HABEAS CORPUS Nº 503.480 - SP (2019/0100983-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GUIBSON PEREIRA DE LIMA (PRESO)
PACIENTE	:	BRUNO BASTOS LEANDRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GUIBSON PEREIRA DE LIMA e BRUNO BASTOS LEANDRO, apontando como autoridade coatora a 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0016981-05.2009.8.26.0127.

Noticiam os autos que o paciente GUIBSON foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/2006, ao passo que BRUNO foi absolvido das imputações.

Inconformadas, acusação e defesa apelaram, tendo o recurso ministerial sido provido para condenar BRUNO à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas.

Sustenta o impetrante que os policiais teriam ingressado na residência de GUIBSON sem prévio mandado de busca e apreensão, o que ensejaria a nulidade das provas obtidas com a medida.

Alega que a agravante da reincidência deveria ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Requer, liminarmente, a imediata soltura dos pacientes, e, no mérito, pugna pela concessão da ordem para que seja reconhecida a ilicitude da apreensão da droga na residência de GUIBSON, ou, subsidiariamente, para que a agravante da reincidência seja compensada com a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

Superado esse óbice, extrai-se da denúncia que agentes se dirigiram à residência do acusado GUIBSON para investigar informação anônima da existência de suposto plano para matar policiais da cidade, com a manutenção de armas de fogo e drogas no endereço (e-STJ fl. 16).

Em diligências, os milicianos adentraram o barraco, localizando em uma lata de arroz diversas porções de substâncias entorpecentes, além de um aparelho celular, 2 (dois) cadernos com diversas anotações e R$ 180,00 (cento e oitenta reais) em espécie (e-STJ fl. 16).

Feitos tais esclarecimentos, não se verifica qualquer irregularidade no fato

de os policiais haverem ingressado na residência de um dos pacientes sem prévio mandado judicial, pois os réus foram acusados de praticar o crime de tráfico na modalidade guardar, estando-se diante de ilícito de natureza permanente.

Como se sabe, nas infrações penais permanentes a prisão em flagrante pode se dar a qualquer momento, enquanto perdurar a consumação, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, que preceitua que "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*".

A desnecessidade de mandado de busca e apreensão quando se trata de situação de flagrante delito é amplamente admitida pela doutrina, merecendo menção, no ponto, a lição de Eugênio Pacelli:

> *"A Constituição Federal de 1988, como visto, estabelece a inviolabilidade do domicílio, com o que alguém somente poderá nele adentrar, sem o consentimento do morador, para prestar socorro ou em situação de flagrante delito.*
>
> *E que não haja dúvidas: a autorização constitucional para o ingresso em residência durante a situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade de quem seja o proprietário ou morador da residência. Assim, ainda que o delito no interior da residência esteja sendo praticado pelo seu proprietário, qualquer pessoa do povo está autorizada a ingressar na casa para a proteção dos aludidos bens (vida, liberdade sexual, patrimônio, etc.). Evidentemente, a prova assim obtida nada terá de ilícita, quer quanto à sua obtenção, quer quanto à sua produção e valoração no processo.*
>
> *Nada terá de ilícita por uma razão bem simples: o Direito, salvo raras exceções, não protege as ações atentatórias contra bens e valores reconhecidos expressamente no ordenamento jurídico. De outro modo, o Direito não protege as violações praticadas contra ele mesmo (Direito).*
>
> *À evidência, ninguém poderá argumentar, no interior de sua residência, que tem o direito de ali estuprar ou matar a pessoa de sua preferência, por se encontrar supostamente protegido pela inviolabilidade do domicílio. Esta inviolabilidade existe e somente existirá na medida e nos limites em que o seu titular estiver no exercício de seu legítimo direito (à intimidade, à privacidade, por exemplo).*
>
> *Do mesmo modo, pelo fato de existir norma penal incriminadora da conduta de manter em depósito substância entorpecente (Lei nº 11.343/06), essa mesma pessoa não poderá alegar o seu direito à inviolabilidade do domicílio, em razão de não se encontrar no exercício*

> *de qualquer um dos seus direitos individuais. Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional." (Curso de Processo Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 317/318).*

Idêntica orientação foi firmada pelo Excelso Pretório em recurso submetido ao regime de repercussão geral, ocasião em que se fixou a compreensão de que a entrada forçada em domicílio 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.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

> *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 protrai 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 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)*

Assim, tendo os policiais ingressado em imóvel no qual estariam indivíduos que, segundo denúncia anônima recebida, estariam guardando armas e drogas e estariam planejando matar policiais da cidade, afasta-se a mácula suscitada na impetração.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. (...) RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*
> ***1. A entrada na residência do Recorrente, pelos policiais, foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de ter sido encontrado documento pessoal do Acusado no local onde autorizadas as buscas, bem como em virtude das informações de que seria um dos traficantes que utilizava o imóvel no qual foram encontradas as drogas. Ademais, cuidando-se de crime de natureza permanente, como é o caso do tráfico de drogas, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para a busca domiciliar, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida. Precedentes.***
> *(...)*
> *8. Recurso ordinário conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.*
> *(RHC 100.924/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 04/12/2018)*

Na mesma esteira:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. (...) INVASÃO A DOMICÍLIO. TRÁFICO. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. PROVIDÊNCIA JUSTIFICADA. (...) ORDEM NÃO CONHECIDA, COM RECOMENDAÇÃO.*
> *(...)*
> ***4. Porém, ainda que não estivessem presentes tais óbices, é de se considerar que segundo a jurisprudência desta Corte Superior, embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, 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 (HC 306.560/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015).***

> ***5. No caso em análise, verifica-se, que o paciente estava sendo investigado pelos policiais, sendo que os indícios colhidos levaram à conclusão de que ele atuava gerente do comércio ilícito. Além disso, conforme descreve a própria defesa, a entrada no domicílio ocorreu em ocasião na qual os policiais militares realizavam um patrulhamento de rotina na região de Sapiranga e quando chegaram na travessa Rangel Pestana, defronte ao numeral 1682, avistaram um indivíduo em atitude suspeita, que, ao avistar a chegada da composição policial, correu em direção a sua residência, subindo a escadaria e adentrando no imóvel (e-STJ fl. 3). Ou seja, mostra-se devidamente justificada a busca domiciliar, em situação de perseguição, que resultou efetivamente na apreensão de um tijolo de maconha pesando mais de meio quilo - 505g -, um papelote de cocaína, de peso não aferido, e uma balança de precisão.***
> *(...)*
> *10. Ordem não conhecida, com recomendação.*
> *(HC 467.965/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 19/10/2018)*

Irretocável, por conseguinte, o aresto impugnado, que concluiu que "*não há como vislumbrar vício na prova obtida a partir da diligência, em face de crime de natureza permanente, considerando-se, inclusive, a prescindibilidade de mandado de busca*", sendo que a denúncia anônima foi confirmada pela diligência policial, que consistiu "*na própria busca no local*" (e-STJ fls. 133/134).

Finalmente, constata-se que o alegada necessidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea não foi alvo de deliberação pela autoridade impetrada no acórdão impugnado, até mesmo porque não foi suscitada nas razões recursais (e-STJ fl. 124), circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

Há que se ressaltar que embora o apelo interposto tenha devolvido ao Tribunal de origem o exame da matéria controvertida, a defesa não pode arguir, somente nesta Corte Superior, questões não apreciadas pelas instâncias ordinárias, o que configuraria a atuação deste Sodalício em indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

> *"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o*

> *imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

> *"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)*

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da insurgência, a Corte de origem não tratou do citado tema, que deveria, por óbvio, ter sido arguido no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) HABEAS CORPUS 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 capítulo acerca da aferição da ocorrência de confissão espontânea não foi devolvido ao Tribunal a quo, nem por ele foi apreciado. Portanto, como não há decisão do Colegiado de origem sobre o tema, inviável o seu enfrentamento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República.***
> *(...)*
> *7. Habeas corpus não conhecido.*

> *(HC 408.726/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)*

No mesmo sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA AUDIÊNCIA DE OITIVA DA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...).*
> ***1. A apontada nulidade absoluta por ausência do defensor constituído na audiência de oitiva da vítima não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que impede o exame do tema diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sobrepujando a competência da Corte estadual, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância e violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.***
> *(...)*
> *4. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgInt no HC 393.441/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 04/06/2018)*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 210 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, **indefere-se liminarmente** o presente *habeas corpus*.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator