

**HABEAS CORPUS Nº 505.437 - SP (2019/0112355-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : JOSE LUIS STEPHANI  
**ADVOGADO** : JOSÉ LUÍS STEPHANI - SP100704  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARCOS RIBEIRO DA SILVA (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **MARCOS RIBEIRO DA SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta a ilicitude das provas carreadas aos autos, que deram suporte à prisão em flagrante, em face da invasão do domicílio do paciente.

Também aduz que é cabível o relaxamento da prisão do paciente ante a ausência de motivação suficiente da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva. Afirmar não estarem presentes as exigências previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Expõe razões pelas quais busca demonstrar a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Pleiteia, em liminar e no mérito, o trancamento da ação penal ou a revogação da prisão, de modo a se conceder a liberdade provisória ao paciente.

Além da confirmação dos pedidos preambulares, requer a exclusão da prova da confissão, assim como a concessão da ordem de ofício.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 270-271).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ordem (e-STJ, fls. 395-404).

**É o relatório.**

Decido.

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.

Passo ao exame das alegações da defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem de ofício.

Colhe-se do voto condutor do acórdão atacado:

"Conforme verificado dos autos, o paciente foi autuado em flagrante delito e denunciado, pois, em 04 de janeiro de 2.019, guardava e mantinha em depósito, para a entrega ao consumo de terceiros, 1.609,01g (um quilo e seiscentos e nove gramas e um centígrama) de "maconha", embalados em 751 (setecentas e cinquenta e uma) porções, de pesos diversos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Importante destacar que a apreensão foi realizada após policiais tomarem conhecimento de que, em determinado imóvel estaria sendo armazenada elevada quantidade de drogas por um tal de "Zé Baiano", certo que no local se depararam como o paciente, que, num primeiro momento, tentou empreender fuga, ingressando no prédio, mas foi abordado e detido, quando confessou informalmente a traficância. Os entorpecentes foram localizados em um baú em meio a petrechos (conforme auto de prisão em flagrante delito, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação provisória e denúncia, fls. 01/02, 12, 18/19 e 160/163).

Nulidade insubsistente. Ora, MARCOS foi surpreendido em típica situação de flagrância (que perduraria até a cessação da permanência), nos termos do artigo 303, do Código de Processo Penal. Naquelas circunstâncias, frisa-se em se tratando de crime permanente, não só a abordagem era lícita, mas também a busca no imóvel, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1.988, vez que diante de denúncia, havia fundada e séria suspeita da prática do crime. Não há de se falar, assim, de ilicitude de prova e, consequentemente, de trancamento da ação penal pelo específico fundamento." (e-STJ, fls. 53-54.)

No que se refere à tese de que as provas obtidas em busca domiciliar realizada sem autorização judicial seriam ilícitas, convém ressaltar que o STJ já firmou o entendimento de que o delito de tráfico de drogas é de natureza permanente, consumando-se, entre outras hipóteses, com o mero armazenamento ilegal das substâncias entorpecentes.

Dessa forma, ainda que houvesse provas confirmando a alegação de que os policiais que procederam a busca e apreensão das drogas encontradas na residência do paciente não foram por ele autorizados a adentrar o recinto, o ingresso forçado no domicílio do réu estaria autorizado com fundamento na ressalva constante no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que dispensa prévia autorização judicial em situações de flagrante delito.

No ponto, o Tribunal de origem asseverou:

"(...) a apreensão foi realizada após policiais tomarem conhecimento de que, em determinado imóvel estaria sendo armazenada elevada quantidade de drogas por um tal de 'Zé Baiano', certo que no local se depararam como o paciente, que, num primeiro momento, tentou empreender fuga, ingressando no prédio, mas foi abordado e detido, quando confessou informalmente a traficância. Os entorpecentes foram localizados em um baú em meio a petrechos (conforme auto de prisão em flagrante delito, auto de exibição e apreensão, laudo de constatação provisória e denúncia, fls. 1/2, 12, 18/19 e 160/163).

Nulidade insubsistente. Ora, MARCOS foi surpreendido em típica situação de flagrância (que perduraria até a cessação da permanência), nos termos do artigo 303, do Código de Processo Penal. Naquelas circunstâncias, frisa-se em se tratando de crime permanente, não só a abordagem era lícita, mas também a busca no imóvel, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, vez que diante de denúncia, havia fundada e séria suspeita da prática do crime. Não há

de se falar, assim, de ilicitude de prova e, consequentemente, de trancamento da ação penal pelo específico fundamento." (e-STJ, fls. 53-54).

Confirmam-se os seguintes julgados que respaldam esse entendimento:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE QUE CARACTERIZA ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O Novo Código de Processo Civil e o Regimento Interno desta Corte (art. 932, inciso III, do CPC/2015 e arts. 34, inciso VII, e 255, § 4º, ambos do RISTJ) permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria debatida no recurso, não importando essa decisão em cerceamento de defesa ou violação ao princípio da colegialidade.

II - 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. (Precedentes). Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.326.963/RS, rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 18/9/2018, DJe 21/9/2018.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RESTABELECIMENTO DE SENTENÇA QUE ABSOLVEU O RÉU QUANTO AO TRÁFICO DE DROGAS. REEXAME DE PROVA. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela ocorrência do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, a modificação desse entendimento exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível no remédio constitucional do *habeas corpus*.

3. O delito de tráfico de drogas é considerado de natureza permanente, o que autoriza, quando observado o estado de flagrância, a incursão policial em domicílio mesmo sem o mandado de busca e apreensão ou expressa autorização do morador. Averiguação e atuação policial legítima! 4. Habeas corpus não conhecido." (HC 418.867/SC, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 4/9/2018, DJe 13/9/2018.)

Ademais, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inócorrentes na espécie.

Por sua vez, a segregação cautelar está fundamentada nos seguintes termos:

"Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos existentes nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria delitiva, consoante se infere dos depoimentos dos policiais encarregados da diligência, no sentido do encontro do custodiado, na residência por ele ocupada, na posse de expressiva quantidade de entorpecentes, devidamente embalados para venda a terceiros, além de petrechos utilizados para o preparo de drogas. Ademais, há auto de exibição e apreensão, bem como laudo de constatação provisória, a atestar a materialidade das substâncias entorpecentes apreendidas.

A pena cominada ao crime em tese praticado pelo custodiado supera 04 anos.

A forma de acondicionamento, a apreensão de dinheiro, a quantidade expressiva de drogas apreendidas, as circunstâncias em que foi flagrado evidenciam a participação do custodiado na empreitada delituosa.

Ademais, a primariedade do custodiado não o exime da possibilidade de segregação cautelar, presentes os requisitos legais, caso dos autos.

[...]

Sem prejuízo, o regramento processual penal dispõe que a liberdade provisória ou a fiança serão concedidas quando ausentes os requisitos da prisão preventiva. Não é o caso dos autos.

Não vislumbro possibilidade de que sejam aplicadas ao custodiado medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo diante da necessidade de salvaguardar a ordem pública, considerando que o crime de tráfico traz enorme desassossego à sociedade atual, destruindo famílias e corroendo uma miríade de jovens, além de fomentar tantos outros delitos violentos.

Reputo presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, em especial a necessidade da custódia preventiva para assegurar a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal e, acima de tudo, a ordem pública." (e-STJ, fls. 114-116.)

Os indícios de autoria estão configurados no fato de que o paciente teria

sido preso em flagrante, ocasião em que foram apreendidos 1.609,01kg (um quilo e seiscentos e nove gramas e um centígrama) de “maconha”, embalados em 751 (setecentas e cinquenta e uma) porções, de pesos diversos, além de quatro balanças de precisão, embalagens de papel filme, dinheiro no total de R\$47,00 (quarenta e sete reais) e um telefone celular.

Saliente-se que a prisão preventiva está suficientemente fundamentada, pois, consoante pacífico entendimento desta Corte, a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de custódia cautelar, para garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta dos fatos delituosos.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. DIVERSIDADE E NÚMERO DE PORÇÕES DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS ENCONTRADAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO EVENTO CRIMINOSO. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Prescreve o art. 387, § 1º, do CPP, que o Juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta.
2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a preservação da custódia processual imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige a indicação de elementos concretos a justificar a sua necessidade, à luz do art. 312 do CPP.
3. Não há ilegalidade quando a negativa do direito de recorrer solto está devidamente justificada na garantia da ordem e saúde pública, vulneradas diante da potencialidade lesiva da infração.
4. A diversidade - maconha e cocaína -, o número de porções do material tóxico e a natureza extremamente nociva da última substância -, são fatores que, somados às demais circunstâncias do flagrante, - após denúncia anônima, de que o acusado estaria fazendo tele-entregas do referido material tóxico, os milicianos surpreenderam o acusado chegando em sua residência, que ao visualizar os policiais tentou se desvencilhar de um telefone celular, momento em que os milicianos lograram encontrar no interior do veículo conduzido pelo acusado e em sua residência as substâncias entorpecentes, além da expressiva quantia em dinheiro, são fatores que indicam envolvimento maior do agente com a narcotraficância, autorizando a preventiva.
5. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto

quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a preventiva.

6. Condições pessoais favoráveis, não têm, em princípio, o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade, como ocorre na hipótese.

7. Recurso ordinário improvido." (RHC 84.409/SC, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017.)

Pelos mesmos motivos acima delineados, entendo que, no caso, é inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do paciente. Sobre o tema: RHC 81.745/MG, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017; RHC 82.978/MT, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017; HC 394.432/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 1º/6/2017, DJe 9/6/2017.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator