



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2023.0000101453

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2304469-16.2022.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante Isabella Victória Feloni e Paciente Diego Stella.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente) E ALEXANDRE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2023.

TETSUZO NAMBA
Relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9556



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2304469-16.2022.8.26.0000

Comarca: Ribeirão Preto

Impetrante: doutora Isabella Victória Feloni

Paciente: Diego Stella

Ementa:

1-) "Habeas Corpus" impetrado em face de decisão que converteu a prisão preventiva do paciente em preventiva. Tráfico ilícito de entorpecentes.

2-) Não há violação de domicílio. Havia fundadas suspeitas e crime em andamento. No caso dos autos, policiais, munidos de mandado de busca e apreensão, diligenciaram a residência, tendo como investigados o paciente e seu genitor, pois, em tese estariam praticando atos de mercancia ilícita no município. No local, André, pai do paciente, franqueou a entrada no imóvel, localizaram quantidade considerável de cocaína "148 eppendorfs" e 3 porções de maconha, além de R\$ 795,00 em notas diversas.

3-) A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da presunção da inocência e, por essa razão, deve ser decretada por decisão fundamentada, que demonstre a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como, no mínimo, de um dos pressupostos do art. 312, do Código de Processo Penal.

4-) A r. decisão impugnada apresenta-se suficientemente motivada, pois ressaltou a necessidade da manutenção do encarceramento preventivo do paciente com base nas graves circunstâncias do caso concreto e nas suas condições pessoais, as quais revelaram a existência de risco concreto à ordem pública.

5-) Medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319) que se revelam inadequadas e insuficientes, *in casu*.

6-) Ordem denegada.

I - Relatório

Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado em benefício de **Diego Stella**, preso, desde 30.11.2022, em flagrante por suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

Sustenta-se que há nulidade das provas, frente a invasão de domicílio por parte dos policiais, diante da ausência de autorização judicial, pois, realizaram as buscas na residência de André Stella, pai do paciente, domicílio diverso de onde reside o paciente. Outrossim, questiona-se decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, sob o argumento de que ausente fundamentação adequada, pois amparada na gravidade abstrata do delito, bem assim que não se fazem presentes os pressupostos da medida extrema, previstos no artigo 312, "caput", do Código de Processo Penal, sobretudo se considerada a pequena quantidade de drogas apreendidas, trata-se de mero usuário de entorpecentes.

Requer, a revogação da prisão preventiva, subsidiariamente, mediante o cumprimento das medidas cautelares diversas da prisão. Bem como, que seja declarados nulos todos os atos ocorrido desde o procedimento inquisitivo.

O pleito de liminar foi indeferido (fls. 47/52) e as informações requisitadas juntadas aos autos (fls. 54/58).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 62/71).

II – Fundamentação

Não há nulidade decorrente da busca pessoal e domiciliar.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, estabelece que *"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"*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

Consoante reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, entendia-se que o ingresso de policiais em domicílio sem o consentimento do morador ou ordem judicial estaria autorizado, notadamente quando se constatava a ocorrência de delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo (art. 5º, inc. XI, segunda parte, da Constituição Federal, e art. 303 do Código de Processo Penal).

Entretanto, a fim de delimitar esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, sob a ótica de repercussão geral, no julgamento do RE nº 603.616/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou a tese no sentido 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”* (Tema 280).

Já o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.574.681/RS, definiu parâmetros para avaliar se a entrada forçada em domicílio é tolerável, por entender que a constatação posterior da situação de flagrância não justificaria a medida invasiva. No julgado, a Turma concluiu que, para legitimar-se o ingresso em domicílio alheio, deveria haver fundadas razões para acreditar, com lastro em circunstâncias objetivas, no atual ou iminente cometimento de crime no local onde a diligência vai ser cumprida e não simples desconfiança que culmine numa situação de flagrância por mero acaso. Essas balizas, é claro, somente são aplicáveis na hipótese de ausência de consentimento do morador para a entrada em seu domicílio.

Consta-se, no caso em apreço, policiais civis, militares e a guardas civis, em operação conjunta, munidos de mandado de busca e apreensão, diligenciaram a residência situada na rua Jundiaí, 187, tendo como investigados o paciente e seu genitor, pois, em tese estariam praticando atos de mercancia ilícita no município. No local, André, pai do paciente, franqueou a entrada no imóvel, tendo sido apreendido 148



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

"eppendorfs" contendo cocaína e 3 porções de maconha, além de R\$ 795,00 em notas diversas, André informou que pertenciam ao seu filho. Em continuação a diligência, os policiais dirigiram-se ao imóvel do paciente, que ficava na mesma rua, nº 120, foram atendidos por Diego, que admitiu ter deixado os entorpecentes na residência de seu pai. Em sua residência foram encontrados 3 "eppendorfs" contendo maconha e a quantia de R\$ 20,10 em moedas. Não há, assim, como negar que existiam fundadas suspeitas, foram realizadas diligências em cumprimento de mandado de busca e apreensão visando ao combate do tráfico de drogas, por esta razão, não se cogita de violação de domicílio.

A prisão, a revista pessoal e a diligência no imóvel foram feitas em conformidade com os ditames legais. O direito em análise não é absoluto, quando há flagrância, pode-se agir, caso contrário, outro tipo de violação poderia ocorrer, até mais grave.

Cumprе ressaltar, ainda, que a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que se exige necessária documentação e registro audiovisual, não incide na espécie, pois muito recente, dando novos contornos a entendimento diverso até então (*Habeas Corpus nº 598/051/SP* - 2020/0176244-0 - Relator Rogerio Schietti Cruz - J. 5.3.2021). E a nova interpretação tem período para ser implantada: *"Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal"*.

Por fim, em 2.12.2021, o Ministro Alexandre de Moraes, Supremo Tribunal Federal, anulou parte de decisão do Superior Tribunal de Justiça que impôs aos órgãos da segurança pública de todo o país a obrigação de registrar, em áudio e vídeo, o ingresso no domicílio de suspeito, com forma de comprovar o consentimento do morador (**RE 1342077**). Segundo o Ministro, ao estabelecer requisitos não previstos na



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

Constituição Federal sobre a inviolabilidade domiciliar (artigo 5º, inciso XI) e impor a obrigação a todos os órgãos de segurança pública do país, de modo a alcançar todos os cidadãos indistintamente, a Sexta Turma do STJ extrapolou sua competência jurisdicional. Ele explica que a natureza do habeas corpus não permite a sua utilização de forma abrangente e totalmente genérica.

Importante decisão do STF sobre ingresso em domicílio em caso de crime permanente - tráfico de drogas: "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. REITERAÇÃO PARCIAL DE IMPETRAÇÃO ANTERIOR. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. Parte do objeto deste writ já foi apreciado por esta Suprema Corte nos autos do HC 199.091/RJ. A orientação jurisprudencial desta Suprema Corte é no sentido de que não se conhece de habeas corpus cujo pedido se limita a reproduzir, sem inovação de fato e/ou de direito, os fundamentos de pedido anterior. Precedentes. 3. Inviável o exame de teses defensivas não analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 4. **A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado.** 5. Para acolher a tese defensiva e divergir das premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias anteriores sobre as circunstâncias do flagrante, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. 6. Agravo regimental conhecido e não provido (**RHC 213852 AgR** - Primeira Turma - Relator(a): Min^a. Rosa Weber - J. em 30.5.2022 - Processo Eletrônico DJe-106 Divulg. em 31.5.2022 - Public. 1.6.2022). Destacado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

No mais, é sabido que a prisão preventiva constitui medida excepcional no ordenamento jurídico e, por sua natureza - diversa da prisão decorrente de condenação judicial transitada em julgado -, não ofende o princípio constitucional da presunção do estado de inocência. Todavia, somente é admitida se amparada em decisão devidamente fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal) que demonstre a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem assim a ocorrência, ao menos, de uma das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Outrossim, *in casu*, a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva (fls. 43/45) está fundamentada, tendo evidenciado a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Destaca-se: "(...) O caso em cotejo envolve a prática de tráfico de drogas, delito doloso, grave e inafiançável (artigo 323, inciso II, do Código de Processo Penal), cuja pena privativa de liberdade máxima cominada à infração excede a quatro anos. ANDRÉ e DIEGO são reincidentes e ostentam maus antecedentes. Dessa forma, é evidente que os autuados se encontram voltados a prática de delitos, circunstância que, por si só, afasta a figura do tráfico privilegiado prevista no §4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos. É evidente, assim, que, uma vez em liberdade, certamente voltarão a delinquir. Aliás, não se verifica nos autos indicativos que comprovem ocupação lícita e regular. Em outras palavras, o perfil subjetivo de ambos revela que a ordem pública estará em incontestável perigo caso sejam soltos, pois não assimilaram minimamente a terapêutica penal, tornando a praticar crime de elevada gravidade" (...destaquei).

E, "(...) demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva, não há que se falar em ilegalidade da segregação cautelar em razão de deficiência na fundamentação (Precedentes)". (STJ - HC n. 63.237/SP – 5 T. – Rel. Min. Félix Fischer - j. 1.3.2007 - p. 9.4.2007).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

E, na esteira do que se adiantou por ocasião da apreciação do pleito liminar, com efeito, nada obstante não seja possível o exame aprofundado de fatos e provas nos estreitos limites do "habeas corpus", é possível vislumbrar, no caso em estudo, a existência de prova da materialidade e de indícios de autoria razoavelmente sérios em desfavor do paciente.

A par disso, ele **possui maus antecedentes, inclusive, pela prática do mesmo delito** (fls. 75/79 dos autos principais), circunstância que não pode ser simplesmente desconsiderada pois evidencia possibilidade real de recalcitrância criminosa.

Nesse sentido:

"1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Na espécie, a custódia cautelar foi mantida para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade concreta dos agentes, cujas folhas de antecedentes registram prática reiterada de delitos. 3. Recurso a que se nega provimento. (STJ - RHC nº 57.068/BA - T6 - Sexta Turma - Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura - J. 14.4.2015 - Dje. 23.4.2015). Grifei.

Some-se a isso que o comércio ilícito de droga traz graves problemas sociais, patente **risco que a sua liberdade representaria à ordem pública**. Não se mostra aconselhável, portanto, que retorne, por ora, ao convívio social.

Não bastasse, ele não comprovou o exercício de atividade lícita (fls. 16 - "desempregado"), **sendo assim, não tem vínculo com o distrito da culpa, pode facilmente deixá-lo para esquivar-se de ser identificado em audiência ou sofrer, se**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

o caso, algum sancionamento, isto é, pode evadir-se, com prejuízo da instrução e da aplicação da lei penal.

Por ser o tráfico equiparado a crime hediondo, estar ele inserido no meio criminoso, de pouca valia a primariedade e residência fixa, sendo o encarceramento necessário para garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

“1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal assentou que a gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública (HC n. 130708, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, Publicado em 6/4/2016). 4. Presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la. 5. Demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça, inviabilizando, também, a substituição da cautelar imposta pelas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. 6. Recurso ordinário em Habeas corpus não provido.” (STJ - RHC 113.391/MG – Quinta Turma - Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – J. 27.8.2019 - DJe 10.9.2019).

No mais, a presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Nada impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas (*HC nº 115623/SP* - São Paulo - 1ª T. do STF - Relª. Minª. Rosa Weber - J. 28.5.2013).

Destarte, havendo fundamentos concretos e jurisprudencialmente admitidos para justificar a custódia cautelar, incabível sua substituição por medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319 do Código de Processo Penal), as quais se revelam insuficientes para preservar a segurança e paz social.

É pertinente lembrar, ainda, que o *habeas corpus*, dado seu rito especial e sumaríssimo, não constitui a via adequada para o enfrentamento de temas relacionados ao mérito da ação penal, mesmo porque demandam exame minucioso de fatos e provas, razão pela qual deverão ser apreciados no momento oportuno, após regular instrução criminal e manifestação das partes.

Por fim, "in casu" não restou efetivamente comprovado que o paciente é o único responsável por cuidar, de fato, do filho menor de 12 anos.

Nesse sentido:

"(...) 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução nº 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de deficiente e não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou deficiente". (*HABEAS CORPUS*nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Criminal

165.704/ DF- Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Gilmar Mendes – J. 20.10.2020).

Dessa forma, não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser sanado.

III – Conclusão

Ante o exposto, vota-se pela denegação da ordem.

EDISON TETSUZO NAMBA

Relator.