

**HABEAS CORPUS Nº 1.358.323-2, DO FORO CENTRAL DA
COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - 3ª
VARA CRIMINAL**

IMPETRANTE : MARIANA MARTINS NUNES (DEFENSOR
PÚBLICO)

PACIENTES : DAIANY GONÇALVES NUNES E TALGIA LEME
INÁCIO (RÉS PRESAS)

RELATOR : **DES. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO**

*HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO
ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM
FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS
INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL –
REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA
QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE
MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA –
QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE
REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO -
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS
DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE
SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR
UNANIMIDADE.*

*1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos
Humanos que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida,
sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada
pela lei a exercer funções judiciais (...)”. No mesmo sentido
assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos
Civis e Políticos que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em*

virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

2. *“Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional”*.

3. *“Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social”*.

4. *“A despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da “quantia considerável” de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas de crack (fls. 36/37). Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública”*.

5. *“Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas”*.

6. *“Aliás, sem entrar propriamente no mérito da causa, considerando a relação meio/fim, bem ainda as circunstâncias*

acima apontadas, verifica-se que, em caso de condenação, seria possível a aplicação do §4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não se tratando tal questão de exercício de "futurologia", mas sim de conceder tratamento jurídico à dinâmica dos fatos estabelecidos pelo Estado".

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime nº 1.358.323-2, da 3ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é Impetrante MARIANA MARTINS NUNES e são Pacientes DAIANY GONÇALVES NUNES E TALGIA LEME INÁCIO (RÉS PRESAS).

I - Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado por Mariana Martins Nunes em favor de **Dayane Gonçalves Nunes e Talgia Leme Inacio**, contra ato do MM Juízo *a quo* que, nos autos do Inquérito Policial nº 0005507-57.2015.8.16.0013, converteu o flagrante em prisão preventiva.

Alega o impetrante que a prisão em flagrante foi ilegal, fato que eiva de vício toda a prisão cautelar subsequente, pois não pode acontecer pura e simplesmente a comunicação da prisão sem apresentação do preso ao juiz, o que apesar de constitucional se mostra absolutamente contrário ao texto do Pacto de São José da Costa Rica. Assim, entende que a prisão merece ser relaxada com imediata edição de alvará de soltura.

Entende que o magistrado, quando da decretação da preventiva, não fundamentou devidamente a sua necessidade, pois não se pode admitir circunstâncias abstratas, comuns a todos os delitos de tráfico de drogas, e que toda prisão fundada sob as hipóteses do art. 312 do CPP tem a imperiosa necessidade de basear-se sob dados concretos acerca da conduta do réu sob pena de afronta ao art. 93, IX da CF.

Atenta para o fato de que a lei de drogas não proíbe o benefício da liberdade provisória, porquanto há muito tal vedação foi declarada inconstitucional e ainda, os argumentos existentes na decisão não são suficientes para a decretação da prisão preventiva, que é medida excepcional.

Informa que as pacientes são primárias, possuem bons

anteriores e suas condutas sempre foram de pessoas adaptadas ao meio social.

Destaca, ainda, que pela nova disciplina da prisão, é indispensável que a autoridade judicial fundamente a insuficiência e ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão, o que, no entanto, restou inobservado no caso concreto, implicando novamente em afronta ao artigo 93 da Constituição Federal.

Tece comentários acerca da aplicação do redutor do art. 33, §4.º da Lei de Drogas e da possibilidade da substituição da pena por restritivas de direitos.

Em vista da desproporcionalidade da manutenção da prisão, pugna pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no art. 319 do CPP.

Requer, assim, que seja deferida a liminar, para que as pacientes sejam colocadas em liberdade. No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 75/77.

As informações foram prestadas pela autoridade coatora (fls. 82,82,v).

A outra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem (fls. 85/95).

É a breve exposição.

II - Conforme se depreende das peças que instruem o feito, as Pacientes foram presas em flagrante no **dia 05/03/2015**, por volta das 06h50min, por Policiais Militares em operação na área central de Curitiba, pois quando foram abordadas, juntamente com mais 3 indivíduos, na Praça Santos Dumont, situada na rua Saldanha Marinho, os policiais encontraram com TALGIA 36 buchas de crack em uma sacola plástica, e mais 5 buchas de cocaína e ainda 10 buchas de crack em sua bolsa, além de 5 celulares e a quantia de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais) em espécie. Já com DAIANY foram encontradas 13 buchas de crack, 3 buchas de cocaína e ainda a quantia de R\$ 32,00 (trinta e dois reais).

Em seguida, o juiz responsável homologou a prisão em flagrante e converteu a prisão em preventiva por entender patente os requisitos autorizadores da prisão preventiva, já que evidenciado a existência do crime e indícios suficientes de autoria em desfavor das autuadas, fundamentando o decreto prisional com base na garantia da ordem pública.

Consta da decisão, na parte que interessa:

“A prisão preventiva desvela-se necessária para garantir a ordem pública, haja vista que se lhes atribui o cometimento de crime grave (tráfico de drogas) e cada uma das acusadas dispunha de considerável quantidade de drogas variadas.

Em poder de TALGIA LEME INACIO foram encontradas cinco buchas de cocaína e quarenta e seis buchas de crack (dez localizadas em sua bolsa e trinta e seis por ela dispensadas). Além disso, em seu poder foram encontrados cinco aparelhos de telefone celular e R\$ 230,00. Por sua vez, em poder de DAIANY GONÇALVES NUNES DA SILVA foram achadas três buchas de cocaína e treze buchas de crack, além de R\$ 35,00.

A teor do depoimento dos policiais responsáveis pela prisão, no momento da abordagem as autuadas estavam na companhia de outros três indivíduos, os quais dispunham cada qual de um cachimbo artesanal para consumo de substância entorpecente. Ademais, aparentavam estar sob efeito de drogas.

Pelas circunstâncias em que flagradas, não é difícil perceber que, ao menos à luz dos elementos do auto de prisão, realizavam as autuadas o comércio de drogas na região central de Curitiba. Dispunham de razoável quantidade de drogas de espécies diferentes (cocaína e crack) e achavam-se rodeadas de usuários de entorpecentes.

Não se deve ignorar, outrossim, que TALGIA LEME INACIO tinha em sua bolsa cinco aparelhos de telefone celular, circunstância indicativa da mercancia, porque, não raro, usuários de drogas furtam/roubam telefones celulares para entrega-los ao traficante em troca de drogas.

Assim, as circunstâncias nas quais apreendidas – em posse de

quantia considerável de drogas de suas espécies diferentes, com importância relevante em dinheiro e cercadas de usuários – sugerem desfrutem de razoável poder de disseminação de narcóticos, representando a sua liberdade risco concreto de retomada da comercialização do produto ilícito na região, ameaçando a saúde pública [3].

Nenhuma das medidas cautelares não privativas de liberdade teria o condão, neste momento, de salvaguardar a ordem pública”.

Inicialmente, convém ressaltar que a implementação da audiência de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose.

Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que *“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)”*. No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que *“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”*.

Convém ressaltar ainda que, a Constituição da República, além de trazer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e um significativo rol de direitos fundamentais, de forma a espelhar grande parte da proteção internacional, prevê a possibilidade de integração com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no seu art. 5º, §2º.

Ocorre então, no ordenamento jurídico brasileiro, uma abertura constitucional ao Direito Internacional, seja quando espelha a essência da proteção internacional, seja quando expressamente incorpora as normas ao seu quadro normativo, aperfeiçoando a principiologia interna com a proteção internacional. (MAZZUOLLI, 2010, pág.763)

Ainda nesta linha, a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle

internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais, redefinindo, nas palavras de Piovesan, o conceito de cidadania no Brasil.

O conceito de cidadania se vê, assim, alargado e ampliado, na medida em que passa a incluir não apenas direitos previstos no plano nacional, mas também direitos internacionalmente enunciados. A sistemática internacional de accountability vem ainda integrar este conceito renovado de cidadania, tendo em vista que, ao lado das garantias nacionais, são adicionadas garantias de natureza internacional. Consequentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias internacionais importa no desconhecimento de parte substancial dos direitos da cidadania, por significar a privação do exercício de direitos acionáveis e defensáveis na arena internacional. (PIOVESAN, 2012, pág. 81)

Imperioso concluir que a Constituição da República funciona, de várias maneiras, como o fator determinante de aproximação da proteção internacional de direitos humanos com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que integra, formal e materialmente, as duas esferas de proteção.

Assim, na medida em que a jurisdição hoje é compreendida na perspectiva da Constituição, e que esta reflete, em grande medida, o espírito da proteção internacional, e permite a integração do ordenamento jurídico interno, é possível concluir que a jurisdição se coloca no contexto da proteção internacional dos direitos humanos.

A Constituição da República, nesse contexto, funciona como fator determinante de aproximação da jurisdição com os direitos humanos, permitindo, de várias formas, a compreensão da jurisdição na perspectiva humanitária.

A Carta Magna reproduz o quadro axiológico da proteção internacional dos direitos humanos, propiciando harmonia natural entre o ordenamento jurídico brasileiro e aquele arcabouço normativo, favorecendo, sobretudo ao intérprete, a compreensão conjunta das duas previsões jurídicas.

Com efeito, a principiologia constitucional se conecta com os valores éticos trazidos pela incorporação do ordenamento jurídico brasileiro à proteção internacional dos direitos humanos, e repercute na transformação sofrida pela jurisdição com a virada axiológica.

Em outras palavras, amplia-se o espectro já delineado, do compromisso da jurisdição com a os valores constitucionais, para que também a jurisdição se conecte com as perspectiva dos direitos humanos, para configurar-se como instrumento de conformação do ordenamento jurídico brasileiro com o corpo jurídico humanitário internacional.

Assim, como a Constituição Federal desencadeou uma revolução axiológica, que, por sua vez, se conectou com o conteúdo dos direitos humanos, consignado está que a jurisdição se situa epistemologicamente nesse contexto axiológico, com a missão de efetivar os direitos humanos.

Contudo, é de se ponderar, num contexto de busca pela a efetividade dos direitos humanos, não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição – os juízes – efetivarem esta proteção.

Deste modo, além do conhecimento crítico da realidade brasileira e do impacto da axiologia dos direitos humanos tem sobre nosso ordenamento jurídico, pressuposto epistemológico da concretização dos direitos humanos, é também necessário o domínio, pelo intérprete, das técnicas do controle de convencionalidade.

Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional.

A abertura constitucional aos direitos humanos, a partir do art. 5º, §§2º e 3º da Constituição Federal, (MAZZUOLLI, 2010, pág.763), traz ao operador do direito brasileiro um desafio hermenêutico, pois inclui nas etapas interpretativas, além da já conhecida filtragem constitucional, o necessário controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Com efeito, mesmo com a controvérsia a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, e independentemente da solução que se tenha dado ao status dos tratados – supralegal, constitucional ou emenda constitucional – não se questiona que eles integram o ordenamento jurídico brasileiro em hierarquia privilegiada, remetendo o interprete à sua análise obrigatória. (PIOVESAN, 2012, pág. 115 e ss.; MAZZUOLI, 2010, pág.762 e ss.)

Nas palavras de Piovesan:

O pressuposto básico para a existência do controle de constitucionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé. (PIOVESAN, 2012, pág. 149)

Neste sentido, em que pese a Constituição brasileira silencie sobre a obrigatoriedade deste controle, (PIOVESAN, 2012, PÁG. 149), o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplica-lo mediante controle de convencionalidade difuso, não podendo se furtar de realiza-lo.

Assim destaca a jurista, valendo-se da Lição da Corte Interamericana:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação das leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana". (PIOVESAN, 2012, pág. 149/150)

Deste modo, em que pese a efetividade desta proteção internacional esteja calcada igualmente nos mecanismos de proteção internacional, os quais permitem a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos, é de se ponderar que a efetividade da proteção internacional recai sobremaneira no controle de convencionalidade das leis brasileiras.

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. (PIOVESAN, 2012, pág. 149)

Com efeito, na exata medida em que a jurisdição constitucional depende do controle de constitucionalidade, (MARINONI, 2008, pág. 56), os direitos humanos e sua efetividade recaem substancialmente no necessário controle de convencionalidade pela jurisdição, que, compreendida epistemologicamente no contexto constitucional e humanitário, conforma constitucionalidade a normativa brasileira aos tratados internacionais de direitos humanos.

Como afirma Flávia Piovesan, "o controle de constitucionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, os princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais" (PIOVESAN, 2012, PÁG. 150), permitindo a harmonização efetiva da ordem interna com a ordem internacional.

Assim, com o controle de constitucionalidade potencializa-se a concretização dos direitos humanos, permitindo inserção dos valores dos direitos humanos nas decisões brasileiras, efetivando a proteção internacional por meio da jurisdição.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais.

Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social.

Pois bem.

Após, essa necessária introdução acerca do controle de convencionalidade, a fim de demonstrar a necessidade de efetivação dos direitos humanos previstos na ordem internacional, volta-se ao tema principal, qual seja, a denominada audiência de custódia, que consiste, basicamente, na apresentação, sem demora, do preso à autoridade judiciária, para que este decida pela manutenção ou não da prisão, com base nos princípios da legalidade e necessidade.

E uma das principais vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, importa na missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso.

Desta feita, a audiência de custódia servirá para que o juiz analise a necessidade da prisão, momento em que o juiz, de acordo com o princípio da legalidade, poderá: i) relaxar a prisão em flagrante ilegal; ii) decretar a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão; iii) manter solta a pessoa suspeita da prática de determinado delito, se verificar ausentes os pressupostos da cautelaridade previstos no artigo 312 do CPP.

Outrossim, nem se argumente que resta suficiente a comunicação imediata da prisão ao juiz de qualquer pessoa, com a remessa, no prazo de vinte e quatro horas, do auto de prisão em flagrante, nos termos do artigo 306, *caput* e §1º do Código de Processo Penal.

A esse propósito a Corte Internacional de Direitos Humanos tem decidido reiteradamente que *“o simples conhecimento por parte de um juiz*

de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente” (Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24/06/2005).

E, ainda, que *“o juiz deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação da liberdade”,* concluindo que *“o contrário equivaleria a despojar de toda efetividade o controle judicial disposto no artigo 7.5 da Convenção”* (Corte IDH. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentença de 30/10/2008. No mesmo sentido, cf. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Sentença de 21/11/2007; Caso Garcia Asto e Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentença de 25/11/2005; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22/11/2005.

No entanto, a despeito de trata-se de um princípio fundamental e de longa data do direito internacional, a audiência de custódia não vinha sendo respeitada no Brasil.

Contudo, tal situação vem sofrendo alteração, pois uma série de medidas estão sendo tomadas, no âmbito nacional, a fim de concretizar, cada vez mais, o respeito ao direito de audiência de custódia no momento da prisão em flagrante, apontando para a inevitável implantação dessa audiência no Brasil.

A primeira delas, consiste no Projeto Audiência de Custódia, desenvolvido pelo CNJ em parceria com o TJSP e o Ministério da Justiça, e consiste na criação de estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça para receber presos em flagrante, visando a uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

Aliás, em 10 de abril de 2015, em notícia vinculada no site do Supremo Tribunal Federal, consta que o Presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça, ministro Ricardo Lewandowski, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto Arruda Botelho, assinaram na quinta-feira (9), três acordos de cooperação técnica para facilitar a implementação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas alternativas

cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289056&caixaBusca=N>)

Assim, não se pode ignorar a inevitável alteração do comportamento do Judiciário Brasileiro em relação à necessidade de realização das audiências de custódia, previstas em normas de direito internacional, que já integram o ordenamento jurídico nacional.

Contudo, a ausência da referida audiência de custódia, não conduz, necessariamente, a anulação da decisão, eis que viável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, diante da adequação e necessidade, em razão das circunstâncias do caso concreto.

Sobre a questão, oportuna a transcrição dos ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Resta ainda observar que, mesmo quando verificado um defeito de motivação que possa levar ao reconhecimento da nulidade em favor da defesa, o juiz ou o tribunal não devem necessariamente anular a decisão contaminada pelo vício. É possível também, e desde que seja o caso, decidir no mérito em benefício do réu, reformando o provimento, in melius, a teor do que determina de modo expreso o art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal: ‘Quando puder decidir no mérito, em favor da parte da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta’. (in A motivação das decisões penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 204).

Em relação aos requisitos ensejadores da prisão preventiva, oportuno considerar que a decisão de primeiro grau não se revestiu da melhor técnica.

Em primeiro lugar, porque, com relação à apontada ordem pública, insta salientar que o argumento concernente à suposta ‘gravidade do delito’ não constitui elemento adequada para o decreto ou a manutenção de prisões cautelares, as quais possuem, por escopo constitucional, possibilitar o

regular desenvolver processual e, portanto, caráter meramente instrumental.

Assim, quando empregada a título de pré-julgamento do caso penal, confundem-se as finalidades do instituto processual com as finalidades da pena de prisão, gerando-se clara antecipação da punição institucionalizada, esta vedada expressamente pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em segundo lugar, a despeito da autoridade coatora fundamentar a necessidade da prisão preventiva, como base no requisito da garantia da ordem pública, diante da “quantia considerável” de drogas, é gritante a falta de conexão lógica entre a quantidade concretamente apreendida em posse das Pacientes Talgia e Daiany, respectivamente, 0,2 gramas de cocaína e 9 gramas de crack (fl. 33) e 0,1 grama de cocaína e 2 gramas de crack (fls. 36/37).

Portanto, a quantidade de entorpecentes apreendidos não representa perigo concreto à ordem pública.

Por outro vértice, a incitada prevenção delitiva (retomada da comercialização do produto ilícito), também presente na decisão de decreto da prisão preventiva, é finalidade da pena, e não escopo de prisão cautelar (Teoria da Pena – artigo 59, in fine, do Código Penal).

Sobre a possibilidade de as pacientes voltarem a traficar substâncias entorpecentes, efetivamente constitui uma possibilidade, mas única e exclusivamente possibilidade. A possibilidade, todavia, é um juízo valorativo altamente subjetivo e abstrato por sua própria natureza, justamente por demandar um contexto imaginário extremo acerca de uma condição não real.

Assim, diante da quantidade de entorpecentes apreendidos não representar perigo concreto à ordem pública, bem ainda diante das considerações tecidas a respeito da audiência de custódia, mostra-se adequado e suficiente a decretação das medidas cautelares, como expressamente previsto no §2º, artigo 282, do Código de Processo Penal.

Com o advento da Lei 12.403/2011, foi alterada a dinâmica das prisões no Código de Processo Penal, pondo fim à chamada “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”, ou seja, o acusado respondia ao processo preso cautelarmente ou lhe era deferido o direito à liberdade provisória.

Com a edição do aludido diploma legal, ampliou-se o leque de medidas cautelares de natureza processual diversas da prisão. De acordo com a nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá: I) relaxar a prisão, quando ilegal; ou II) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou, c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Da interpretação literal do artigo 282, § 6º, artigo 312, parágrafo único, artigo 313 e artigo 319, todos do Código de Processo Penal, conclui-se que, agora, a prisão preventiva é medida cautelar duplamente excepcional, aplicável apenas se as demais forem insuficientes ou inadequadas.

Portanto, no acervo de providências cautelares previstas nos artigos 319, 320 e 321, todos do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso (ou da subsidiariedade), a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado.

É essa, precisamente, a ideia da subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição do excesso): o juiz somente poderá decretar a medida mais radical – a prisão preventiva – quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais seja possível alcançar os mesmos fins colimados pela prisão cautelar.

Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais medidas disponíveis – *in casu*, a prisão preventiva e alguma(s) das outras arroladas no art. 319 do CPP – igualmente adequadas e suficientes para atingir o objetivo a que se propõe a providência cautelar.

Desse modo, sob a influência do princípio da proporcionalidade e das novas opções fornecidas pelo legislador, imperiosa a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

Destaque-se, para tanto, que as Pacientes Daiany e Talgia

são primárias, possuem endereço fixo, bem ainda têm desenvolvem profissões lícitas, sendo a primeira autônoma como designer de sombrancelhas e a segunda Garota de Programa, conforme documentos de fls. 53/54 e 58/59. Aliás, a CBO – (CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÃO) Nº 5198 – 05 trata especificamente dos Profissionais do Sexo.

Analisando as circunstâncias do caso concreto, em cognição sumária até agora, depreende-se que não há indicativo de caráter associativo, nem habitualidade por parte das pacientes na traficância, fatos que, aliados à quantidade das drogas apreendidas, revelam que as medidas alternativas mostram-se suficientes e adequadas.

Aliás, sem entrar propriamente no mérito da causa, considerando a relação meio/fim, bem ainda as circunstâncias acima apontadas, verifica-se que, em caso de condenação, seria possível a aplicação do §4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, não se tratando tal questão de exercício de “futuologia”, mas sim de conceder tratamento jurídico à dinâmica dos fatos estabelecidos pelo Estado.

Destarte, em consulta aos autos da Ação Penal nº 0008482-52.2015.8.16.0013 (via PROJUDI), depreende-se que as Pacientes foram denunciadas no tipo expresso do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, o que somente vem a reforçar essa tese.

Sobre a questão, confirmam-se os seguintes julgados do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. SUFICIÊNCIA PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A CONSTRIÇÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES.

- Tanto a decisão que determinou a segregação provisória quanto a que indeferiu a liberdade provisória valeram-se da gravidade abstrata do delito para justificar a custódia cautelar para garantia de ordem pública, o que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, não é fundamento idôneo para imposição da



medida extrema, notadamente se cabível a sua substituição por medidas alternativa.

- Na própria decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, o magistrado aponta que não há receio de que o acusado vá se furtrar à ação penal ou influenciar a colheita de provas, todavia mantém a prisão cautelar como resposta à genérica gravidade do delito, o que evidencia o constrangimento a que o acusado está submetido.

- A medida odiosa deve ser aplicada apenas em ultima ratio, em consonância com o disposto no art. 282, § 6º do Código de Processo Penal e consagrando a mínima intervenção do Estado na liberdade individual. Em se tratando de paciente primário, sem antecedentes, de condições pessoais favoráveis, que permaneceu no local do acidente e solicitou socorro às vítimas, tenho por suficiente e adequada a decretação de medidas cautelares.

Ordem não conhecida, mas concedida, de ofício, para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares a serem impostas pelo juiz de primeiro grau, conforme entender necessárias e adequadas ao caso.

(HC 284.897/PB, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 23/09/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA. CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS.

1. A pequena quantidade de droga apreendida e as condições pessoais do agente, primário e endereço certo, fazem ver como suficientes medidas cautelares menos gravosas do que a prisão.

2. Recurso ordinário parcialmente provido para cassar a prisão preventiva, aplicando, em substituição, as seguintes medidas cautelares: (a) apresentação a cada 2 (dois) meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade; (b) ocupação lícita, de forma a garantir que a renda pessoal não provenha de crimes; (c) proibição de mudança de domicílio sem

prévia autorização judicial, evitando-se riscos à aplicação da lei penal; e (d) proibição de contato pessoal com os agentes nominados na denúncia e quaisquer outros envolvidos em atividades criminosas, como proteção contra a reiteração criminosa.

(RHC 51.106/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015) (grifo nosso)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO - EMBRIAGUEZ - PRISÃO CAUTELAR - REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - EXCEPCIONALIDADE. CONJUGAÇÃO COM O ART. 282 DO CPP. PROIBIÇÃO DE EXCESSO. APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. ART. 319 DO CPP C/C ART. 294 DO CTB. RECURSO NÃO PROVIDO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DO WRIT.

1. (...)

3. *A despeito da notória gravidade e da reprovabilidade social do comportamento do recorrente - a ensejar, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal - haveria de ser analisada a existência ou não de meios outros, que não a prisão preventiva, que pudessem, com igual idoneidade e eficácia, satisfazer as exigências cautelares do caso analisado, com carga coativa menor.*

4. *A ideia subjacente à subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso), conduz a que o juiz somente deve decretar a medida mais radical - a prisão preventiva - quando não existirem outras medidas menos gravosas ao direito de liberdade do indiciado ou acusado, por meio das quais seja possível alcançar, com igual eficácia, os mesmos fins colimados pela prisão cautelar.*

5. *Recurso não provido. Concessão, ex officio, da ordem de habeas corpus, para substituir a prisão provisória pelas seguintes providências, de igual idoneidade e suficiência cautelar: a) proibição de frequentar bares, boates e casas de shows (art. 319, inciso II. CPP); b) recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga (art. 319, V, CPP) e c) suspensão da habilitação para conduzir*



Habeas Corpus Crime nº 1.358.323-2 fls. 19

veículo automotor (art. 294 do CTB, L. 9.503/97), sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas.

(RHC 46.099/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 02/06/2014)

Ressalte-se, por fim, que a Paciente – Talgia Leme Inácio, quando interrogada perante a autoridade policial declarou que é viciada em crack. Aliás, segundo as informações processuais em seu nome, constata-se a existência de alguns Termos Circunstanciados, pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (consumo pessoal de substância entorpecente), conforme documentos de fls. 65/68.

Portanto, as circunstâncias concretas fazem supor que se trata de viciada/traficante, que acabou praticando a suposta conduta ilícita para manutenção do seu vício.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 282, § 2º do CPP, considero necessário e suficiente a imposição das seguintes medidas cautelares a Paciente **TALGIA LEME INÁCIO**:

- a) comparecer a programa/curso educativo, destinado a usuários e dependentes de drogas, a ser designado pelo d. Juízo de primeiro grau (como medida educativa prevista no art. 28, III da Lei 11.343/2006);
- b) proibição de frequentar a Praça Santos Dumont (centro da cidade de Curitiba), como proteção contra a reiteração criminosa (art. 319, II, CPP);
- c) proibição de manter contato com a pessoa de Tharles Silva (art. 319, III, CPP);
- d) proibição de ausentar-se da Comarca que reside, diante da conveniência e necessidade de sua permanência até a completa finalização da ação penal instaurada (art. 319, IV);

Em relação a Paciente **DAIANY GONÇALVES NUNES DA SILVA**, considero necessário e suficiente a imposição das seguintes medidas cautelares:

- a) proibição de frequentar a Praça Santos Dumont (centro



da cidade de Curitiba), como proteção contra a reiteração criminosa (art. 319, II, CPP);

b) proibição de manter contato com a pessoa de Tharles Silva (art. 319, III, CPP);

c) proibição de ausentar-se da Comarca que reside, diante da conveniência e necessidade de sua permanência até a completa finalização da ação penal instaurada (art. 319, IV);

Tais medidas devem ser cumpridas, sem prejuízo de eventual revisão ou revogação pelo magistrado singular, nos termos legais, art. 282, § 4º do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer o *writ* e conceder a ordem de *habeas corpus*, para o fim de aplicar às Pacientes **TALGIA LEME INÁCIO** e **DAIANY GONÇALVES NUNES DA SILVA** as medidas cautelares respectivamente elencadas, determinando-se a autoridade coatora a lavratura dos respectivos termos e expedição de alvarás de soltura em seu favor, se por "al" não estiverem presas e se aceitarem as condições referidas.

Ante ao exposto,

ACORDAM os Senhores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por **unanimidade** de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Acompanharam o voto do eminente Desembargador Relator, os Exmos. Des. **Marcus Vinicius de Lacerda Costa** e o Juiz Substituto em 2º Grau **Ruy Alves Henriques Filho**.

Curitiba, 23 de abril de 2015.

Des. JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

Relator