RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 82.675 - RS (2017/0073111-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	OZIMAR DA SILVA DE ARAUJO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por **Ozimar da Silva de Araujo** contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que denegou o *Habeas Corpus* n. 00067935220178217000 (fl. 90):

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA.
>
> A questão atinente ao envolvimento - ou não - do paciente com os crimes que lhe são imputados, ventilada pela impetrante, não é passível de exame na via estreita do habeas corpus, de sumária cognição.
>
> Tendo a prisão preventiva natureza processual, mostrando-se diversa, portanto, daquela decorrente de decisão condenatória, revela-se anódina, em se tratando de segregação cautelar, discussão acerca da pena a ser imposta a final, afigurando-se irrelevante a circunstância de mostrar-se possível, em futura condenação, a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4°, da Lei Antidrogas, a imposição de regime prisional diverso do fechado e, até mesmo, substituição da sanção carcerária por restritiva de direitos.
>
> Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade - potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes - está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal.
>
> Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão do paciente, flagrado por agentes policiais entregando a consumo duas pedras de crack a determinado usuário, oportunidade em que houve a apreensão de mais vinte e nove pedras da mesma droga.
>
> ORDEM DENEGADA.

Verifica-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, havendo a apreensão de 29 pedras de *crack.*

Alega o recorrente que não há informação nos autos da ação penal acerca da quantidade de droga apreendida, apenas quanto ao fracionamento em 29 pedrinhas, além

de mais duas pedrinhas que estavam na boca de suposto usuário. Aponta, ainda, que a prisão está baseada apenas em fundamentação abstrata, inerente ao próprio tipo penal, o que não é suficiente.

Afirma que o processo penal não pode prescindir de uma informação segura com relação à quantidade de drogas apreendida, não podendo a intervenção punitiva estatal ser justificada com base apenas em probabilidades (fl. 111).

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão.

Deferida a liminar a fim de garantir ao recorrente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do presente recurso, salvo se por outro motivo estiver preso e ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão ou a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso se apresente motivo concreto para tanto (fls. 137/139).

Informações prestadas às fls. 154/173.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso (fl. 176):

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
> 1. Inviável a análise do pleito de trancamento da ação penal por ausência de justa causa, sob pena de indevida supressão de instância.
> 2. Comprovada a materialidade, havendo indícios de autoria e restando demonstrada, com elementos concretos, a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, afasta-se a alegação de constrangimento ilegal.
> 3. Pelo conhecimento parcial e, na parte conhecida, o parecer é pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Entendo presente o manifesto constrangimento ilegal, razão pela qual deferi a liminar.

Com efeito, verifico a ausência de fundamentação quanto à determinação de prisão cautelar do recorrente, estando a decisão baseada apenas na gravidade abstrata dos crimes, meras suposições e conjecturas, não sendo apontado nenhum elemento concreto

com relação a ele (fls. 35/39). Também o acórdão impugnado está baseado apenas na gravidade abstrata do tráfico (fls. 90/96).

Por outro lado, a referência feita à quantidade e à natureza da droga apreendida (29 pedrinhas de *crack* e outras duas na boca de determinado usuário) não se mostra suficiente. Primeiro, porque as circunstâncias da apreensão não demonstram gravidade concreta exacerbada, além de não ficar evidenciado, como alegado na peça recursal, que o número de pedras apreendidas corresponderia a uma quantidade elevada, sendo certo que tal informação não consta da denúncia (fls. 40/44), da decisão que decretou a prisão preventiva (fls. 35/39) do acórdão impugnado (fls. 90/96), das informações prestadas pelo Tribunal *a quo* (fls. 154/173) e nem do laudo de constatação da natureza da substância (fl. 68).

Além disso, desde 11/5/2012, após o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, a saber, da que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas, a fundamentação baseada nesse dispositivo simplesmente perdeu o respaldo (HC n. 104.339/SP, Ministro Gilmar Mendes, Informativo n. 665/STF).

De acordo com o julgamento da Suprema Corte, a regra prevista no referido art. 44 da Lei n. 11.343/2006 *é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros princípio*. Assim, para se manter a prisão, imprescindível seria a presença de algum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o que, em princípio, não ocorreu no caso.

Cumpre ressaltar que, em consulta ao andamento processual da Ação Penal n. 06221600019908 – 2ª Vara da comarca de Rosário do Sul/RS, feita nesta data, pude constatar que ainda não houve prolação de sentença, aguardando os autos a realização de audiência.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus*, confirmando-se a liminar, a fim de garantir ao recorrente o direito de responder ao processo em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão ou a aplicação de uma das medidas cautelares

previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso se apresente motivo concreto para tanto.

Comunique-se.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator