HABEAS CORPUS Nº 502.400 - RS (2019/0094886-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	CROACI ALVES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS	:	CROACI ALVES DA SILVA - RS074981 DENILSON BORGES PEREIRA - RS110484
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MARCIO VINICIUS DA SILVA AGUIAR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIO VINICIUS DA SILVA AGUIAR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que denegou ordem impetrada no HC n.º 0048774-90.2019.8.21.7000.

Consta nos autos que o Paciente e outro acusado foram autuados em flagrante, no dia 19/12/2018, pela suposta prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte de arma de fogo, por trazerem consigo 21 (vinte e uma) porções de cocaína, com peso aproximado de 9 (nove) gramas; 29 (vinte e nove) pedras semelhantes a *crack*, com peso aproximado de 5 (cinco) gramas; 7 (sete) porções de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44 (quarenta e quatro) gramas; 1 (uma) arma de fogo, tipo revólver, marca Rossi, com numeração de identificação raspada, calibre .38, e 5 (cinco) cartuchos.

Homologado o flagrante, o Magistrado singular, no mesmo ato, converteu a custódia em preventiva, considerando a diversidade de entorpecentes apreendidos e o histórico criminal dos Investigados.

O Ministério Público ofereceu denúncia, imputando ao Paciente e ao outro acusado a prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c.c. o art. 40, inciso IV, todos da Lei n.º 11.343/2006 e 16, *caput* e inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

Indeferido o pedido de revogação da custódia preventiva, a Defesa impetrou prévio *writ* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denegou a ordem, por meio de acórdão assim ementado (fls. 34-39):

> "HABEAS CORPUS. *DELITO DE TÓXICOS (ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06), DENTRE OUTROS.*

Extrai-se dos documentos digitalizados que o paciente e o acusado A.K. foram autuados em flagrante, na data de 19DEZ2018, pela suposta prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte de arma de fogo com numeração raspada.

Homologado o flagrante, o digno Magistrado, no mesmo ato, converteu a segregação em prisão preventiva, tendo destacado, para tanto, a diversidade dos entorpecentes apreendidos, assim como o histórico criminal dos investigados.

Concluído o inquérito policial e remetidos os autos ao Poder Judiciário, o Ministério Público ofereceu a denúncia, tendo imputado aos acusados o cometimento dos delitos tipificados nos artigos 33, caput, *e 35, caput, combinados com o artigo 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/06 e artigo 16,* caput, *e inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69,* caput, *do Código Penal.*

A inicial acusatória foi recebida em 11JAN2019.

Notificados, os acusados apresentaram resposta à acusação, cumulada com pedido de revogação da prisão preventiva. Não sendo caso de absolvição sumária ou de rejeição da denúncia, foi mantido o seu recebimento, com designação de data para a realização da audiência de instrução. Outrossim, foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva imposta aos acusados.

Por primeiro ater-me-ei à alegada invalidade do auto de prisão em flagrante.

Quanto ao ponto, entendo que não padece de nulidade o auto de prisão em flagrante quando o conduzido é informado do direito ao silêncio e à assistência da família e de um advogado, conforme o disposto no art. 5º, LXIII, da CRFB.

Deve a autoridade policial, isto sim, na eventualidade do conduzido não indicar advogado, remeter, no prazo de 24h, cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, consoante exegese do artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal, in verbis :

(...) Na espécie, há nos autos certidão datada de 19DEZ2018 (mesma data da prisão em flagrante), na qual consta que seria encaminhada cópia do APF à Defensoria Pública, visto que o paciente não havia indicado defensor. Nada há nos autos que indique que tal providência não tenha sido realizada, razão pela qual não identifico, de plano, a ilegalidade apontada pelo impetrante.

De mais a mais, consoante já deixou assentado o Superior Tribunal de Justiça, 'eventual vício no auto de prisão em flagrante fica superado com a superveniência de decisão que converte a custódia em preventiva, em virtude da presença dos requisitos ínsitos no art. 312 do CPP' *(RHC 68.085/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 19/4/2016).*

Quanto à imprescindibilidade da segregação cautelar, destaco, inicialmente, que a admissibilidade da prisão preventiva somente ocorre em face da prática dos delitos e nas circunstâncias elencadas no artigo 313 do Código de Processo Penal (I - crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; II - condenação por outro

crime doloso, com sentença transitada em julgado; e, III - pela prática de delitos com violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência).

No caso dos autos, os pressupostos mencionados para a aplicação da medida extrema estão presentes, eis que as reprimendas previstas nos preceitos secundários dos delitos imputados ao paciente (artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, caput*, e inciso IV, da Lei nº 10.826/03) superam o patamar de 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (artigo 313, inciso I, do Código Penal).*

Por sua vez, o artigo 312, do Código de Processo Penal assim prescreve: 'a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria'.

Nos termos da legislação vigente, a primeira exigência para a decretação da prisão preventiva é a presença do fummus commissi delicti. *Nessa senda, os elementos contidos no auto de prisão em flagrante, demonstram estes aspectos: prova da materialidade e indícios de autoria.*

Com efeito, consta dos autos que foram apreendidos 05 cartuchos calibre .38, 01 revólver Rossi, cal. 38, com numeração raspada, 21 porções de cocaína, com peso aproximado de 9g, 29 pedras semelhantes à crack, com peso aproximado de 5g e 7 porções e 01 maior de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44g. Outrossim, segundo o registrado no boletim de ocorrência, os policiais militares, em patrulhamento de rotina, em local já conhecido pelo comércio ilícito de drogas, notaram movimentações suspeitas dos acusados.

Verificando a aproximação dos agentes públicos, o paciente teria empreendido fuga e, na tentativa de se desfazer da droga que trazia consigo, dispensou um saco plástico contendo as drogas descritas no auto de apreensão. Na posse do acusado Alexsandro, por sua vez, os policiais encontraram uma arma de fogo, com numeração raspada e 05 cartuchos .38.

Lembro, então, que para a decretação da prisão preventiva, a teor do artigo 312 do CPP, não se exige que haja provas sólidas e conclusivas acerca da autoria delitiva (a qual é reservada à condenação criminal), mas apenas indícios suficientes de autoria, o que, na espécie, estão presentes.

Outrossim, cabe ressaltar, que a alegação de que se tratou de 'flagrante forjado', com enxerto de drogas pelos policiais, demandaria incursão na seara fático-probatória, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

Quanto ao periculum libertatis*, nota-se que a medida extrema se mostra necessária, especialmente para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade social do agente, revelada pela variedade dos entorpecentes apreendidos – maconha, cocaína e* crack *- , pela*

nocividade de dois dos estupefacientes encontrados – cocaína e crack *–, pela relativa quantidade apreendida - 21 porções de cocaína, com peso aproximado de 9g, 29 pedras semelhantes à* crack*, com peso aproximado de 5g e 7 porções e 01 maior de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44g – e pela suposta reiteração criminosa do paciente, que já apresenta condenação transitada em julgado pelo delito de homicídio, na forma tentada.*

Tais circunstâncias, por certo, quando analisadas em conjunto, demonstram um maior desvalor na conduta em tese perpetrada, bem como uma periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

Noutro ponto, este órgão fracionário possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautelar, nem atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por fim, estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, não é cabível a aplicação das medidas alternativas à prisão, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Ausência de constrangimento ilegal.

ORDEM DENEGADA."

No presente *habeas corpus*, a Defesa reitera a argumentação originária de nulidade do auto de prisão em flagrante, por ausência de advogado no momento de sua lavratura.

Tece considerações acerca da tese de negativa de autoria e refere a ocorrência de tortura por parte dos policiais, que teriam forjado o flagrante.

Aponta a falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e a ausência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão de liberdade provisória ao Paciente, diante da nulidade do auto de prisão em flagrante, lavrado sem a presença de advogado, e da ausência dos pressupostos ensejadores da custódia preventiva, com a imposição de medidas alternativas à prisão.

É o relatório inicial.

Passo a apreciar o pedido de provimento urgente.

A concessão da tutela de emergência, em juízo de cognição sumária e singular, exige a demonstração concomitante, e em grau bastante satisfatório, da

plausibilidade do direito arguido e do perigo na demora. Todavia, ao menos por ora, não se mostram presentes os pressupostos autorizadores da medida urgente requerida no caso em apreço.

No tocante à apontada nulidade do auto de prisão em flagrante, assim se manifestou a Corte *a quo* (fls. 45-46; sem grifos no original.):

> "*Por primeiro ater-me-ei à alegada invalidade do auto de prisão em flagrante.*
>
> *Quanto ao ponto, entendo que não padece de nulidade o auto de prisão em flagrante quando o conduzido é informado do direito ao silêncio e à assistência da família e de um advogado, conforme o disposto no art. 5º, LXIII, da CRFB. Deve a autoridade policial, isto sim, na eventualidade do conduzido não indicar advogado, remeter, no prazo de 24h, cópia integral do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública, consoante exegese do artigo 306, § 1.º, do Código de Processo Penal, in verbis :*
>
> > 'Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
> >
> > §1.º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
> >
> > § 2.º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas'
>
> ***Na espécie, há nos autos certidão datada de 19DEZ2018 (mesma data da prisão em flagrante), na qual consta que seria encaminhada cópia do APF à Defensoria Pública, visto que o paciente não havia indicado defensor. Nada há nos autos que indique que tal providência não tenha sido realizada, razão pela qual não identifico, de plano, a ilegalidade apontada pelo impetrante.***
>
> ***De mais a mais, consoante já deixou assentado o Superior Tribunal de Justiça,*** **'eventual vício no auto de prisão em flagrante fica superado com a superveniência de decisão que converte a custódia em preventiva, em virtude da presença dos requisitos ínsitos no art. 312 do CPP'** *(RHC 68.085/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 19/4/2016).*"

No que tange à apontada nulidade do flagrante, da leitura do acórdão combatido, verifica-se, ao menos em um juízo de cognição sumária, que este vai ao encontro da jurisprudência desta Corte, de que "*com a decretação da preventiva, fica superada a alegação da existência de irregularidades no flagrante, tendo em vista a*

superveniência de novo título apto a justificar a segregação" (RHC 91.748/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe de 20/06/2018.).

Com relação à alegada ausência de fundamentos idôneos para a decretação da prisão preventiva, haja vista a ausência de juntada aos autos da cópia da decisão que homologou o flagrante e o converteu em prisão preventiva, transcrevo o seguinte trecho do acórdão *a quo* (fls. 47-50; sem grifos no original):

> *"No caso dos autos, os pressupostos mencionados para a aplicação da medida extrema estão presentes, eis que as reprimendas previstas nos preceitos secundários dos delitos imputados ao paciente (artigos 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 e artigo 16,* caput*, e inciso IV, da Lei nº 10.826/03) superam o patamar de 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade (artigo 313, inciso I, do Código Penal).*
>
> *Por sua vez, o artigo 312, do Código de Processo Penal assim prescreve:* 'a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indicio suficiente de autoria'.
>
> *Nos termos da legislação vigente, a primeira exigência para a decretação da prisão preventiva é a presença do* fummus commissi delicti.
>
> *Nessa senda, os elementos contidos no auto de prisão em flagrante, demonstram estes aspectos: prova da materialidade e indícios de autoria.*
>
> ***Com efeito, consta dos autos que foram apreendidos 05 cartuchos calibre .38, 01 revólver Rossi, cal. 38, com numeração raspada, 21 porções de cocaína, com peso aproximado de 9g, 29 pedras semelhantes à crack, com peso aproximado de 5g e 7 porções e 01 maior de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44g. Outrossim, segundo o registrado no boletim de ocorrência, os policiais militares, em patrulhamento de rotina, em local já conhecido pelo comércio ilícito de drogas, notaram movimentações suspeitas dos acusados. Verificando a aproximação dos agentes públicos, o paciente teria empreendido fuga e, na tentativa de se desfazer da droga que trazia consigo, dispensou um saco plástico contendo as drogas descritas no auto de apreensão.***
>
> *Na posse do acusado Alexsandro, por sua vez, os policiais encontraram uma arma de fogo, com numeração raspada e 05 cartuchos .38.*
>
> *Lembro, então, que para a decretação da prisão preventiva, a teor do artigo 312 do CPP, não se exige que haja provas sólidas e conclusivas acerca da autoria delitiva (a qual é reservada à condenação criminal), mas apenas indícios suficientes de autoria, o que, na espécie, estão presentes. Outrossim, cabe ressaltar, que a alegação de que se*

tratou de "flagrante forjado", com enxerto de drogas pelos policiais, demandaria incursão na seara fático-probatória, o que é inviável na via estreita do habeas corpus .

Quanto ao* periculum libertatis*, nota-se que a medida extrema se mostra necessária, especialmente para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade social do agente, revelada pela variedade dos entorpecentes apreendidos – maconha, cocaína e crack - , pela nocividade de dois dos estupefacientes encontrados – cocaína e crack –, pela relativa quantidade apreendida - 21 porções de cocaína, com peso aproximado de 9g, 29 pedras semelhantes à crack, com peso aproximado de 5g e 7 porções e 01 maior de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44g – e pela suposta reiteração criminosa do paciente, que já apresenta condenação transitada em julgado pelo delito de homicídio, na forma tentada.

Tais circunstâncias, por certo, quando analisadas em conjunto, demonstram um maior desvalor na conduta em tese perpetrada, bem como uma periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

Noutro ponto, este órgão fracionário possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, por si só, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautelar, nem atenta contra o princípio constitucional da presunção de inocência. Confira-se:

[...]

Por fim, estando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, não é cabível a aplicação das medidas alternativas à prisão, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal."

Como se vê, os fundamentos do aresto impugnado não se mostram, em princípio, desarrazoados, mormente quando destaca a concreta gravidade do delito a fim de justificar a medida extrema para a garantia da ordem pública, considerando a variedade de drogas apreendidas e a nocividade de duas delas: 21 (vinte e uma) porções de cocaína, com peso aproximado de 9 (nove) gramas; 29 (vinte e nove) pedras semelhantes a *crack*, com peso aproximado de 5 (cinco) gramas e 7 (sete) porções de substância semelhante à maconha, totalizando aproximadamente 44 (quarenta e quatro) gramas.

A custódia cautelar encontra-se fundamentada também pelo risco concreto de reiteração delitiva, tendo em vista que foi consignado que o Paciente já possui condenação transitada em julgado pelo delito de homicídio tentado.

Nesses termos, esta Corte pacificou o entendimento de que a reiteração de

condutas criminosas, evidenciando inclinação à prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública. A propósito: RHC 94.000/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Relator para Acórdão Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 29/06/2018.

De igual modo, a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que "***a** periculosidade do agente e a **fundada probabilidade de reiteração criminosa** constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva*" (HC 150.906 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/04/2018, sem grifos no original).

Quanto ao argumento de que não ficou evidenciada a autoria delitiva, a análise mais profunda acerca da irresignação em comento demandaria, necessariamente, um exame acurado das provas, incabível na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

> "[...]
> *1. No procedimento do* habeas corpus *não se permite a produção de provas, destinando-se ao exame de ilegalidades aferíveis de plano, assim não se tornando possível o pretendido enfrentamento de provas da materialidade e autoria delitiva.*
> [...]
> *3.* Habeas corpus *denegado.*" (HC 444.142/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018.)

> "[...]
> *2. O exame da suposta ausência de indícios suficientes da autoria delitiva demandaria ampla dilação probatória, o que é vedado na via estreita do* habeas corpus.
> [...]
> *8. Ordem denegada.*" (HC 444.692/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018.)

Ademais, a eventual existência de condições pessoais favoráveis – tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa – não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre, *primo icto oculi*, na hipótese em tela. Sobre a questão: RHC 94.056/SP,

Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/03/2018 e HC 454.865/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 14/08/2018.

No mais, demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011.

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável neste juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Solicitem-se informações pormenorizadas ao Juízo de primeiro grau e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deverão vir acompanhadas de cópia do decreto de prisão preventiva e da **chave de acesso ao processo eletrônico**, caso haja, além de outros documentos eventualmente reputados úteis à compreensão da controvérsia.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora