



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 611251 - SP (2020/0230862-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PRISCILA MORGADO CURY - SP308034
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOISES ISAIAS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela

variedade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 78,5 g de *crack*, 8,1 g de cocaína e 111,7 g de maconha, – o que, somado à forma de acondicionamento das drogas – em 374 porções individuais, prontas para venda – bem como ao fato de possuir registros por atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, encontrando-se em cumprimento de medida socioeducativa quando dos fatos em tela, revela seu maior envolvimento com o narcotráfico e a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em *habeas corpus*, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado.

7. O risco trazido pela propagação da COVID-19 não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, sendo imprescindível, para tanto, que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta.

8. No caso, além de estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva, o paciente não comprovou estar inserido no grupo de risco de agravamento da COVID-19, não havendo, portanto, falar em liberdade provisória ou substituição da custódia por prisão domiciliar em razão da pandemia.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de outubro de 2020.

Joel Ilan Paciornik
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 611251 - SP (2020/0230862-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PRISCILA MORGADO CURY - SP308034
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOISES ISAIAS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela

variedade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 78,5 g de *crack*, 8,1 g de cocaína e 111,7 g de maconha, – o que, somado à forma de acondicionamento das drogas – em 374 porções individuais, prontas para venda – bem como ao fato de possuir registros por atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, encontrando-se em cumprimento de medida socioeducativa quando dos fatos em tela, revela seu maior envolvimento com o narcotráfico e a necessidade da custódia cautelar para garantia da ordem pública.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em *habeas corpus*, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado.

7. O risco trazido pela propagação da COVID-19 não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, sendo imprescindível, para tanto, que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta.

8. No caso, além de estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva, o paciente não comprovou estar inserido no grupo de risco de agravamento da COVID-19, não havendo, portanto, falar em liberdade provisória ou substituição da custódia por prisão domiciliar em razão da pandemia.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em benefício de MOISES ISAIAS DA SILVA, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO no julgamento do HC n. 2164543-88.2020.826.0000.

Extraí-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 14/7/2020 por ter supostamente praticado o delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos do acórdão que restou assim ementado:

Habeas corpus. Tráfico ilícito de drogas. Pleito de revogação da prisão cautelar. 'Fumus commissi delicti' e 'periculum libertatis' demonstrados. Necessidade de garantia à ordem pública. Pleito de concessão de prisão

No presente *mandamus*, alega que o decreto prisional está fundado exclusivamente na gravidade abstrata do delito e sustenta ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente e a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos (8,1 g de cocaína, 111,7 g de maconha e 78,5 g de *crack*). Afirma que a manutenção da medida extrema configura indevida antecipação de pena.

Assevera que a pandemia de COVID-19 impõe maior risco à população carcerária e pondera que eventual condenação fixará regime inicial diverso do fechado, dessa forma, a prisão preventiva se mostra desproporcional ao caso concreto. Invoca a Recomendação n. 62/CNJ, de 18/3/2020 e aponta suficiência da aplicação de medidas alternativas ao cárcere.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura, ainda que mediante aplicação de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do CPP.

Indeferida a liminar (fls. 239/240) e informações prestadas (fls. 247/251 e 254/268), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 270/272).

É o relatório.

VOTO

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a revogação da custódia cautelar imposta ao paciente.

Verifica-se que o Juízo de primeiro grau converteu o flagrante em prisão preventiva por entender ser a medida necessária a bem da ordem pública, consignando o seguinte:

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes autoria do crime de TRÁFICO DE

DROGAS(artigo 33 da Lei nº 11.343/2006)encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga. Trata-se, na hipótese, da apreensão de 55 porções de maconha (111,7 g), 09 porções de cocaína (8,1 g) e 310 pedras de crack (78,5 g), e um telefone celular.

Segundo se depreende dos autos, policiais civis estavam em diligências, participando da operação "Capital Mais Segura", e, pelo local dos fatos, verificavam denúncia anônima sobre tráfico de drogas, sendo que deixaram a viatura estacionada e caminharam a pé até o local, onde visualizaram um indivíduo, que, ao seu aproximar um transeunte, se afastava, voltava com algo em suas mãos e o entregava a esse mesmo transeunte, decidiram, então, pela abordagem. No momento da abordagem o transeunte já havia se retirado no sentido oposto, vindo o detido a ser revistado e identificado como MOISES ISAIAS DA SILVA, no corpo dele nada de ilícito foi encontrado, porém ao ser cientificado dos fatos apontou o local onde foi encontrada uma sacola plástica, uma moita, próxima a um córrego, em cujo interior havia 310 invólucros, contendo substância que aparentou ser "crack"; 09 invólucros, contendo substância que aparentou ser cocaína e 55 invólucros, contendo substâncias que aparentou ser "maconha", e, confessou que trabalha no local, vendendo drogas, uma vez por semana, das 19h as 7h e ganha R\$300,00 por dia. Com ele, também, foi encontrado um aparelho celular. Esses são os fatos em concreto, consistentes, ao que parece, na mercancia ilícita de drogas, ante as circunstâncias da prisão, variedade, quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos.

Note-se que a quantidade de droga apreendida não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo', quantidade que se mostra para além do necessário e ordinário ao consumo individual (indicando a finalidade de mercancia).

Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4o, da Lei nº 11.343/06 - os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que NÃO há indicação precisa de atividade laboral remunerada, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) - sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento.

[...]

Aliás, as circunstâncias não são tão favoráveis assim: completada há pouco a maioria, embora haja primariedade técnica, verifico a existência de registros de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, encontrando-se, inclusive, em cumprimento de medida socioeducativa. E segundo a jurisprudência, a prática de atos infracionais anteriores serve para justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública. Isso porque ela indica que a personalidade do agente é voltada à criminalidade, fundamentando receio de reiteração, considerando-se notadamente a gravidade específica do ato infracional cometido e o tempo decorrido entre o ato infracional e o crime (STJ, 3a Seção, RHC nº 63.855/MG, Rei. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 11/05/2016) (fls. 80/81).

A segregação cautelar foi mantida pelo Tribunal de origem nos seguintes termos:

O paciente foi preso em flagrante e denunciado pelo cometimento, em tese, da infração penal prevista no artigo 33, caput, da Lei Antidrogas, porque, segundo a denúncia, no dia 14 de julho de 2020, por volta das 05h30min, na Rua Pedro de Gois da Silva, nº 103, bairro da Ponte Rasa, na cidade e Comarca de São Paulo, durante período de calamidade pública, o paciente mantinha em depósito e guardava 55 porções de Cannabis sativa (pesando 111,7 g), 09 porções de cocaína (pesando 8,1 g) e 310 pedras de crack (pesando 78,5 g). Policiais civis fizeram campanha no local, após denúncias anônimas sobre a prática do tráfico de drogas, podendo visualizar atos de venda realizados pelo paciente.

A manutenção da custódia cautelar foi fundamentada pelo Magistrado, que entendeu presentes a autoria e a prova da materialidade dos delitos (fls. 44/47 da ação originária), bem como os requisitos para decretação da prisão preventiva.

[...]

Observa-se que, diversamente do alegado pelo impetrante, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva não teve por fundamento apenas a gravidade abstrata do crime, mas sim nas características do caso concreto, especificamente a considerável quantidade e diversidade de drogas apreendidas, uma delas de maior nocividade (crack) implica grave risco à saúde. Necessária, portanto, a segregação cautelar como forma de garantia da ordem pública.

[...]

Ademais, embora seja o paciente primário, ostenta registros de ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes (fl. 32 autos de origem), de modo a justificar a manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

[...]

Em relação à pandemia de Covid-19, destaco que o impetrante não indicou que o paciente integra grupo de risco ou que é portador de alguma doença preexistente que o coloque nessa condição.

Além disso, ressalta-se que a Portaria Interministerial nº 07 de 18 de março de 2020 adota providências visando à contenção da pandemia no sistema prisional, a tornar desnecessária, ao menos nesse momento, a imediata transferência do paciente.

Destaca-se que as unidades prisionais reforçaram medidas preventivas de higiene, com foco no aumento da frequência de limpeza dos espaços de circulação e permanência das pessoas em privação de liberdade, bem como higienização das estruturas de transporte e contenção.

Além disso, os profissionais que realizam as avaliações de saúde dos presos foram equipados com materiais de segurança e instruídos a observar a existência de sintomas da doença entre a população carcerária, de forma que, na hipótese de identificação, realizaram o devido isolamento individual.

Acresça-se também as medidas relacionadas ao ingresso de novos presos, cujo procedimento conta com a imediata separação do convívio comum por quatorze dias, período após o qual, e apenas se apresentadas boas condições de saúde, será autorizado o ingresso em pavilhão habitacional.

Dessa forma, as circunstâncias do caso concreto especialmente a quantidade e variedade de drogas apreendidas e a ausência de comprovação da deficiência no atendimento médico, autorizam a manutenção da segregação cautelar, sem que ocorra qualquer violação à Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 111/116).

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciadas pela variedade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 78,5 g de crack, 8,1 g de cocaína e 111,7 g de maconha

– o que, somado à forma de acondicionamento das drogas – em 374 porções individuais, prontas para venda –, demonstra seu maior envolvimento com o narcotráfico e o risco ao meio social.

Ademais, a prisão também se justifica para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que, conforme destacado, o paciente possui registros pela prática de atos infracionais equiparados ao tráfico de drogas, estando, inclusive, no cumprimento de medida socioeducativa quando dos fatos em tela.

Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FLAGRANTE FORJADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Inviável, na via estreita do habeas corpus, análise das alegações acerca do flagrante forjado, porque demandaria análise aprofundada do conjunto fático probatório.

III - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

IV - In casu, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de

entorpecente apreendido (63 pedras de crack), circunstância indicativa de maior desvalor da conduta a justificar a medida extrema decretada em desfavor do Paciente. (precedentes).

V - Revela-se inviável a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar, uma vez que tal exame deve ficar reservado ao Juízo de origem, que realizará cognição exauriente dos fatos e provas apresentados no caso concreto.

VI - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre na hipótese.

Habeas Corpus não conhecido (HC 538.790/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2. No caso, observa-se que a custódia cautelar está suficientemente motivada na garantia da ordem pública, haja vista a gravidade do fato e a reiterada conduta delitiva do agente. Segundo consta, o paciente já tem contra si condenação definitiva pelo delito de tráfico de drogas, sendo novamente surpreendido, nesta ocasião, na posse de 234 porções de crack.

3. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do paciente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 584.011/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/8/2020, DJe 3/9/2020).

Ressalto que a presença de condições pessoais favoráveis não impede a decretação da prisão preventiva.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.

PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DA CUSTÓDIA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. TEMA NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

1. Não comporta análise o pedido de revogação da custódia com fundamento na Resolução n. 62/CNJ, sob pena de supressão de instância, uma vez que o acórdão recorrido não examinou a matéria.

2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

3. No caso, a manutenção da constrição cautelar está baseada em elementos vinculados à realidade, pois as instâncias ordinárias fazem referência às circunstâncias fáticas justificadoras, destacando, além da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas - 59 eppendorfs contendo cocaína, 73 porções de crack, 50 porções de maconha, 64 porções de haxixe -, o real risco de reiteração delitiva que, conforme noticiado pelo Magistrado de piso, conquanto primário, o paciente foi preso há menos de 1 ano, em razão do mesmo delito (fl. 55). Tudo a revelar a periculosidade in concreto do agente.

4. Eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantir a revogação da prisão preventiva.

5. Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da custódia, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas.

6. Habeas corpus conhecido parcialmente e, nessa parte, ordem denegada (HC 572.447/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 18/6/2020).

Ademais, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GARANTIA DA INTEGRIDADE DA VÍTIMA E DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORÇÃO EM RELAÇÃO À POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. PROGNÓSTICO INVIÁVEL.

CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS.
IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES
ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE
ILEGALIDADE FLAGRANTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da medida privativa de liberdade, tendo em vista as circunstâncias concretas que envolvem o fato criminoso, especialmente o *modus operandi* relatado, apontando-se que o paciente/agravante, após dissimuladamente entrar em um ônibus fretado pela empresa em que a vítima trabalha e fazer-se passar por empregado, teria prendido a vítima contra a parede, logo após o seu desembarque, desferindo-lhe um golpe com faca de cozinha na altura de seu abdome, causando lesões corporais de natureza leve, situação esta que revela a ousadia e periculosidade do acusado.

3. Ademais, colhe-se dos autos que "antes de sofrer a agressão, a vítima vivia sob constantes ameaças do paciente, demonstrando comportamento agressivo e possessivo, levando a entender que, uma vez solto, voltará a delinquir, colocando em risco a integridade da vítima." Prisão preventiva devidamente justificada para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP, mostrando-se necessária, ainda, para assegurar a integridade física e psicológica da vítima.

4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

5. A alegação de desproporcionalidade da prisão em relação à futura pena a ser aplicada ao paciente, trata-se de prognóstico que somente será confirmado após a conclusão do julgamento da ação penal, não sendo possível inferir, nesse momento processual e na estreita via ora adotada, o eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da homogeneidade). A confirmação (ou não) da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático e a reiteração delitiva indicam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. Precedentes.

7. Não se justifica, assim, a revogação da custódia, em especial diante dos veementes indícios de periculosidade acima expostos.

Suficiente, portanto, recomendar ao magistrado que reexamine a necessidade da segregação cautelar, tendo em vista o tempo decorrido e o disposto na Lei n. 13.964/2019, conforme já feito na decisão agravada.

8. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 577.334/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/6/2020, DJe 15/6/2020).

Ainda, não é possível afirmar que a medida excepcional se mostra desproporcional em relação à eventual condenação que o paciente venha sofrer no fim do processo, porquanto, em *habeas corpus*, é inviável concluir a quantidade de pena que poderá ser imposta, tampouco se iniciará o resgate da reprimenda em regime diverso do fechado ou beneficiado com a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos

dos autos, que evidenciam que a liberdade dos Agravantes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a contumácia delitiva dos Agravantes, haja vista o fato de serem habituais na prática delitiva, desde a menoridade, circunstância que reforça a imposição da segregação cautelar pelo fundado receio de reiteração delitiva.

IV - Revela-se inviável a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar, uma vez que tal exame deve ficar reservado ao Juízo de origem, que realizará cognição exauriente dos fatos e provas apresentados no caso concreto.

V - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

VI - É assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 574.377/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/6/2020, DJe 17/6/2020).

Por fim, a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça prescreve medidas de prevenção à propagação da COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativos, tendo como uma de suas finalidades a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, *"sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e com infecções"*.

Quanto aos presos provisório o texto traz a seguinte orientação:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas

com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

Nesse sentido, cumpre salientar que o risco trazido pela propagação da doença não é fundamento hábil a autorizar a revogação automática de toda custódia cautelar, sendo imprescindível, para tanto, que haja comprovação de que o réu encontra-se inserido na parcela mais suscetível à infecção, bem como, que haja possibilidade da substituição da prisão preventiva imposta.

Na hipótese dos autos, ficou demonstrada, de forma concreta, a necessidade da manutenção da prisão preventiva do ora paciente, para garantia da ordem pública, nos termos já elencados em linhas pretéritas.

Ademais, o paciente não é idoso – possui 19 anos – e, conforme destacado pela Corte *a quo*, não comprovou estar inserido no grupo de risco da COVID-19, não se encontrando, portanto, nas hipóteses previstas pela Recomendação n. 62/2020 do CNJ.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE. JUÍZO INCOMPETENTE. INOCORRÊNCIA. REMESSA AO JUÍZO COMPETENTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RATIFICAÇÃO TÁCITA OU IMPLÍCITA DO DECRETO PRISIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. SÉGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. REGISTROS CRIMINAIS. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELO COVID-19. LOCAL COM AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - No que pertine à arguição de nulidade absoluta do decreto prisional ante a incompetência do juízo, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de ratificação implícita dos atos decisórios - inclusive da ordem de prisão cautelar - quando o juízo

competente dá normal seguimento ao processo.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente pelo fato de o agravante ostentar inúmeros registros criminais, máxime pela prática de idênticos crimes (contra o patrimônio), o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Não se pode olvidar, ainda, que "a conduta foi praticada de maneira orquestrada, durante a madrugada, com planejamento de itinerário para o deslocamento da res furtiva de um Município ao outro, o que mais reforça que versados na prática de crimes contra o patrimônio" Precedentes.

III - É iterativa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[...] a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ" (RHC n. 106.326/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 24/04/2019).

IV - Não analisada nas instâncias ordinárias a questão atinente ao risco de contaminação pelo novo coronavírus, em razão da aglomeração de pessoas no ambiente prisional, não cabe a este Tribunal Superior examinar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

V - Ademais, ficou consignado na Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que "o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus - COVID-19-, compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades peexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção pra diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV, e coinfeções" (grifei). No caso, o agravante não é idoso, tem 49 anos de idade, e tampouco alegou possuir qualquer comorbidade preexistente, não integrando, ao que parece, o grupo de risco para a mencionada doença.

V - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r.

decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 563.330/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/4/2020, DJe 17/4/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.
IMPETRAÇÃO INDEFERIDA LIMINARMENTE. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU COM OUTROS

REGISTROS DE CRIMES E DE ATOS INFRACIONAIS. RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA. COVID-19. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão firmada no sentido de não ser cabível habeas corpus contra decisão que indefere o pleito liminar em prévio mandamus, a não ser que fique demonstrada flagrante ilegalidade, o que não ocorre na espécie. Inteligência do verbete n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, ainda, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. Caso em que a prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, em razão o efetivo risco de reiteração criminosa, porquanto o agravante, além de possuir outros registros criminais por furto e tráfico de entorpecentes, também possui registros de atos infracionais. Precedentes.

4. Além disso, a quantidade de droga apreendida e a forma como estava acondicionada - 62g de cocaína, fracionada em 52 pinos - não pode ser considerada de pequena monta a ponto de desclassificar, de plano, a conduta.

5. **Não se desconhece o grave momento que estamos vivendo, diante da declaração pública da situação de pandemia pelo novo coronavírus, no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, que requer a adoção de medidas preventivas de saúde pública para evitar a sua propagação.**

6. **Todavia, essa relevante circunstância não tem o condão de permitir a revogação de todas as prisões cautelares. No presente caso, os documentos carreados aos autos não evidenciam que o agravante se encontra nas hipóteses previstas na Recomendação n. 62 do CNJ para fins de revogação da prisão preventiva, ou concessão da prisão domiciliar, pois não demonstrou estar inserido no grupo de risco.**

7. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 574.413/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/5/2020, DJe 11/5/2020).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0230862-2

HC 611.251 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15148412320208260228 2020000853 21645438820208260000 21713522020

EM MESA

JULGADO: 06/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PRISCILA MORGADO CURY - SP308034
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MOISES ISAIAS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.