

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 116.648 - SP (2019/0239969-9)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : JOAO MARCOS ORTIZ MENDES
ADVOGADOS : EURO BENTO MACIEL FILHO E OUTRO(S) - SP153714
GABRIEL HUBERMAN TYLES - SP310842
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido liminar, interposto por **JOAO MARCOS ORTIZ MENDES**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Narram os autos que o recorrente foi denunciado nos autos da ação penal n. 0009044-54.2018.8.26.0635, por infração, em tese, ao art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

Impetrado **writ** no eg. Tribunal **a quo**, este teve a sua ordem **denegada**, conforme v. acórdão de fls. 280-285, sem ementa.

Daí o presente recurso ordinário, no qual a d. Defesa sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal por recebimento de denúncia baseada em provas obtidas de maneira ilícita.

Aduz que não haveria justa causa para a invasão policial e a busca e apreensão.

Alega que: *"é bom que se diga que em nenhum momento o Paciente permitiu a entrada dos policiais militares em sua residência, para que lá realizassem "buscas". O Paciente limitou-se a abrir a porta para atendê-los. Porém, quando abriu a porta, "lhe detiveram" (...) "foi agredido na região da face, costas e nas pernas (...) e, depois, "entraram em sua residência". A corroborar a versão do Paciente está o laudo de lesão corporal leve (cf. laudo de fls. 78/79 e fotos que evidenciam as agressões às fls. 231/233)" (fls. 299-300).*

Superior Tribunal de Justiça

Requer, inclusive LIMINARMENTE, seja "*conhecido e provido por essa colenda Corte Superior, tudo para se reformar o v. aresto recorrido e, assim, determinar o imediato trancamento da ação penal inaugurada em face do Paciente (processo nº 0009044-54.2018.8.26.0635), haja vista a imprestabilidade da prova colhida em sede inquisitorial o que deságua em patente falta de justa causa*" (fl. 307).

Pedido liminar **indeferido**, às fls. 329-332.

Informações, às fls. 336-337 e 342-345.

Contrarrazões, às fls. 314-319, pelo **desprovemento** do recurso.

O d. Ministério Público Federal opinou pelo **desprovemento** do recurso, conforme r. parecer de fl. 347, sem ementa.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recuso ordinário em **habeas corpus**.

Pretende o recorrente, em síntese, o trancamento da ação penal por suposta ausência de justa causa (invasão policial e a busca e apreensão).

Para delimitar a **quaestio**, colaciono trechos do v. acórdão combatido (fls. 280-285):

"Denega-se a ordem.

O paciente foi denunciado porque tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, 247,9 gramas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 122 a 123).

Consta dos autos que policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo no bairro da Lapa, quando avistaram o paciente em frente a uma residência localizada na Rua Araçatuba, 92. Ao perceber a aproximação da viatura, o paciente correu para o interior da casa, atitude que levou os milicianos a entrarem no imóvel e realizarem a abordagem, sendo certo que encontraram, sobre o sofá da sala e em uma cômoda do quarto, 247,9 gramas de maconha, que o paciente disse que consumiria em alguns meses (fls. 68 a 70).

Ante a ocorrência de tais fatos, a Autoridade Policial ratificou a voz de prisão dada pelo condutor e tipificou a conduta de João Marcos como

tráfico de entorpecentes.

Regular, pois, a prisão em flagrante do paciente, cujo auto respectivo se acha formalmente perfeito.

Ademais, como cediço, o delito de tráfico de entorpecentes, na modalidade 'ter em depósito', classifica-se como um crime permanente, aqueles cuja consumação se protraí no tempo, e, assim, tratando-se de flagrante, o mandado de busca e apreensão era totalmente dispensável e sua ausência não tem o condão de macular a diligência policial, nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição Federal, não havendo se falar em 'invasão de domicílio' por parte dos policiais ou em ilicitude da prova amealhada, que segundo os impetrantes, levaria ao trancamento da ação penal.

[...]

Acresça-se que, em casos envolvendo a prática de delitos, o direito à intimidade deve ser sopesado com os demais princípios constitucionais consagradores do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, aliás, já se decidiu:

[...]

Eugênio Pacelli de Oliveira ensina: 'a autorização constitucional para o ingresso em residência durante situação de flagrante delito prevalece em razão do risco aos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica, independentemente da vontade e 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 estará 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 de 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 de seus direitos individuais.

Por isso, em uma situação de flagrante delito (de qualquer delito), o ingresso no domicílio é expressamente autorizado pela norma constitucional'

(in *Curso de Processo Penal*, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, pág. 371).

Por fim, as alegações de que a droga apreendida seria destinada ao próprio consumo do paciente dizem respeito do mérito da causa e serão analisadas no momento oportuno.

Não se constatando, assim, a ilicitude da prova constante dos autos, impossível o pretendido trancamento da ação penal, impondo-se a denegação da ordem.

Por essas razões, denega-se a ordem." (grifei).

Consigne-se, **ab initio**, que o **trancamento da ação penal** constitui medida de exceção, justificada apenas quando comprovadas, **de plano**, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, **inépcia da exordial acusatória, atipicidade da conduta, presença de causa de extinção de punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade**.

Com efeito, segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade. Não é exigida certeza, que, a toda evidência, somente será comprovada ou afastada durante a instrução probatória. Prevalece, assim, na fase de oferecimento da denúncia, o princípio do **in dubio pro societate**.

A liquidez dos fatos, cumpre ressaltar, **constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa**, pois o exame aprofundado de provas é inadmissível no espectro processual do **habeas corpus** ou de seu recurso ordinário, uma vez que seu manejo pressupõe ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante a ponto de ser demonstrada de plano.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. ENTORPECENTE DESTINADO AO CONSUMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE DOLO DO ACUSADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se

restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

[...]

3. *Recurso desprovido*" (RHC n. 83.724/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 23/06/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADOR. DESCABIMENTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...]

3. *Nos termos do entendimento consolidado desta Corte Superior, 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, o que não se infere na hipótese dos autos.*

4. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no RHC n. 67.110/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/06/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTOS (SUPLEMENTOS ALIMENTARES E/OU MEDICAMENTOS) PROIBIDOS. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. TRANCAMENTO E PLEITO ALTERNATIVO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. *Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia.*

2. *Plausibilidade da acusação, em face do liame entre a pretensa atuação dos recorrentes e os fatos. Em tal caso, está plenamente assegurado o amplo exercício do direito de defesa, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.*

3. *O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se*

baseia em falta justa causa (ausência de suporte probatório mínimo à acusação), não relevada, primo oculi. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ.

[...]

5. *Recurso ordinário não provido*" (RHC n. 80.845/RJ, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 30/05/2017, grifei).

Cito ainda os seguintes precedentes do col. Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. *Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade.*

2. *O trancamento da ação penal na via do habeas corpus só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso.*

3. *Agravo regimental conhecido e não provido*" (HC n. 1.419.18/RS AgR, **Primeira Turma**, Rel^a. Min^a. **Rosa Weber**, DJe de 19/06/2017, grifei).

"Processual penal. Agravo regimental em Habeas corpus. Posse de munição. Alegação de atipicidade da conduta. Improcedência. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. *O trancamento da ação penal pela via processualmente restrita do habeas corpus só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa. Precedentes.*

2. *Não há possibilidade de concessão da ordem de ofício, tendo em vista que os autos não evidenciam teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder.*

[...]

4. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (HC n. 138.157/MG AgR, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 19/06/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGADA NULIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE SUPOSTAMENTE TERIA DETERMINADO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COM APOIO EXCLUSIVO EM DELAÇÃO ANÔNIMA. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE FARTA DOCUMENTAÇÃO REVELADORA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIMES. INSTAURAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL PARA EFEITO DA VÁLIDA DECRETAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES AO PROCESSO PENAL. CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO PROCESSO DE HABEAS CORPUS. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." (RHC n. 126.420/RS AgR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 15/03/2017, grifei).

No que tange à suposta nulidade absoluta, configurada pela realização de prisão em flagrante, esta Corte, há muito, firmou o entendimento de que, "*Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito [...] Precedentes.*" (RHC 94.061/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/04/2018).

Saliente-se, ademais, que, tratando-se de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente, de natureza permanente, a ação se prolonga no tempo, de modo que, enquanto não cessada a permanência, haverá o estado de flagrância, o que possibilita a prisão, diga-se novamente, por qualquer do povo e sem mandado.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO,

IV, DA LEI 10.826/03. BUSCA DOMICILIAR E PESSOAL. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE NA EFETIVAÇÃO PRISÃO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DELITO PERMANENTE.

Tratando-se de tráfico ilícito de substância entorpecente, crime de natureza permanente, cuja consumação se prolonga no tempo, a busca domiciliar e pessoal que culminou com prisão do paciente, mantendo em depósito drogas e na posse de arma de fogo, não constitui prova ilícita, pois ficou evidenciada a figura do flagrante delito, o que, a teor do disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, autoriza o ingresso, ainda que sem mandado judicial, no domicílio alheio (Precedentes).

Habeas corpus denegado." (HC 126.556/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 01/02/2010, grifei)

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. PENA APLICADA: 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR GUARDA MUNICIPAL E CONSEQUENTE APREENSÃO DO OBJETO DO CRIME. PACIENTE PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. *Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8o. da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP.*

2. *A circunstância de ser o paciente portador de maus antecedentes, quando somada à reincidência, é suficiente para, apesar da pena total de 2 anos e 8 meses de reclusão, fixar-se o regime inicial fechado para seu cumprimento. Afastada a aplicação da Súmula 269/STJ. Precedentes.*

3. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 109.592/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 29/03/2010, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E

DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão.

4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita (Precedente).

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 286.546/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15/10/2015, grifei)

"HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE TER SIDO VÍTIMA DE TORTURA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se

conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexiste óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido." (HC 421.954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,, DJe 02/04/2018, grifei)

"PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. UM DOS RÉUS BENEFICIADO COM INDULTO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NULIDADE. ABORDAGEM REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. PACIENTES EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. LEGALIDADE DO ATO. INTELIGÊNCIA DO ART. 301 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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. É manifesta a ausência de interesse de agir em relação a um dos réus, em razão de ele ter sido beneficiado com o indulto, com fundamento no Decreto n. 8.615/2015, tendo sido julgada extinta sua punibilidade e expedido alvará de soltura em seu favor.

3. Hipótese na qual os réus foram abordados por Guardas Municipais que os avistaram saindo de um matagal, portando os objetos provenientes do furto que haviam acabado de praticar, ou seja, em estado de flagrância, razão pela qual foram conduzidos à delegacia.

4. O Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento no sentido de que não há óbice à ação dos guardas municipais em casos de flagrante delito, pois, consoante o disposto no art. 301 do CPP, 'qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito'. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 371.494/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 14/12/2017)

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFIRMAÇÃO DE PORTE DA DROGA PARA USO PESSOAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE REALIZADO POR GUARDAS MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 301 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR POR NARCOTRÁFICO. PACIENTE QUE ESTAVA EM CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME ABERTO QUANDO DA PRÁTICA DO PRESENTE DELITO. RISCO EFETIVO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO CORRÉU. PRETENDIDA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. NÃO COMPROVAÇÃO E IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, razão pela qual não há qualquer óbice à sua realização por guardas municipais. Precedentes.

4. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição antecipada está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do réu, revelada pelo seu histórico criminal.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido." (HC 357.725/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 12/05/2017)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AVENTADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE ABSOLUTA. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE. VERIFICADA.

HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).

2. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, embora seja socialmente reprovável, não conduz, obrigatoriamente, à medida socioeducativa de internação (Súmula n. 492 do STJ), ainda mais quando se trata da modalidade provisória, que somente pode ser decretada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, cujas hipóteses não foram expressadas como fundamento para a internação.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para cassar a internação provisória do paciente." (HC 365.283/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2016)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. ART. 301 DO CPP. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 301 do CPP, qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, razão pela qual não há falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 771.369/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 04/12/2017)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. NULIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer um do povo pode prender aquele que estiver em flagrante delito. O fato da prisão em flagrante do ora paciente ter

sido realizada por Guarda Municipal não revela ilegalidade.

[...]" (HC 394.112/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/08/2017)

Nesse sentido, autorizada a prisão em flagrante pela legislação e jurisprudência pátria, não há falar, no caso concreto, em situação ilegal pela **"inexistência" de denúncia anônima**, pela **inexistência dos respectivos mandados de prisão**, assim como dos de **busca e apreensão do material ilícito**, pois tanto a prisão quanto a apreensão das drogas e outros ilícitos são mera consequência lógica da situação de flagrância advinda da natureza permanente dos crimes em comento.

Ademais, importante reiterar a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático-probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do **habeas corpus** ou de seu recurso ordinário, que não admitem dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. CRIME DE AMEAÇA. CONTRAVENÇÕES DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE E DO TRABALHO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. 2. IMPOSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO EXAUSTIVA. 3. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 4. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA PRESERVADA. 5. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO VERIFICAÇÃO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA NARRADOS. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. MOMENTO NÃO APROPRIADO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 6. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]"

3. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do habeas corpus em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da

conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

4. Não há se falar em inépcia da inicial, haja vista os fatos se encontrarem devidamente narrados, em observância ao art. 41 do Código de Processo Penal. Com efeito, a recorrente teria, em tese, perturbado a tranquilidade da vítima, perturbando-a no trabalho e a ameaçando de forma velada, por e-mail, mensagens e telefonemas, fatos estes suficientes a subsidiar o início da ação penal. Dessarte, mister se faz que os fatos narrados sejam devidamente esclarecidos, durante a instrução probatória, momento apropriado para se obter a efetiva comprovação ou não da ocorrência dos fatos, da forma como narrados na inicial.

5. Da mesma forma, presente a justa causa, porquanto demonstrada a materialidade delitiva dos delitos imputados bem como os indícios de autoria, observando-se que as condutas descritas se mostram, em tese, típicas. **Dessarte, não é possível, na via eleita, aferir a veracidade ou não da narrativa, por se tratar de matéria probatória, cuja sede própria para exame é durante a instrução processual. De fato, não se tratando de alegação aferível de pronto, sem a necessidade de revolvimento de provas, seu exame revela-se incompatível com o rito sumário do mandamus.**

6. **Recurso em habeas corpus a que se nega provimento.**" (RHC n. 90.684/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 09/05/2018, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS EM DESFAVOR DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Em sede de habeas corpus e de recurso ordinário em habeas corpus somente deve ser obstada a ação penal se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a manifesta ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Na espécie, a vestibular narrou a conduta da recorrente, consignando que na qualidade de advogada da vítima, à época maior de 60 (sessenta) anos de idade e portadora

de grave doença degenerativa, sendo seu marido seu curador, apropriou-se, livre e conscientemente, do valor do precatório devido à ofendida, que até o momento não foi a ela repassado.

3. A análise da alegada ausência de provas em desfavor da ré, que não teria agido com dolo, demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via eleita. Precedentes.

4. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no reclamo, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam a interrupção prematura da persecução criminal por esta via, já que seria necessário o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

[...]

2. Recurso desprovido" (RHC n. 93.195/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 04/05/2018, grifei).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME TRIBUTÁRIO. DELITO SOCIETÁRIO. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS INDIVIDUALIZADAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO QUE RECEBEU A PEÇA ACUSATÓRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. DESNECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO EXAURIENTE. ALEGADAS NULIDADES. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 24. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, 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.

2. Se as instâncias ordinárias reconheceram, de forma motivada, que existem elementos de convicção a demonstrar a materialidade delitiva e autoria delitiva quanto à conduta descrita na peça acusatória, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.

[...]

9. *Recurso desprovido.*" (RHC n. 85.177/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/04/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. APREENSÃO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O TRÁFICO. INEXISTÊNCIA DE ÂNIMO ASSOCIATIVO PERMANENTE E ESTÁVEL. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *É imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico a apreensão de drogas. Precedentes desta Corte. Ressalva do ponto de vista da relatora.*

2. *O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta justa causa (ausência de permanência e estabilidade para o crime de associação criminosa), não relevada, primo oculi. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ.*

3. *Recurso ordinário parcialmente provido, apenas para trancar a ação penal no tocante ao crime de tráfico de drogas, estendendo os efeitos desse julgamento, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, aos demais denunciados.*" (RHC 86.506/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 13/11/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTOS. QUESTÃO NÃO DECIDIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTRABANDO NA REDAÇÃO ANTERIOR DO ART. 334 DO CÓDIGO PENAL E RECEPÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E TRANCAMENTO POR ATIPICIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES CONEXOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 122. SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO. APREENSÃO DO LIVRO RARO NAQUELE TERRITÓRIO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. *Não se conhece da alegação de falta de fundamentos no recebimento da denúncia, sob pena de supressão de instância, se não foi a questão decidida no acórdão recorrido.*

2. *Devidamente descritos os fatos delituosos (indícios de autoria e materialidade), não há falar em inépcia da denúncia.*

3. O habeas corpus não se apresenta como via adequada ao trancamento da ação penal, quando o pleito se baseia em falta de justa causa (atipicidade), não relevada, primo oculi. Intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via restrita do writ. [...]

5. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, não provido." (RHC 81.354/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 11/05/2018, grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 298, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

1. O trancamento do processo, no âmbito de habeas corpus, é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria (falta de justa causa), a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

2. O pretense reconhecimento de inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação penal - com fundamento na ausência de indícios de materialidade e autoria - demandaria o exame das provas eventualmente colhidas ao longo da instrução criminal, o que é inviável na via estreita da ação constitucional.

3. Recurso em habeas corpus não provido" (RHC n. 71.287/PA, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 28/11/2017, grifei).

Portanto, inviável o trancamento da ação penal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, com amparo no art. 34, XVIII, "b", do RISTJ.

P. I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**

Relator