



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.284 - SP (2013/0222362-8)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
RECORRENTE : GABRIEL AUGUSTO XISTO DE SOUZA (PRESO)
RECORRENTE : ADRIANA ALVES DE JESUS (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS** 1. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DE ADVOGADO. COMUNICAÇÃO AO JUIZ. IRREGULARIDADES. 2. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. NÃO CABIMENTO. 4. RECURSO IMPROVIDO.

1. As alegações relativas à ausência de advogado para prestar a assistência aos pacientes e ao descumprimento do prazo de comunicação do flagrante ao juiz, estabelecido no § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal, estão superadas pela superveniente decisão decretando a prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do Código de ritos.

2. A manutenção da prisão preventiva justifica-se para resguardar a ordem pública, em razão da inequívoca periculosidade dos agentes que, presos em flagrante, não demonstraram ter ocupação lícita e regular, bem ainda qualquer vínculo com o distrito da culpa. Além disso, a quantidade e variedade de drogas apreendidas – 47 (quarenta e sete) porções de cocaína e 23 (vinte e três) pedras de crack – reforçam a necessidade da medida extrema.

3. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia preventiva, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual são inaplicáveis ao caso em análise.

4. Recurso ordinário em **habeas corpus** a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.284 - SP (2013/0222362-8)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por Gabriel Augusto Xisto de Souza e Adriana Alves de Jesus contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que os recorrentes foram presos em flagrante, no dia 18/3/2013, pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/2006. O Magistrado processante homologou o flagrante e converteu as prisões em preventivas, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal (fl. 48/51).

A defesa impetrou **habeas corpus** na Corte estadual alegando falta de fundamentação na decisão que converteu as prisões em flagrante em preventivas, assim como a ausência dos requisitos legais. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem e o acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 58):

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - LIBERDADE PROVISÓRIA PLEITEADA - ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA E AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR - INOCORRÊNCIA - DECISÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E DEMAIS ELEMENTOS QUE INDICAM, POR ORA, A NECESSIDADE DA PRISÃO - ORDEM DENEGADA.

No presente recurso, a defesa sustenta haver nulidade nos autos de prisão dos pacientes, tendo em vista a ausência de defensor no momento da lavratura do flagrante, bem ainda por não terem sido apresentados imediatamente ao juiz – formalidade tida por essencial –, cujo descumprimento ensejaria o relaxamento da medida.

Aponta carência de motivação idônea da decisão de primeiro grau confirmada pelo Tribunal de origem, notadamente porque não demonstra concretamente os requisitos legais autorizadores da prisão cautelar. Alega que as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias apontam apenas "presunção de que os autores praticaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficância" (fl. 88).

Assegura, ainda, haver violação ao princípio da proporcionalidade ao argumento de que "não pode a segregação cautelar ser mais grave do que a pena que, ao final de um eventual processo, vá ser imposta" (fl. 103).

Por fim, entende ser cabível a aplicação de medidas cautelares substitutivas à prisão, consoante dispõe o art. 319 do Código de Processo Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, para "reconhecer (1) a necessidade de relaxamento do flagrante ilegal; ou (2) a imperativa revogação da injustificada prisão preventiva; e, ainda, subsidiariamente, (3) a imposição de medida cautelar diversa da prisão, preferencialmente o comparecimento periódico em juízo" (fl. 108).

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 153.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso ordinário (fls. 161/163).

Por intermédio da petição de fls. 167/168 a defesa pede a reconsideração da decisão que indeferiu o pleito urgente, destacando que os réus são primários e declararam ter residência fixa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.284 - SP (2013/0222362-8)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Os recorrentes alegam, inicialmente, nulidade do auto de lavratura do flagrante, por descumprimento da garantia constitucional de receber assistência de um advogado, motivo que enseja o relaxamento da prisão.

Nos termos do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Consta do documento de fl. 23 que a Autoridade Policial deliberou

"[...] por ratificar a voz de prisão dada pelo condutor e após cientificar o preso quanto aos seus direitos individuais previsto no artigo 5º da Constituição Federal (em especial de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, de não ser identificado criminalmente senão nas hipóteses legais, de ter respeitadas suas integridades físicas e moral, de manter-se em silêncio e/ou declinar informações que reputar úteis à sua autodefesa, de conhecer a identidade do autor de sua prisão e, se admitida, prestar fiança e livrar-se solto) determinou a lavratura" do auto de prisão em flagrante.

Consta ainda, que os recorrentes, após serem orientados de seus direitos constitucionais, antes dos interrogatórios, decidiram permanecer em silêncio e manifestarem-se somente em juízo (fls. 29 e 34).

Ao analisar a questão, o Tribunal impetrado consignou "que a Constituição Federal exige que o preso seja informado que tem esse direito, o que foi feito pela autoridade policial como se observa da lavratura dos autos de prisão" (fls. 62/63).

Com efeito, "a documentação do flagrante prescinde da presença do defensor técnico do conduzido, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos constitucionais do preso de ser assistido, comunicando-se com a família e com profissional da advocacia, e de permanecer calado." (STF. HC n. 102.732, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, julgamento em 4/3/2010, Plenário, DJE de 7/5/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, "Tratando-se de ato de natureza inquisitorial, não constitui formalidade essencial à validade do auto de prisão em flagrante a presença do advogado dos réus durante o interrogatório, impondo-se tão somente que se observem as regras pertinentes ao interrogatório judicial, inscritas nos arts. 185/195, do CPP" (HC 9.740/RS, Relator o Ministro Vicente Leal, DJ 14/2/2000).

Não existe, no ponto, o alegado constrangimento ilegal.

Quanto à demora na comunicação do flagrante ao juiz, verifica-se que a defesa não juntou documentação suficiente para aferir se entre a data da comunicação da custódia à autoridade judiciária e o dia em que efetivamente ocorreu a sua segregação transcorreu prazo superior ao estabelecido no § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal.

Sobre o assunto, o Tribunal impetrado consignou apenas que eventual demora na comunicação do flagrante ao juiz não tem o condão de nulificar o processo, por constituir mera irregularidade, sobretudo quando se trata de pequeno atraso, tido por razoável, como consignado no acórdão impugnado (fl. 63), entendimento que deve prevalecer, porque está em consonância com os precedentes desta Corte:

A - PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. COMUNICAÇÃO TARDIA. MERA IRREGULARIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

I - Na linha de precedentes desta Corte, não há que se falar em vício formal na lavratura do auto de prisão em flagrante se sua comunicação, mesmo tendo ocorrida a destempe da regra prevista no art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, foi feita em lapso temporal que está dentro dos limites da razoabilidade (precedentes).

II - Trata-se de recorrente preso em flagrante regular, posto que levava consigo cerca de três quilos de cocaína, quando preparava-se para embarcar para Fortaleza, de onde, posteriormente embarcaria para Portugal. Preso em 29.08.2008, sua prisão foi notificada à defensoria pública em 02.09.2008. Desse modo, em razão da regularidade da prisão em flagrante, entendo que o atraso na comunicação do órgão de defesa constitui-se em mera irregularidade que não tem o condão de ensejar o relaxamento de sua segregação. Ademais, não logrou a defesa a demonstração de prejuízo concreto para o recorrente que pudesse macular o auto de prisão em flagrante. Recurso ordinário desprovido.

(RHC n. 25.633/SP, Relator o Ministro **Felix Fischer**, DJe 14/09/2009)

B - PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. DEMORA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO AO JUIZ. REGULARIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HOMOLOGAÇÃO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE.
FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA.
FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PÚBLICA.

I – A demora na comunicação à autoridade judiciária competente da prisão em flagrante do paciente não acarreta, por si só, nulidade no auto de prisão. (Precedentes). Ademais, na espécie, tão logo confeccionado o auto de prisão em flagrante, foi a prisão comunicada a autoridade competente, tendo sido, inclusive, realizado, nesse mesmo dia, pedido de liberdade provisória o que evidencia celeridade no procedimento.

II – A homologação do auto de prisão em flagrante, mera formalidade legal, não exige fundamentação, salvo para relaxar a prisão. (Precedentes).

III – Resta devidamente fundamentada a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, em virtude da reiterada atividade delitiva, que demonstra a possibilidade de prática de novos delitos. (Precedentes).

Writ denegado.

(HC n. 72391/RS, Relator o Ministro **Felix Fischer**, DJ 10/09/2007)

No mais, entendo que as alegações relativas à ausência de advogado para prestar a assistência aos pacientes e de descumprimento do prazo de comunicação do flagrante ao juiz, estabelecido no § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal estão superadas com superveniente decisão do juiz, ao homologar o flagrante e decretar a prisão preventiva, cujos fundamentos serão analisados na sequência.

A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, o que não ocorre na hipótese dos autos.

Ressalte-se que o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça era, efetivamente, no sentido de que o óbice legal previsto no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 seria suficiente para a manutenção da prisão cautelar, uma vez que a impossibilidade trazida pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLIII, de concessão de fiança aos crimes hediondos e equiparados autorizava o indeferimento do benefício de liberdade provisória.

Em síntese, tratando-se de crime equiparado a hediondo, previsto na Lei n.º 11.343/2006, a prisão cautelar era a regra, sem nenhuma nuance de ilegalidade, regra que poderia ser afastada excepcionalmente pelo julgador, no caso concreto, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciada situação de desnecessidade da medida extrema.

Entretanto, em recente julgamento – **Habeas Corpus** n.º 104.339, Relator o Ministro Gilmar Mendes, sessão de 10 de maio de 2012 –, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes. Na oportunidade, entendeu o Ministro Relator que a mencionada norma, ao afastar a liberdade provisória de forma genérica, retirava do magistrado a possibilidade de, no caso concreto, "analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais".

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, devem ser observados para a manutenção da prisão cautelar nos crimes de tráfico, os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal.

No caso, o Magistrado de primeiro grau homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva do paciente, apontando a seguinte fundamentação (fl. 49):

Há indícios de que os acusados, em conluio, praticavam o tráfico de entorpecentes no local, pois que, segundo relato dos policiais, após realização de campana, puderam observar o acusado entregar uma sacola à indiciada que, ao tentar repassar para um possível usuário mediante o recebimento de dinheiro, acabou sendo abordada por policiais. Após revista, no interior da sacola que estava em seu poder foram encontradas 47 porções de cocaína e 23 pedras de crack.

O Tribunal impetrado, por sua vez, denegou a ordem originária, aduzindo para tanto os seguintes motivos (fl. 76):

Ressalto que a Magistrada, ao manter a custódia preventiva, consignou a necessidade da segregação para resguardar a ordem pública, posto que os acusados praticavam o crime de narcotráfico em local público. Ademais, não demonstraram vínculo com o distrito da culpa, especialmente ocupação lícita, de modo que poderão frustrar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, concluindo pela presença dos requisitos e necessidade da prisão cautelar (fls. 48/51).

Assim, maior cautela é necessária na concessão de qualquer benefício para os ora pacientes, em face da potencial periculosidade por eles demonstrada.

Portanto, a manutenção dos acusados no cárcere é acertada; os requisitos da prisão preventiva estão presentes e a segregação significa a salvaguarda da ordem pública, razão pela qual não há se falar, neste momento, em liberdade provisória.

Como se vê, o Tribunal impetrado apresentou fundamentação concreta para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a manutenção da prisão cautelar dos recorrentes, ressaltando que os indiciados, presos em flagrante, não demonstraram ter ocupação lícita e regular, bem como qualquer vínculo com o distrito da culpa. Fez referência, ainda, à quantidade e variedade de drogas apreendidas – 47 (quarenta e sete) porções de cocaína e 23 (vinte e três) pedras de crack –, motivos que justificam a manutenção da medida extrema para assegurar a garantia da ordem pública.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PACIENTE REINCENTE E COM DIVERSAS PASSAGENS DELITIVAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

[...]

4. Justifica-se a constrição cautelar para assegurar a ordem pública quando a paciente é acusada, com base em sua FAC, de estar a serviço do comércio ilícito de entorpecentes, tudo a revelar a presença de periculosidade social justificadora da segregação cautelar.

5. A quantidade de droga constitui elemento fático determinante na avaliação da necessidade da prisão cautelar, notadamente para assegurar a ordem pública, como na espécie, em que foram apreendidos em poder da paciente 22 invólucros contendo aproximadamente 7,20 g de cocaína, e 1 invólucro contendo 015 g de crack, o que se mostra suficiente, por si só, para justificar a custódia antecipada.

6. Impetração não conhecida.

(HC n. 249.782/MG, Relator o Ministro **Og Fernandes**, DJe 01/07/2013)

B - HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 14.09.10. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. NORMA ESPECIAL. LEI 11.343/06. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ART. 5º., XLIII DA CF/88. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUALIDADE DA DROGA (265 GRAMAS DE MACONHA). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

[...].

3. Ademais, no caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública, tendo em vista a qualidade do entorpecente apreendido (265 gramas de maconha).

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC n. 187.584/RS, Relator Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 12/05/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se que a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias, a fim de justificar a segregação preventiva, deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada.

Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

Por fim, estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia preventiva, a bem do resguardo da ordem pública e da instrução criminal, conforme visto acima, e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime de tráfico de drogas, razão pela qual são inaplicáveis ao caso em análise.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0222362-8

RHC 39.284 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00249800720138260050 00710434620138260000

EM MESA

JULGADO: 19/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GABRIEL AUGUSTO XISTO DE SOUZA (PRESO)
RECORRENTE : ADRIANA ALVES DE JESUS (PRESA)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.