



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. MEDIDA PRÉ-CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PRÓPRIO CPP.**

1. O paciente foi preso em flagrante por tráfico de drogas. O auto de prisão em flagrante foi homologado, sem que tenha sido fundamentada a necessidade da manutenção da prisão pré-cautelar.

2. O flagrante justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Trata-se de uma medida pré-cautelar, devido a sua precariedade (único caso previsto constitucionalmente em que a prisão pode ser realizada por particular ou autoridade policial sem mandado judicial), devendo ser submetida ao crivo jurisdicional para homologação ou não, na medida em que não está dirigida a garantir o resultado final do processo ou a presença do sujeito passivo. Destarte, se faz mister que o magistrado, após requerimento formulado pela acusação, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível à conversão automática do flagrante em prisão preventiva.

**ORDEM CONCEDIDA.**

HABEAS CORPUS

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70040681959

COMARCA DE VIAMÃO

BERNARDO CARVALHO SIMOES

IMPETRANTE

DOUGLAS FRAGA DA SILVA

PACIENTE

JUIZ DIR 2 V CRIM COM VIAMAO

COATOR

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em confirmar a liminar e em conceder a ordem em definitivo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE) E DES. ODONE SANGUINÉ.**

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 2011.

**DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**

### **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por BERNARDO CARVALHO SIMÕES em favor de DOUGLAS FRAGA DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Viamão.

Comentou ter sido o paciente preso em flagrante em 27.10.2010, acusado de tráfico de entorpecentes. Sustentou a ausência de fundamentação do decreto de prisão e a desnecessidade de sua manutenção. Postulou a concessão da ordem liminarmente.

Na decisão vestibular proferida nesta Corte, deferi o pleito liminar (fls. 15 e 16).

Vieram as informações (fls. 23 e 24).



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

Nesta Corte, o Digno Procurador de Justiça opina pela denegação da ordem (fls. 25 a 28).

É o relatório.

## **VOTOS**

### **DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)**

Eminentes Colegas:

A irresignação da impetração diz respeito, essencialmente, à ausência de fundamentação do decreto de prisão e à desnecessidade de sua manutenção pelas condições pessoais favoráveis do paciente.

A liberdade provisória foi indeferida pela seguinte decisão:

Vistos.

Impõe-se apreciar pedido de liberdade provisória formulado pela Defesa Pública em favor do autuado DOUGLAS FRAGA DA SILVA. Na mesma esteira da manifestação ministerial das fls. 42/43, tenho que não merece acolhido o pedido da Defesa.

Verifica-se que o acusado foi preso em flagrante pela prática, em tese, do delito de tráfico de substâncias entorpecentes, sendo que o flagrante prende por si.

Há prova da materialidade, conforme auto de apreensão e laudo provisório (maconha), bem como indícios suficientes de autoria, visto a prisão ter sido em flagrante.

Frise-se que o crime imputado ao acusado é equiparado a hediondo, tal a gravidade que produz na sociedade. De maneira assustadora verificamos o aumento de crimes relacionados ao tráfico de drogas, como homicídios, latrocínios, roubos — sendo que o tráfico de drogas vem destruindo famílias inteiras e tornando seus membros reféns dos traficantes e de seus “soldados”.

Dessa forma, INDEFIRO o pedido de concessão de liberdade provisória formulado pela Defesa de DOUGLAS FRAGA DA SILVA, para garantia da ordem pública.



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

Intimem-se.

Com a remessa das peças complementares ou com o decurso do prazo legal, dê-se vista ao Ministério Público para denúncia.

Quando analisei o pleito liminar, proferi a seguinte decisão:

Nos termos do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o flagrante, por si, não mantém o flagrado preso. Tal dispositivo foi acrescentado em 1977. Portanto, Há necessidade de verificação das hipóteses dos artigos 311 e 312 para manter válida a prisão. Diante da ilegalidade, concedo a liminar de soltura.

Venham informações.

Após, ao Ministério Público.

As informações foram prestadas:

Senhor Desembargador:

Atendendo ofício n. 1/11, dessa 3ª Câmara Criminal, para instruir Habeas Corpus n 70040681959, onde consta como paciente DOUGLAS FRAGA DA SILVA, encaminho a Vossa Excelência as informações que seguem:

DOUGLAS FRAGA DA SILVA foi preso em flagrante em 27.10.2010 pela prática, em tese, do delito de tráfico ilícito de entorpecentes. O APF foi homologado, uma vez que entendido terem sido atendidas as formalidades legais e observadas as garantias constitucionais do flagrado;

Indeferido pedido de liberdade provisória na data de 03.11, uma vez entendido haver prova da materialidade, conforme auto de apreensão e laudo provisório (maconha), bem como indícios suficientes da autoria, haja vista a prisão ter ocorrido em flagrante, sendo que o delito em questão equiparado a hediondo, tal a gravidade que produz a sociedade,

Oferecida a denúncia, foi determinada a notificação do denunciado para aposentar defesa preliminar, na data de 13.12.2010.

Oferecida Defesa Preliminar na data de 30.12.2010, a denúncia foi recebida na data de 03.01 do corrente, designada a audiência para o dia 14.02.2011, bem como indeferido novo pedido de liberdade, pois presentes prova da materialidade e indícios de autoria, bem como por ser o crime de tráfico de drogas permanente, sendo que o que traz maiores danos à saúde pública e à sociedade, fomentando a prática de tantos outros ilícitos como



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

o roubo, furto, homicídio e latrocínio, devendo ser combatido com extrema rigidez;

Após a concessão da liberdade ao réu, foi cancelada a audiência anteriormente aprazada, redesignando-a para o dia 04.05.2011.

São as informações que entendo pertinentes e relevantes no momento. Prontifico-me, não obstante, para sua imediata complementação, com aquelas que Vossa Excelência ainda entenda necessárias;

Ao ensejo, reitero votos de consideração.

Ocorre que não há nos autos decreto de prisão preventiva.

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).

Em razão de seu caráter precário, após a lavratura, o auto de prisão deverá ser encaminhado à autoridade competente, a qual decidirá se homologa (presença de todos os requisitos formais) ou não a peça policial (no caso de haver alguma ilegalidade, deverá o juiz relaxar a prisão).

Em um segundo momento, homologado o auto de prisão em flagrante, conforme determina a redação do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o magistrado deverá, desde que postulada sua decretação, analisar a necessidade da segregação preventiva. Se entender desnecessária, deverá conceder a liberdade provisória.

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*



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

*Penal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires, 1950, p. 77), justifica-se para impedir a continuidade da prática criminosa. Contudo, o flagrante não basta por si só.

AURY LOPES JR. ao responder por que é dada a permissão aos particulares ou às autoridades de efetivar a prisão sem mandado judicial, refere: “exatamente porque existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente e inequívoco e, principalmente, porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h. Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial. Com este sistema, o legislador consagrou o **caráter pré-cautelar da prisão em flagrante**” (*Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 225).

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 preestablecida, 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).



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

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, a prisão em flagrante, por si só, não se sustenta, em virtude de sua precariedade, principalmente porque deve ser submetida ao crivo do magistrado. Além disso, embora autônoma (na medida em 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, se manifeste acerca da necessidade ou não da prisão cautelar, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não sendo possível à conversão automática do flagrante em prisão preventiva.

Analisando o caso concreto, além de inexistir decisão decretando a prisão preventiva, o auto de prisão em flagrante não foi suficientemente motivado, ferindo o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, razão pela qual há que ser concedida a soltura da paciente.



NJG  
Nº 70040681959  
2011/CRIME

Isso posto, voto por manter a liminar e por conceder a ordem em definitivo.

**DES. ODONE SANGUINÉ** - De acordo com o Relator.

**DES. IVAN LEOMAR BRUXEL (PRESIDENTE)** - De acordo com o Relator.

**DES. IVAN LEOMAR BRUXEL** - Presidente - Habeas Corpus nº 70040681959, Comarca de Viamão: "À UNANIMIDADE, CONFIRMARAM A LIMINAR E CONCEDERAM A ORDEM EM DEFINITIVO."