



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO DECRETADA DE OFÍCIO, NA FASE DE INVESTIGAÇÃO. VEDAÇÃO LEGAL. INFRINGÊNCIA DOS ARTIGOS 282, §2º E 311 DO CPP.

O órgão acusador, ciente da decisão, não requereu a segregação cautelar, não podendo ser a mesma decretada de ofício em fase policial. Um dos requisitos essenciais da lavratura do auto de prisão em flagrante é a efetiva presença do defensor técnico. Ausentes os requisitos, a prisão não se faz passível de homologação. Ademais, a prisão preventiva, medida extrema, é cabível em casos excepcionais, pois a liberdade é a regra em face do princípio constitucional da presunção da inocência. É imprescindível que seja demonstrada a necessidade da segregação, conforme art. 312 do CPP.

RECURSO DESPROVIDO.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70048602098

COMARCA DE ALVORADA

MINISTERIO PUBLICO

RECORRENTE

EMERSON DE ALMEIDA SCHULTZ

RECORRIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em negar provimento ao recurso em sentido estrito.**

Custas na forma da lei.



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS E DES. FRANCESCO CONTI.**

Porto Alegre, 28 de junho de 2012.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,
Relator.

RELATÓRIO

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, contra a decisão proferida pelo juízo da Comarca de Alvorada que relaxou a prisão do flagrado E.A.S (fl. 34).

Em suas razões, argumentou que não foi oportunizada vista dos autos ao Ministério Público, conforme prevê o artigo 50 da Lei 11.343/2006. Aduziu estarem presentes os requisitos para a prisão preventiva. Enfatizou que a materialidade do fato vem evidenciada pelo auto de apreensão e laudo provisório de constatação da natureza da substância, assim como a autoria restou demonstrada, em face do estado da flagrância. Por fim, requereu o provimento do recurso, para que se decrete a prisão preventiva de E.A.S. (fls 03/07).

Foram oferecidas as contrarrazões (fls. 43/47).

A decisão foi mantida (fl. 48).

Neste grau de jurisdição, o digno Procurador de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial (fls. 51/53).

É o relatório.



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

VOTOS

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

Eminentes Colegas:

Esta a decisão que relaxou a prisão do flagrado:

Vistos etc.

Trata-se de auto de prisão em flagrante de E.A.S., ao qual a autoridade policial imputa a prática do crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido na data de 04/10/2011, às 22H30MIN, na Rua Flor da Serra Futebol Clube, 06, Alvorada-RS.

É o relatório.

Passo a fundamentar.

Da leitura do expediente, infere-se que o mesmo padece de inconstitucionalidade por omissão, haja vista que a autoridade policial não assegurou ao flagrado a assistência de advogado no curso da lavratura do presente expediente, na forma traçada no art. 5º, LXIII, da CF/88.

Portanto, o presente auto de prisão em flagrante é írrito.

O MP, ciente da prisão do autuado, quedou-se inerte.

Incabível o exame da necessidade ou não da decretação de prisão preventiva do increpado de ofício, na fase pré-processual, considerando a vedação contida nos arts. 282, §2º, e 311, ambos do CPP, com redação dada pela Lei 12403/2011.

Portanto, RELAXO a prisão do flagrado E.A.S.

Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Comunique-se.

Requisite-se o IP no prazo legal.

Intimem-se.

Diligências legais.

No caso dos autos, o flagrante delito não foi homologado, em primeiro lugar, pela ausência de amparo de advogado quando da lavratura do expediente, infringindo a norma constitucional do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal; em segundo, porque, o Ministério Público, ciente da prisão, não se manifestou; em terceiro, pela desobediência aos artigos 282, §2º e 311, do Código de Processo Penal.



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

O magistrado de primeiro grau decidiu pela liberdade do acusado. E o fez com razão, pois a liberdade é a regra, e a prisão, a exceção, somente decretável nos casos extremamente graves.

No presente, vislumbro inúmeros problemas, dentre eles, o não requerimento da segregação do imputado pelo órgão acusador, pois não se manifestou sobre a mesma. O Ministério Público sustenta que não lhe foi dada vista do expediente, conforme preceitua o artigo 50 da Lei de Drogas, para que pudesse requerer a prisão. No entanto, mesmo que não tivesse sido cientificado, ou possibilitado de fazer o pedido, não importa caso de ser homologação da flagrância, tampouco a segregação cautelar do acusado.

A prisão em flagrante caracteriza-se como uma medida precária, pois se trata do único caso de detenção, previsto constitucionalmente, que pode ser realizado por um particular ou por autoridade, sem ordem judicial (art. 5º, inc. LXII – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei).

A prisão em flagrante, em razão de seu caráter problemático, após lavrado, deverá ter seu auto de prisão encaminhado à autoridade competente, a qual decidirá se homologa (presença de todos os requisitos formais) ou não a peça policial. E, em havendo alguma ilegalidade, deverá o juiz relaxar a prisão – o que foi feito no caso.

A prisão em flagrante, entendida pela maioria da doutrina como a “chama que denota com certeza a combustão”, ou, sintetizando, a “visibilidade do delito”, valendo-se da lição de CARNELUTTI (*Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950, p. 77),



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, o flagrante não basta por si só. Não é a situação de flagrância que atestará a materialidade e autoria do crime, por ora apenas teoricamente cometido, mas sim as provas produzidas ao longo da fase processual.

Adotando o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante ou *detención imputativa*, a lição de JULIO BALACLOCHE PALAO: “la detención imputativa no se dirige a garantizar el resultado final del proceso es por lo que, si el juez estima que no procede adoptar una verdadera medida cautelar, puede desembocar en la puesta en libertad del detenido, aunque existan indicios de la participación de este en algún hecho delictivo. Así pues, la finalidad esencial de la detención imputativa es la de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial para que ésta acuerde respecto de él lo que estime procedente (dejarle en inmediata libertad, tomarle declaración, decretar su prisión provisional o fijarle una fianza a cambio de su libertad provisional); en ningún caso se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso (...) Y si hubiera que buscarle acomodo en alguna categoría pre establecida, la calificaríamos como medida precautelar, que sería la que se dirige a posibilitar al juez la adopción de una posterior medida cautelar sobre la persona del detenido” (*La libertad personal y sus limitaciones*. Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 292).

Nessa linha, também MIGUEL TEDESCO WEDY: “(...) a segunda conclusão é acerca do caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. Em verdade, a detenção em flagrante tem razão até o momento em que é levado o auto ao juiz, via de regra no prazo de 24 horas. Após, como se viu, o juiz deverá manifestar-se, de forma fundamentada, sobre a existência ou não de circunstâncias que autorizem a prisão preventiva, para decretá-la, conceder a liberdade provisória ou determinar a imediata liberdade do preso” (*Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 127).

Assim, o flagrante delito, por si só, não se sustenta, em virtude de sua precariedade, principalmente porque deve ser submetido ao crivo do



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

magistrado. Além disso, embora autônomo (na medida em que pode haver flagrante sem prisão preventiva e preventiva sem prévio flagrante), possui caráter instrumental, estando a serviço de uma verdadeira medida cautelar, não se destinando a assegurar a eventual execução da pena nem a presença do imputado no processo. Justifica-se nos casos necessários e urgentes destacado no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Assim, conforme já foi dito, é preciso que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação – o que não ocorreu no caso concreto, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão.

Analizando o expediente, não houve pedido do Ministério Público em relação à prisão em flagrante do recorrido, assim como não restou assegurada ao flagrado a assistência de advogado quando da lavratura da segregação.

Muito embora o representante do *Parquet*, nesta instância, tenha informando, em seu Parecer, que a sra. Delegada de Polícia encaminhou a Defensoria Pública, cópia do auto de prisão em flagrante, com base no artigo 306, §1º, do Código de Processo Penal, não sendo a prisão constitucional, por ter sido assegurada a garantia da presença do advogado, é de clareza solar que o argumento não perfectibiliza a legalidade do ato.

O artigo 306 do Código de Processo Penal prevê que a autoridade está obrigada a encaminhar cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública, caso o autuado não constitua advogado. É garantia constitucional – artigo 5º, LXII, da CF/88, que a prisão do



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

indivíduo seja comunicada de imediato à sua família ou pessoa por ele indicada, para assim ser devidamente assistido por um defensor, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

A Delegada de Polícia, efetivamente, remeteu o expediente à Defensoria Pública. No entanto, aplicando-se os princípios basilares do processo penal, não se oportunizou, de vasta forma, o contraditório e a ampla defesa, até porque, a lei, servindo para assegurar a assistência de quem não possui condições de tê-la, deve impedir ao máximo uma injusta segregação.

Ainda, postulou o Ministério Público, em vista de entender não ter ocorrido qualquer ilegalidade, a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido, entendo ser inadmissível, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a vedação infraconstitucional de um direito fundamental expressamente tutelado na Constituição Federal que figura como alicerce do próprio regime democrático, qual seja: a liberdade

Um processo penal efetivamente justo e democrático, no contexto atual, pressupõe a plena adequação de suas normas ao texto constitucional, de modo que a sua compreensão deve partir da noção de liberdade como regra, e, pois, como direito a ser garantido pelo Poder Judiciário, compreendido esse como tutor dos direitos fundamentais do réu e garantia do devido processo legal.

Por isso, apenas excepcionalmente, e quando devidamente demonstrada a necessidade da prisão, é que a segregação cautelar estará



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

autorizada. Inverter essa premissa, por simples força de lei, *a priori* e abstratamente, constitui, no meu entendimento, grave ofensa ao próprio regime democrático consagrado pela Constituição Federal.

É verdade que a liberdade provisória nos delitos de tóxico era expressamente proibida e estava de acordo com o preconizado pela Lei 6.368/76. Porém, após o advento da Constituição Federal e a diferenciação por ela trazida dos delitos comuns e os delitos hediondos, estes passaram a ter uma lei específica os disciplinando, a Lei 8.072/90. Nesta lei, o seu artigo 2º, continuava proibindo a concessão de liberdade provisória a autores desses crimes.

Sobreveio, contudo, a Lei 11.343/06 a qual trouxe nova disciplina aos delitos de tóxico. O artigo 44 desta lei assim disciplinou a liberdade provisória:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Por essa regulação a liberdade provisória permanecia vetada aos acusados do crime em questão. Ocorre que em 2007, houve essencial modificação na lei dos crimes hediondos pela promulgação da Lei 11.464 que alterou o inciso II do artigo 2º da Lei 8.072/90. Acertada aquela lei que possibilitou uma interpretação conforme a Constituição para esta lei.



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

Assim, sendo a lei mais recente, não há que se discutir a possibilidade de se conceder ao acusado do delito da lei de tóxicos a liberdade provisória quando esta for possível.

A liberdade pode ser analisada, não apenas pela lei mais recente (que derroga a lei mais antiga), mas também frente à recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97256/RS, que declarou a constitucionalidade do artigo 44 da Lei de Tóxicos:

Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritivas de Direitos

Em conclusão, o Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente habeas corpus e declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no aludido art. 44 do mesmo diploma legal. Tratava-se, na espécie, de writ, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) questionava a constitucionalidade da vedação abstrata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos disposta no art. 44 da citada Lei de Drogas (“Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”). Sustentava a impetração que a proibição, nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, da substituição pretendida ofenderia as garantias da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), bem como aquelas constantes dos incisos XXXV e LIV do mesmo preceito constitucional — v. Informativos 560, 579 e 597. Esclareceu-se, na presente assentada, que a ordem seria concedida não para assegurar ao paciente a imediata e requerida convolação, mas para remover o obstáculo da Lei 11.343/2006, devolvendo ao juiz da execução a tarefa de auferir o preenchimento de condições objetivas e subjetivas. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cármem Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio que indeferiam o habeas corpus. [HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010. \(HC-97256\)](#)



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

Com efeito, não há indícios suficientes a afirmar que o réu, em liberdade, se furte à aplicação da lei penal ou cause algum óbice à instrução processual, ou, ainda, ponha em risco a ordem pública.

Mesmo tendo sido o imputado encontrado com 68 (sessenta e oito) buchinhais de *crack*, 02 aparelhos de telefone celular e 01 canivete, além da importância de R\$ 28,40, em moedas e cédulas diversas, como reiteradamente afirmado pelo STF, a gravidade da conduta não é, por si só, fundamento para a prisão cautelar.

Assim é porque dispõe a lei, e o princípio da legalidade, para todos – e não apenas para alguns –, é uma das principais, senão a principal das garantias do atual Estado Democrático de Direito, por isso se impera a aplicação da garantia constitucional no artigo 5º, LXIII, da Carta Magna Brasileira, tornando-se o flagrante delito ilegal.

Por fim, mesmo sendo superada a ilegalidade, importante referir que, embora não esteja elencado como pressuposto da prisão cautelar, o fato de o delito ter sido ou não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, evidente que este é um fator importante na tomada da decisão, até mesmo para reservar a prisão para casos realmente graves e necessários. Deve-se sopesar se o eventual provimento condenatório não será desproporcional em relação à manutenção da prisão, em razão do regime, da possibilidade de substituição da pena ou concessão da suspensão condicional da pena, *verbi gratia*, e até mesmo a possível desclassificação do delito.

Ante todo o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.



NJG
Nº 70048602098
2012/CRIME

DESA. CATARINA RITA KRIEGER MARTINS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCESCO CONTI - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Recurso em Sentido Estrito nº 70048602098, Comarca de Alvorada: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSE PEDRO DE OLIVEIRA ECKERT