamente condenado por delito anterior, e que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o fato delituoso descrito na denúncia não tenha decorrido prazo superior a 05 (cinco) anos. In casu, as condenações de Graziela (processo n° 086/2.09.0005847-8) e Leonilda (processo n° 086/2.08.0004636-2) preenchem as exigências supracitadas, sendo, portanto, aptas à configuração da agravante. Redimensionamento das penas aplicadas na origem. ***À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO RÉU E.D.F.R, NEGANDO-SE PROVIMENTO AOS DEMAIS APELOS DEFENSIVOS.***

No presente writ, o impetrante sustenta, em longa petição, a nulidade da sentença condenatória, bem como do julgamento proferido pelo Tribunal a quo, com fundamento da teoria dos frutos da árvore venenosa, visto que os policiais militares invadiram a residência dos acusados, sem autorização judicial, realizando buscas e apreensões com fundamento em denúncia anônima.

Afirma que os entorpecentes encontrados são provas ilícitas, portanto, devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro.

Pleiteia, liminarmente, a suspensão da ação penal até o julgamento definitivo deste habeas corpus. No mérito, pugna pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa, ou alternativamente, pela manutenção da sentença proferida pela Magistrada de 1º grau.

É o relatório. ***Decido.***

A liminar em recurso ordinário em habeas corpus, bem como em habeas corpus, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto na impetração.

Em um juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência, que se confunde com o próprio mérito da impetração.

Ademais, nessa análise perfunctória dos autos, quanto à possível ilicitude das provas, não vislumbro a presença do fumus boni iuris, visto que a ação policial mostra-se devidamente amparada em fundadas razões, as quais indiquem que dentro da residência ocorre situação de flagrante delito, no caso, tráfico de drogas, crime permamente. Esse é o posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito da busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 33 E 34 DA LEI N. 11.343/2006, 14 E 16 DA LEI N. 10.826/2003, CONCURSO MATERIAL. DELITOS DE NATUREZA PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. CONSUNÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO. APELO DEFENSIVO PROVIDO. NOVOS FUNDAMENTOS.

PREJUDICIALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O art. 5º, XI, da Constituição Federal prevê como uma das garantias individuais, conquista da modernidade em contraposição ao absolutismo do Estado, a inviolabilidade do domicílio: "XI - 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".

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" (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017).

4. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) não é garantia absoluta nas hipóteses de flagrância de delito de natureza permanente, como no caso dos autos, em que o paciente foi flagrado na posse de armas de fogo de uso restrito e tráfico ilícito de entorpecentes, crimes de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso, sem mandato judicial, ao domicílio do agente infrator.

5. A superveniência de exame da apelação defensiva, na qual tenha pedidos idênticos aos suscitados no presente feito, constitui título novo de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, em razão dos novos fundamentos agregados aos já existentes.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 428.504/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/2/2019, DJe de 26/2/2019)

Assim, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, mostra-se imprescindível uma análise mais aprofundada dos elementos de convicção constantes dos autos.

Ante o exposto, ***indefiro*** *a liminar.*

Devidamente instruído, dispenso as informações de praxe.

Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se."

Em que pese o esforço argumentativo da combativa defesa, em um juízo de cognição sumária, não visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Não obstante os argumentos apresentados, mostra-se imprescindível um exame mais aprofundado da ação, para se aferir a existência do alegado constrangimento ilegal. Isso porque, ao que se tem dos autos, a ação policial mostrou-se devidamente amparada em fundadas razões, anteriormente à entrada domiciliar, as quais indiquem que dentro da residência ocorre situação de flagrante delito, no caso, tráfico de drogas, que é crime classificado como permanente. Nesse contexto, não se constata, quanto ao ponto, a fumaça do bom direito.

Assim, ainda diante de um exame perfunctório, não vislumbro manifesta ilegalidade a justificar a reconsideração da decisão de e-STJ fls. 426/433.

Em relação ao equívoco ministerial, conforme certidão à e-STJ fl. 444, verifica-se que os presentes autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal para parecer em 27/3/2019, contudo, em 29/3/2019, os autos retornaram com parecer equivocado, em que os dados divergiam dos presentes autos, motivo pelo qual se aguarda nova manifestação do MPF.

Ante o exposto, **indefiro** o pedido de reconsideração.

Aguarde a vinda do parecer do Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator