



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 29.346 - RS (2010/0210119-8)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
RECORRENTE : GRADIMAR SILVA DA COSTA (PRESO)
ADVOGADO : MÁRCIO GARCIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA

CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HC. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. USO DE DOCUMENTO FALSO. RECEPÇÃO. FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO DELITO. PRESUNÇÕES ABSTRATAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

I. Não se aplica a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que obstrui a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em hipótese na qual o flagrante não foi homologado.

II. A prisão preventiva é medida excepcional que deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda e a ser cumprida quando da condenação.

III. O simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como presunções abstratas sobre a ameaça à saúde pública ou o estímulo a outras práticas delitivas, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 28 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Ministro GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 29.346 - RS (2010/0210119-8)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por GRADIMAR SILVA DA COSTA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e arts. 180 e 304, ambos do Código Penal. O juiz singular não homologou o flagrante pela falta de assistência de advogado, tendo decretado, na mesma ocasião, a prisão preventiva do paciente.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (fl. 70):

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NÃO HOMOLOGAÇÃO. DECRETAÇÃO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA. INVOCAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

No que tange à custódia e sua manutenção, não há dúvidas que encontram inequívoco apoio em sede dos elementos advindo aos autos originários.

Ademais, em recente pronunciamento o Supremo Tribunal Federal (HC 97.256) apreciou a constitucionalidade do art. 44 da Lei de Tóxicos, julgando inconstitucional tão-somente a vedação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, reafirmando, assim, a validade dos demais dispositivos do mencionado artigo.

E outro não poderia ser o entendimento, uma vez que é o texto constitucional que atribui ao tráfico de drogas, em razão de sua hediondez, a qualidade de inafiançável (art. 5º, inciso XLIII).

ORDEM DENEGADA."

No presente recurso ordinário, o recorrente afirma não estarem presentes os requisitos para a segregação cautelar, e pugna pela revogação da prisão preventiva.

Recurso admitido à fl. 89.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 103/111, opinou pelo provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 29.346 - RS (2010/0210119-8)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por GRADIMAR SILVA DA COSTA contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados no art. 33 da Lei nº 11.343/06 e arts. 180 e 304, ambos do Código Penal. O juiz singular não homologou o flagrante pela falta de assistência de advogado, tendo decretado, na mesma ocasião, a prisão preventiva do paciente.

Contra a decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, conforme acórdão de fls. 69/77.

No presente recurso ordinário, o recorrente afirma não estarem presentes os requisitos para a segregação cautelar, e pugna pela revogação da prisão preventiva.

Passo à análise da irresignação.

Extraí-se da decisão singular, que não homologou o flagrante e declarou a prisão preventiva do paciente, o seguinte (fls. 20/21):

"Preliminarmente registro que os (a) indiciados(a) não foi(ram) assistidos(a) por advogado, o que por si só torna nulo o presente auto de prisão em flagrante.

Neste sentido HC70005631205, por afronta ao disposto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Isto posto, deixo de homologar o presente auto de prisão em flagrante. Há indícios suficientes da autoria e materialidade.

Outrossim, deixo de relaxar a prisão, ou conceder liberdade provisória, neste momento, eis que há fortes indicativos de que se trata de delito de tráfico de substância entorpecente, materializado nos autos de apreensão e de constratação provisória da natureza da substância apreendida.

As circunstâncias em que ocorreu a prisão, 'prima facie', indicam a atividade ilícita de comércio de substância entorpecente.

Assim, a garantia da ordem pública (art. 312 do CPP) recomenda a segregação do(a) indiciado(a)s, posto que não se pode olvidar que a liberdade estar-se-á favorecendo a reiteração delituosa, tendo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista as disposições do art. 44 da Lei 11.343/2006.

Isso posto, forte no art. 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de GRADIMAR SILVA DA COSTA, qualificado neste expediente."

Já no acórdão que denegou a ordem originária, lê-se o seguinte (fls. 73/75):

"No que tange à razão de ser da custódia e sua manutenção, não há dúvidas de que é de ser reiterado o entendimento então aventado, porquanto a custódia de que está sendo alvo o ora paciente Gradimar encontra inequívoco apoio em sede dos elementos advindos dos autos originários.

Observa-se, pois, que houve prisão em flagrante, o qual deixou de contar com a respectiva homologação porque ao flagrado não fora ensejada a assistência de Advogado.

Inobstante, entendeu o Juízo a quo de decretar a custódia preventiva, enfatizando 'as circunstâncias em que ocorreu a prisão, 'prima facie', indicam a atividade ilícita de comércio de substância entorpecente'.

Esses dados estavam, inequivocamente, já estampados nas peças advindas da Delegacia de Polícia.

Tanto que quando do indeferimento da revogação de tal segregação (fls. 22, verso e 23), o Juízo de origem a eles aludiu novamente, destacando-se, ora, que consistem no tipo e quantidade de droga (99,87g de cocaína) objeto da apreensão, bem como no que tange à expressiva importância de dinheiro também encontrada na ocasião (R\$ 545,00 em moeda corrente), estão o então flagrado saindo de local conhecido como ponto de tráfico.

Os pontos destacados pelo ilustre Desembargador Plantonista se situam no mesmo patamar (uso de documento falso e automóvel com sinais de remarcação de chassi).

Não bastasse a gravidade do crime em comento, que afeta diretamente a saúde pública e estimula a prática de outras espécies delitivas, o caso concreto demonstra a necessidade da prisão cautelar para o resguardo da ordem pública (art. 312 do CPP) também em função da quantidade e da espécie de entorpecente apreendido.

Destaca-se, pois, a apreensão de 02 pacotes de cocaína (pesando aproximadamente 99,87 gramas), dois telefones celulares com chip, além de considerável quantia de dinheiro (R\$ 130 e R\$ 415,00).

Ademais, em recente pronunciamento o Supremo Tribunal Federal (HC 97.256) apreciou a constitucionalidade do art. 44 da Lei de Tóxicos, julgando inconstitucional tão-somente a vedação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, reafirmando, assim, a validade dos demais dispositivos do mencionado artigo.

E outro não poderia ser o entendimento, uma vez que é o texto constitucional que atribui ao tráfico de drogas, em razão de sua hediondez, a qualidade de inafiançável (art. 5º, inciso XLIII).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há, pois, o alegado constrangimento ilegal quanto ao caso em tela."

Inicialmente, é de se ressaltar que a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, que obstrui a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes não se aplica ao presente caso, uma vez que o flagrante não foi homologado. Com isso, a segregação do paciente decorre da prisão preventiva decretada na mesma ocasião, e não do flagrante, não havendo, portanto, discussão sobre a liberdade provisória. Neste sentido, confira-se o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

I - Esta Corte firmou orientação de que afigura-se legítima a proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06.

II - Contudo, no presente caso, embora o recorrido tenha sido detido nesta situação, o respectivo auto de prisão em flagrante deixou de ser homologado pela autoridade judiciária que, de imediato, decretou-lhe a prisão preventiva.

III - Assim, incide à espécie o Enunciado da Súmula 284 do STF, pois o recorrente limitou-se a apontar violado o dispositivo que veda a concessão de liberdade provisória, quando o caso, na verdade, trata de revogação de prisão preventiva, regulado no art. 312 do CPP. Recurso especial não conhecido." (REsp 1155941 / RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 04/10/2010).

Já em relação à prisão preventiva, trata-se de medida excepcional que deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda e a ser cumprida quando da condenação.

Sendo assim, cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos consignados na Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos, sendo que razões outras, desprovidas de cunho acautelatório, não podem ser utilizadas para a imposição da medida constritiva.

Com efeito, o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como presunções abstratas sobre a ameaça à saúde pública ou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estímulo a outras práticas delitivas, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

De outro lado, a simples menção aos requisitos legais da segregação também não se presta a embasar a custódia cautelar.

Trago à colação o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. ART. 157 § 3º E ART. 288, AMBOS DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. CONFIGURAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória –, são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

2. A prisão preventiva teve por fundamento a gravidade abstrata do crime cometido e o elevado número de pessoas que praticaram o ato delituoso. Tal referência genérica, dissociada de fatos efetivamente demonstrados, não basta para justificar o decreto de segregação provisória, razão pela qual não há, no caso, justificativa idônea para a manutenção da custódia.

3. O paciente encontra-se preso temporariamente há mais de 2 (dois) anos e ainda não foi encerrada a instrução criminal. Nesse contexto, levando em consideração que a defesa não deu causa à noticiada demora processual, inarredável o reconhecimento do excesso de prazo, por mais subjetivo e elástico que seja o conceito de razoabilidade.

4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente".

(HC 122071/CE, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 09/08/2010).

Sobressai, por consectário, a ausência de motivação idônea do decreto prisional, bem como do acórdão mantenedor da segregação cautelar, pois a custódia deve ser fundada em fatos concretos indicadores da sua real necessidade, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional prolatado para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, sem prejuízo de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Diante do exposto, dou provimento ao presente recurso ordinário.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0210119-8

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 29.346 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 70038632089

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GRADIMAR SILVA DA COSTA (PRESO)

ADVOGADO : MÁRCIO GARCIA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.