



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

86

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL
JUÍZO DA 1ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES DA CAPITAL
HABEAS CORPUS Nº: 295046-7
IMPETRANTE: RÔMULO DA SILVA BRITO
PACIENTE: FERNANDO MARINHO DA SILVA
DES. RELATOR: LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
PROCURADOR DE JUSTIÇA: GILSON ROBERTO DE MELO BARBOSA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. Ilegalidade da preventiva. Ausência de fundamentação. Imperativa a demonstração da necessidade da segregação cautelar do paciente, além do preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 312 do Código de Processo Penal. Periculosidade do agente e possibilidade de reiteração delitiva não demonstradas. Ausência de fatos concretos que justifiquem a decretação da custódia cautelar. Ilegalidade caracterizada. Imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV, do CPP. **ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do TJPE, por decisão unânime, **CONCEDER** a presente ordem de *Habeas Corpus*, tudo consoante consta do relatório, voto e notas taquigráficas em anexo, que passam a fazer parte do presente julgado.

Recife,

12 de 03 de 2013
Leopoldo de Arruda Raposo
Desembargador Relator



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

87

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL
JUÍZO DA 1ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES DA CAPITAL
HABEAS CORPUS Nº: 295046-7
IMPETRANTE: RÔMULO DA SILVA BRITO
PACIENTE: FERNANDO MARINHO DA SILVA
DES. RELATOR: LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
PROCURADOR DE JUSTIÇA: GILSON ROBERTO DE MELO BARBOSA

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus Liberatório, com pedido de liminar, impetrado pelo Bel. Rômulo da Silva Brito (OAB/PE nº 15.245), em favor de **FERNANDO MARINHO DA SILVA**, devidamente qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara dos Feitos Relativos a Entorpecentes da Capital.

Consta dos autos que o acusado foi denunciado por infração ao arts. 33 e 35 c/c art. 40, inciso II, todos da Lei nº 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes), sendo decretada sua prisão preventiva em 07.04.2009 (fls. 19/20).

Em síntese, o impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal diante da decretação de sua prisão preventiva, uma vez que fora preso em setembro de 2012 e até a presente data ainda não foi interrogado, estando recolhido há mais de 04 (quatro) meses. Aduz que o paciente não fora sequer citado e que há falta de fundamentação para a excepcional decretação da cautelar.

Requer a revogação da prisão, em razão do excesso de prazo e da falta de fundamentação para a prisão, de modo a ser expedido o devido alvará de soltura.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 09/50.

Pedido de liminar indeferido às fls. 61/62.

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 69/72, com a juntada da sentença relativa aos outros acusados na ação penal, revelando a suspensão do curso do processo e do prazo prescricional em relação paciente, em virtude da sua revelia nos autos.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 76/82, opinando pela concessão da segurança, em face da ausência de fundamentação



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

88

apropriada do decreto de prisão preventiva, que não justificou a necessidade da segregação do paciente.

É o relatório.

Recife, 12 de março de 2013.

Leopoldo de Arruda Raposo
Desembargador Relator



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230

89

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL
JUÍZO DA 1ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A ENTORPECENTES DA CAPITAL
HABEAS CORPUS Nº: 295046-7
IMPETRANTE: RÔMULO DA SILVA BRITO
PACIENTE: FERNANDO MARINHO DA SILVA
DES. RELATOR: LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
PROCURADOR DE JUSTIÇA: GILSON ROBERTO DE MELO BARBOSA

VOTO

Como já consignado no relatório, o impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal diante da decretação de sua prisão preventiva, uma vez que há excesso de prazo na formação da culpa, ausência de citação para a ação penal e falta de fundamentação do decreto preventivo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado, juntamente com outras quatro pessoas, como incurso nas penas do art. 33 e 35 c/c art. 40, inciso II, todos da Lei nº 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes), em 24.09.2008. Não foi preso em flagrante por não ter sido encontrada com ele nenhuma droga, porém teve a prisão preventiva decretada em 07.04.2009, a qual somente restou cumprida em setembro de 2012.

De início, saliente-se que o acusado, muito embora afirme na peça inicial que não foi notificado do processo, foi citado por edital (conforme menciona despacho às fls. 19), uma vez que seu endereço era ignorado, de acordo com a denúncia de fls. 02/06, de modo que não há que se falar em ilegalidade da prisão cautelar sob esse aspecto. Por conta disso, em atenção ao art. 366 do CPP, o Juízo a quo declarou a suspensão do processo e o curso do prazo prescricional. Todavia, não se procedeu à separação do processo, como deveria ocorrer, em virtude de se tratar de ação com vários corréus.

Como é cediço, em se tratando de prisão preventiva, é necessário que os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* estejam presentes.

O primeiro refere-se à existência do crime e aos indícios de autoria, fatos que estão devidamente configurados no caso em tela.

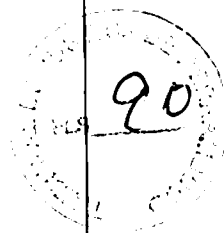
O segundo, o *periculum in mora*, que, em relação às prisões cautelares, reveste-se de efetivo *periculum libertatis*, liga-se à

12



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230



identificação de um dos motivos presentes no art. 312 do CPP, que trata dos requisitos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam: garantia da ordem pública e/ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e certeza de aplicação da lei penal. Vejamos.

Ao analisar o decreto de prisão preventiva (fls. 19/20), editado em desfavor do paciente, percebe-se que o magistrado fundamentou sua decisão na necessidade de garantir a "ordem pública (a liberdade dos Acusados constituirá uma ameaça à segurança do cidadão, uma vez que, soltos, continuarão com sua atividade de tráfico tão nociva à Sociedade); por conveniência da instrução criminal (em liberdade os Réus certamente afastar-se-ão do distrito da culpa, impossibilitando a tramitação regular do processo) e para assegurar a aplicação da lei penal (sem a tramitação regular do processo não será possível aplicar, a tempo, a Lei Penal e garantir ao cidadão a erradicação do maléfico tráfico de drogas)".

Sobre a decisão em questão, não se constata dado concreto que demonstre que o paciente, em liberdade, representará risco efetivo à ordem pública, à instrução processual ou à aplicação da lei penal. Os aludidos fundamentos genéricos não se apresentam suficientes para ensejar a imposição da medida extrema, visto que o decreto prisional deve ser necessariamente fundamentado de forma efetiva, não bastando referências a juízos de probabilidades. Verifica-se, portanto, que o lastro factual que ensejou o decreto de prisão preventiva não demonstra, de forma efetiva, em que consiste o *periculum libertatis*.

Assim, de se ver que inexistente fundamentação idônea para a decretação da medida extrema que é a prisão, baseadas em suposições genéricas. Como bem salienta o parecer ministerial "não alude o Juiz da instância ordinária, com base em dados determinados, (...), que o paciente ostente periculosidade real, seja recorrente na prática de delitos, esteja ameaçando testemunhas, destruindo provas ou pretenda se evadir do distrito da culpa" (fls. 79).

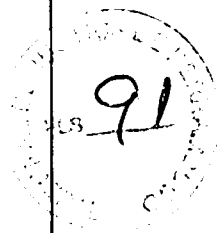
Consoante entendimento do STJ, "o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, com descrição de circunstâncias inerentes às elementares do tipo penal, assim como presunções abstratas sobre a ameaça à ordem pública, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculada de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP" (HC n. 175.493/SP, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 5/3/2012).

1



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230



Isso porque, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar são medidas de caráter excepcional, as quais somente podem ser decretadas se vierem acompanhadas de efetiva fundamentação, que demonstre, principalmente, a necessidade de restrição ao direito à liberdade.

Portanto, imbuído do espírito do legislador pátrio no sentido de considerar a prisão como *ultima ratio*, isto é, necessária apenas quando evidenciada a ineficácia de outros meios menos drásticos, razão pela qual, no caso, deve ser concedida ao acusado a liberdade provisória, com a imposição de medida cautelar diversa da prisão preventiva, como bem dispõe o atual art. 321 do CPP:

“Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Esclareça-se que há notícia de que o paciente encontra-se custodiado desde o começo de setembro de 2012, sem audiência de interrogatório marcada, (confirmado por consulta ao sistema *Judwin*) mesmo porque o processo originário está em grau de recurso - interposto por alguns dos corréus - e não há cópia dos autos na Vara de origem. Tal situação perduraria até o julgamento da apelação, quando os autos retornariam à 1ª instância. Esse fato, por si, só enseja a revogação da prisão cautelar, dado o lapso temporal em que o paciente encontra-se custodiado sem sequer ter o interrogatório designado.

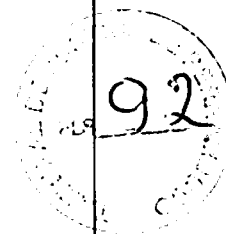
Sobre a concessão de liberdade em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o STF, em Plenário, já decidiu pela inconstitucionalidade da sua vedação abstrata, invalidando parcialmente a provisão da espécie contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que a gravidade do delito não é suficiente, por si só, pra fundamentar a preventiva. Nesse sentido:

FLAGRANTE – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – VEDAÇÃO À LIBERDADE – ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343/06 – INCONSTITUCIONALIDADE. O Plenário declarou a inconstitucionalidade da cláusula, contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, vedadora da liberdade provisória – Habeas Corpus nº 104.339/SP, relator ministro Gilmar Mendes. PRISÃO PREVENTIVA – GRAVIDADE DA IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda, por si só, a prisão preventiva. CUSTÓDIA PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. Uma vez revelado o exçesso de prazo da preventiva, impõe-se a concessão de ordem. (RHC 100808, Relator(a): Min. MARCO



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230



AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 12-12-2012 PUBLIC 13-12-2012)

CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. QUANTIDADE APREENDIDA. VEDAÇÃO LEGAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. RECURSO PROVIDO.

- Hipótese na qual foram apreendidas 13 (treze) porções de crack, as quais consistiam em um total que pesava 9,6g (nove gramas e seis decigramas), quantidade que se mostra insuficiente para, por si só, justificar a prisão cautelar.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória" do art. 44, caput, da Lei n. 11.343/06, afastando a vedação legal à concessão do benefício aos acusados pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

- Ausentes os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal, deve ser dado provimento ao recurso em habeas corpus determinando a expedição de alvará de soltura em benefício do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo de nova decretação em decisão devidamente fundamentada. Recurso provido. (STJ, RHC 34.670/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)

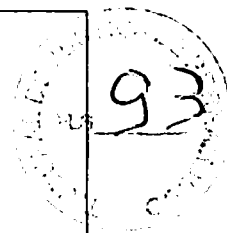
Ademais, não há que se aplicar a fiança ao presente caso. A fim de explicitar os motivos para a desvinculação do pagamento de fiança à liberdade provisória, no caso dos crimes hediondos e outros insuscetíveis de afinçabilidade, faz-se interessante transcrever o voto proferido pelo Min. Carlos Ayres Brito, no julgamento do HC nº 110.844, STF:

[...] A prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). Equivale ainda a dizer: se é vedado levar à prisão ou nela manter alguém legalmente beneficiado com a cláusula da afinçabilidade, a recíproca não é verdadeira: **a inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais.** Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal. 13. Daqui se segue que nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230



delitos em causa, só posso concluir que tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo [...]. (HC 110844, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, j. em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Quanto às medidas cautelares a serem impostas no caso, de acordo com o atual art. 282 do CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/11), devem ser aplicadas observando-se: 1) a necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; 2) a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Assim, dentre as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, entendo que, na espécie, faz-se pertinente aplicar as seguintes:

- 1) Comparecimento periódico em juízo no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- 2) Proibição de ausentar-se da Comarca, a fim de que o Juízo a quo possa contar com a presença do acusado durante a instrução criminal;

Ante todo o exposto, voto no sentido de **DEFERIR** o pedido constante da inicial e conceder ao paciente **FERNANDO MARINHO DA SILVA** a liberdade provisória, impondo-se, por outro lado, as medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV, do CPP.

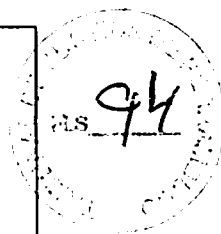
Expeça-se o competente Alvará de Soltura (restrito ao processo nº 033959-0.2008.8.17.001) em favor do paciente, devendo este comparecer no primeiro dia útil após sua soltura no Juízo a quo, a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis quanto ao implemento das cautelares aplicadas.

Ressalte-se que as medidas cautelares impostas funcionarão como uma espécie de "período de prova preventivo" durante o processo. O descumprimento de obrigações impostas renderá ensejo ao decreto prisional, nos termos dos arts. 282, § 4º e 312, parágrafo único, ambos do CPP.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça de Pernambuco
GABINETE DO DES. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, 3º andar – fone: (81) 3419-3670
Av. Martins de Barros, 593, São José, Recife – PE – CEP: 50.010-230



Oficiem-se à autoridade impetrada, ao Douto Secretário de Defesa Social do Estado de Pernambuco e ao Chefe da Polícia Civil, comunicando-lhes o teor da decisão em comento.

Destaco que, advindo fatos novos, nada impede que o Juízo a quo decrete nova custódia preventiva do ora paciente, desde que fundamentadamente.

Por fim, como não há cópia dos autos na 1ª instância, há impossibilidade de se dar andamento à ação penal em relação ao paciente, em virtude de recurso interposto pelos demais corréus, motivo pelo qual deve ser determinada à **Diretoria Criminal que proceda com a cópia do Processo nº 033959-0.2008.8.17.001 (Apelação Criminal nº 248794-5) e o remeta à Vara de origem**, para o regular processamento do feito.

É como voto.

Recife,

12 de 03 de 2013

Leopoldo de Arruda Raposo
Desembargador Relator