



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 696.334 - SP (2021/0310240-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : MATHEUS DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. ALEGADA NULIDADE. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA). GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COVID-19. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. No que concerne à alegada nulidade da prisão, sob o argumento de que a mesma foi decretada de ofício, verifica-se que a referida tese não foi analisada pela Corte de origem, o que inviabiliza sua análise no Superior Tribunal de Justiça.

3. 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, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em 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. Precedentes do STF e STJ.

4. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da ordem pública em razão da periculosidade social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do crime – foram apreendidos, no momento do flagrante, 84,7g de crack, 64,4g de cocaína e 172,1g de maconha, quantidade e variedade que não podem ser consideradas como inexpressivas.

5. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

7. A prisão do paciente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, pois o fato de ser primário não lhe garante a aplicação da pena mínima cominada aos delitos a ele imputados. Além disso, a garantia à ordem pública não pode ser abalada diante de mera suposição referente ao regime prisional a ser eventualmente aplicado.

8. 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.

9. 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 paciente 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.

10. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2021(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 696.334 - SP (2021/0310240-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MATHEUS DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por MATHEUS DA SILVA SANTOS contra decisão de minha lavra que não conheceu do *habeas corpus*, por entender que não há constrangimento ilegal a ser sanado nesta Corte (e-STJ fls. 67/79).

Em suas razões, a defesa insiste que o representante do Ministério Público manifestou-se pela concessão de liberdade provisória, ressaltando ser nula a prisão preventiva decretada de ofício.

Reitera que o Supremo "reconheceu a inconstitucionalidade da proibição contida no art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não comportando mais se falar em vedação da liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas." (e-STJ fl. 83).

Destaca, mais uma vez, que o paciente é primário, além de possuir endereço fixo e ocupação lícita como estudante, não havendo qualquer indicativo de que, em liberdade, pretenda se furtar à aplicação da lei, obstar o andamento da instrução o voltar a delinquir.

Argumenta que, no caso de eventual condenação, o paciente fará jus ao regime prisional mais brando, mostrando-se desproporcional a manutenção da custódia cautelar.

Por fim, defende ser suficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas e lembra que "em razão da Pandemia causada pela Covid-19, a prisão processual deverá se dar com a máxima excepcionalidade (Recomendação nº 62/CNJ)" (e-STJ fl. 97).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, pede a reconsideração da decisão anterior para revogar a prisão preventiva do agravante ou que o recurso seja levado a julgamento pelo Colegiado da Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 696.334 - SP (2021/0310240-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Verifica-se que a defesa não apresentou qualquer fato novo que altere o entendimento firmado na decisão anterior.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga apelação ou recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC n.º 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC n.º 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Inicialmente, **a alegada nulidade da prisão, sob o argumento de que a mesma foi decretada de ofício**, não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impede a apreciação direta por esta Corte, sob pena de **supressão de instância**.

Como cediço, “matéria não apreciada pelo Juiz e pelo Tribunal de segundo grau não pode ser analisada diretamente nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância” (AgRg no HC n.º 525.332/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

No mesmo sentido, é entendimento da Corte Maior que “o exaurimento da instância recorrida é, como regra, pressuposto para ensejar a competência do Supremo Tribunal Federal, conforme vem sendo reiteradamente proclamado por esta Corte (HC n.º 129.142/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 10/8/2017; RHC n.º 111.935/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013; HC n.º 97.009/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Rel. p/ acórdão Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; HC n.º 117.798/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014)” (AgRg no HC n.º 177.820/SP, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 6/12/2019, DJe 18/12/2019).

Em relação aos **fundamentos do decreto prisional**, importante destacar que 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).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o novo pressuposto – demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado –, apenas explicitou entendimento já adotado pela jurisprudência pátria ao abordar a necessidade de existência de *periculum libertatis*. Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão (HC n.º 137.066/PE, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 13/3/2017; HC n.º 122.057/SP, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 2/9/2014, DJe 10/10/2014; RHC n.º 79.200/BA, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/6/1999, DJU 13/8/1999; e RHC n.º 97.893/RR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019; HC n.º 503.046/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

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.º 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 (HC n.º 321.201/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; HC n.º 296.543/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

No caso, assim foi fundamentada a prisão (e-STJ fls. 41/43):

Vistos. Trata-se de cópia de auto de prisão em flagrante de MATHEUS DA SILVA SANTOS, investigado pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e resistência, em razão de fatos ocorridos no dia 16 de agosto de 2021, nas circunstâncias de tempo e lugar indicadas no boletim de ocorrência. Consta nos autos que compareceram na Delegacia policiais civis informando que nesta data, dando continuidade às investigações com vistas a coibir o tráfico de entorpecente, dirigiram-se ao local dos fatos conhecido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como ponto de venda de drogas e, lá chegando, após campana velada, visualizaram o indiciado efetuando uma venda de droga tendo o respectivo comprador evadido na sequência e tomado rumo ignorado. Assim, procederam abordagem e, após revista pessoal, foi encontrado em poder do autor uma bolsa tipo/necessaire contendo 83 invólucros de crack, 44 invólucros de cocaína, 79 invólucros de maconha, R\$ 65,00 em espécie e manuscritos referente contabilidade da venda de entorpecente. Indagado, o indiciado afirmou atuar no tráfico local sendo este o seu primeiro dia de trabalho e iria ganhar R\$ 200,00 por dia de serviço. Manifestações do Ministério Público (pela regularidade do flagrante e pela concessão de liberdade provisória) e Defesa (pela concessão de liberdade provisória). É o relatório. No âmbito da ciência do flagrante, nos termos do disposto no art. 310 do CPP (com a nova redação da Lei n.º 12.403/11), passo a decidir. Está presente hipótese de flagrante delito, sendo que a situação fática se encontra subsumida às regras previstas pelo art. 302 e seus incisos do Código de Processo Penal. O auto de prisão em flagrante está material e formalmente em ordem, não se vislumbrando qualquer nulidade, irregularidade ou ilegalidade apta a justificar o relaxamento da prisão em flagrante. Além disso, foram cumpridas todas as formalidades legais e respeitados os direitos individuais e as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal vigente. As demais providências que se seguem à prisão em flagrante foram regularmente tomadas (em especial nota de culpa e laudo de constatação provisória), conforme se verifica dos presentes autos. Ainda, em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de drogas, bem como da finalidade da traficância. No caso em exame, não obstante os argumentos aduzidos pela defesa, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, ao caso em testilh a, não há que se falar em aplicação da Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça. Com efeito, a prisão preventiva é necessária diante da gravidade concreta do delito e da periculosidade concreta do agente. Segundo consta no auto de exibição e apreensão (fls. 06/07) e boletim de ocorrência (fls. 02/04), havia razoável quantidade e variedade de entorpecentes (84,7gramas e 64,4 gramas de cocaína e 172,1 gramas de maconha - laudo de constatação de fls. 19/21).O local era conhecido ponto de venda de drogas, o que demonstra o envolvimento do averiguado na prática criminosa e caracteriza o elevado grau de desvalor da conduta imputada e autoriza a prisão preventiva. Tais circunstâncias também legitimam a prisão cautelar dos averiguados para resguardar a ordem pública, segundo a prova até aqui colhida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, a prisão é necessária para preservar a boa instrução criminal. Nessa linha, em caso análogo, verbis: HABEAS CORPUS. Tráfico Ilícito de Drogas. Prisão em flagrante delito convolada em segregação preventiva. Circunstâncias da prisão que, neste momento processual, não justificam a revogação da custódia cautelar. Medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal que se mostram insuficientes a garantir a ordem pública e a instrução criminal. Constrangimento Ilegal Não Evidenciado. ORDEM DENEGADA. (TJ-SP - HC n.º 21065583020218260000 SP 2106558- 30.2021.8.26.0000, Relator: Silmar Fernandes, Data de Julgamento: 25/6/2021, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/6/2021).

Ademais, em que pese a situação excepcional vivenciada, isto é, a pandemia, a concessão de liberdade provisória ou prisão domiciliar em virtude da Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça contra pandemia da COVID-19 não se mostra adequada. Do mesmo modo, considerando-se o grande número de casos de contaminação pela COVID-19 em todo o território nacional, não há que se falar em maior risco de transmissão da doença na hipótese de encarceramento. Outrossim, não há qualquer notícia nos autos de que os averiguados pertençam a grupo de risco da referida doença. Destaco, também, que está ausente qualquer elemento que indique que os custodiados em meio aberto receberá cuidados médicos mais adequados do que aqueles prestados pelo Estado. Ademais, deve ser ressaltado que não há qualquer recomendação das autoridades de saúde pública no que tange ao esvaziamento dos estabelecimentos prisionais como forma de prevenir a disseminação do vírus (COVID-19). Ressalto que a existência de condições pessoais favoráveis do custodiado, tais como primariedade (certidão de distribuição de 22/23 e F.A. de fls. 24/25), bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da custódia cautelar (STJ, RHC n.º 113.414/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019). Destaco que o tráfico de drogas é delito equiparado ao hediondo, cujo tratamento exige maior rigor. Ainda que, em tese, se mostre possível a concessão da liberdade provisória em tais delitos, as circunstâncias do caso concreto não permitem a sua concessão. Assim, a prisão preventiva mostra-se necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Do exposto, CONVERTO a prisão em flagrante EM PREVENTIVA de MATHEUS DA SILVA SANTOS, qualificado nos autos, considerando a gravidade em concreto do fato delituoso, as circunstâncias fáticas do caso e as condições pessoais do averiguado, com base nos artigos 282, § 6º, e art. 310, II e 312, todos do CPP, expedindo-se o competente mandado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao examinar a matéria, o Tribunal manteve a custódia, ponderando o seguinte (e-STJ fls. 62/63):

O ora paciente está sendo acusado de infringir o disposto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, em razão de fatos ocorridos no dia 16 de agosto de 2021, quando trazia consigo, para fins de entrega a consumo de terceiros, 83 invólucros de crack, 44 invólucros de cocaína, 79 invólucros de maconha, drogas ilícitas que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de R\$ 65,00 em espécie e manuscritos referente contabilidade da venda de entorpecente.

Ademais disso, estando presentes os motivos para a manutenção da custódia cautelar, uma vez que a natureza do crime imputado, fundada a tipificação em indícios razoáveis da autoria e materialidade e em se cuidando de conduta que, em tese, viola a saúde e a ordem pública de modo severo, por se cuidar de tráfico de drogas, não há porque se cogitar de liberdade provisória, muito embora a prova de toda a imputação deva ser confirmada no contraditório processual, sendo descabido apreciar argumentos de mérito nesta oportunidade. Cabe ressaltar que, embora primário, foi preso com razoável quantidade e variedade de drogas, bem como, ao ser indagado, afirmou atuar no tráfico local sendo este o seu primeiro dia de trabalho e iria ganhar R\$ 200,00 por dia de serviço, circunstâncias que, ao menos nesta oportunidade, justificam a manutenção da custódia cautelar.

A conduta imputada ao paciente traz perigo à ordem pública. São nefastas as consequências do tráfico de drogas, posto que motivadoras de milhares de crimes que se sucedem no cotidiano. Portanto, apresentam-se os requisitos da prisão preventiva, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ademais disso, mesmo aquele que delinque pela primeira vez, tendo, portanto, antecedentes imaculados, residência fixa e ocupação lícita, traz o mesmo risco à ordem pública pela possibilidade de reiteração na conduta.

Não se verifica, assim, violação do princípio da presunção de inocência. A despeito de a Constituição Federal trazer como regra que a prisão somente deva ocorrer após a decisão definitiva, ela própria prevê as hipóteses de prisões cautelares, decorrentes de flagrante-delito ou determinadas por decreto preventivo judicial (art. 5.º, LXI), que têm cabimento na forma da lei.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória, se há nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção” (STJ, HC n.º 139630/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 3/11/2009).

De outro lado, não cabe, neste momento, substituir a prisão por medidas cautelares do artigo 319 do CPP. Isso se revelaria inadequado, pelos mesmos motivos apontados acima.

Cumprir verificar se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e sem fundamentação idônea, como aduz a inicial.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI), mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Segundo consta dos autos, **foram apreendidos com o paciente, no momento do flagrante, em local conhecido como ponto de venda de drogas, 83 (oitenta e três) invólucros de crack (84,7 g), 44 (quarenta e quatro) invólucros de cocaína (64,4g) e 79 (setenta e nove) invólucros de maconha (172,1 g).**

As circunstâncias fáticas do crime, como a considerável quantidade e variedade de droga apreendida, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos, podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso permaneça em liberdade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal assentou que “a gravidade concreta do crime, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública” (HC n.º 130.708/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 6/4/2016).

De maneira idêntica, “esta Corte Superior possui entendimento de que a quantidade, a variedade ou a natureza da substância entorpecente apreendida podem servir de fundamento para a decretação da prisão preventiva” (HC n.º 547.239/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe 12/12/2019).

Portanto, mostra-se legítima, no caso, a prisão preventiva, uma vez que ficou demonstrado, com base em dados empíricos, ajustados aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, o efetivo risco à ordem pública gerado pela permanência da liberdade.

Registre-se, ainda, que **eventuais condições subjetivas favoráveis**, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, **não obstam a segregação cautelar**, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Mencione-se que “é firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Agravante, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar.” (AgRg no HC n.º 127.486/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 18/5/2015).

Do mesmo modo, segundo este Tribunal, “a presença de condições pessoais favoráveis não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.” (HC n.º 472.912/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, **as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são insuficientes para a consecução do efeito almejado**, ou seja, tendo sido exposta de forma fundamentada e concreta a necessidade da prisão, revela-se incabível sua substituição por outras medidas cautelares mais brandas.

Quanto ao tema, trago aos autos precedente do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido: “[...]. Necessidade da prisão provisória justificada. Gravidade concreta dos delitos. As medidas cautelares alternativas diversas da prisão, previstas na Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes a acautelar o meio social. [...]” (HC n.º 123.172/MG, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 19/2/2015).

Em harmonia, esta Corte entende que é “indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração indicando que providências mais brandas não seriam suficientes para garantir a ordem pública”. (RHC n.º 120.305/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Em relação à **alegação de desproporcionalidade** da prisão em cotejo à futura pena a ser aplicada, 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 conseqüente 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 do presente instrumento constitucional.

Note-se que “a jurisprudência do STJ é firme em salientar a inviabilidade da análise da tese de ofensa ao princípio da homogeneidade na aplicação de medidas cautelares, por ocasião de sentença condenatória no âmbito do processo que a prisão objetiva acautelar, ante a impossibilidade de vislumbrar qual pena será eventualmente imposta ao réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

notadamente o regime inicial de cumprimento.” (HC n.º 507.051/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe 28/10/2019).

Em relação ao **pretendido encarceramento em domicílio**, não se desconhece que a Resolução n.º 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus/COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Contudo, isso não implica automática substituição da prisão pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

Veja-se, a propósito, *mutatis mutandis*, o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. SONEGAÇÃO FISCAL, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, RECEPÇÃO QUALIFICADA E LAVAGEM DE CAPITAIS. OPERAÇÃO REDITUS. PRISÃO PREVENTIVA. DENÚNCIA. APONTADO LÍDER DA ORGANIZAÇÃO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA. DECISÃO PROFERIDA COM OBSERVÂNCIA DO RISTJ E DO CPC. DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO N.º 62 DO CNJ. COVID-19. PRISÃO DOMICILIAR E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ADEQUAÇÃO DO RECORRENTE ÀS HIPÓTESES. MATÉRIA QUE PODE SER APRECIADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU A QUALQUER TEMPO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

2. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. Na hipótese em tela, as instâncias ordinárias destacaram de forma suficiente elementos que demonstram a periculosidade e o risco de reiteração do recorrente e, portanto, a necessidade da segregação como forma de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

5. Caso em que a prisão preventiva foi decretada pelo Magistrado de primeiro grau e mantida pelo Tribunal estadual, evidenciado sua condição de chefe de uma organização criminosa voltada para a prática de diversos ilícitos penais contra a Fazenda Pública Estadual, o mercado de combustíveis e consumidores em geral, fato que também o coloca em condição diferenciada em relação aos demais corréus, além de estar foragido, ao que consta.

6. Insta registrar que não merece guarida a alegação de que as eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente são impeditivas à decretação do cárcere cautelar. Na esteira de entendimento de nossos Tribunais, eventuais circunstâncias pessoais favoráveis aos agentes, ainda que comprovadas, não são suficientes à concessão de liberdade provisória se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.

7. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.

8. Constitui indevida inovação recursal a formulação, somente em sede de agravo regimental, do pleito de prisão domiciliar com adoção de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP) com argumentação não alegado na inicial do habeas corpus.

9. De todo modo, não se desconhece que a Resolução n.º 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus/COVID-19 no âmbito dos sistemas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de justiça penal e socioeducativo, contudo, isso não implica automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.

10. Tal tema, portanto, não pode ser apreciado pelo STJ pelo presente instrumento e neste momento processual, sem prejuízo de sua apreciação, a qualquer tempo, pelo juízo de primeiro grau.

11. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(AgRg no HC n.º 561.993/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020).

Ao denegar a ordem, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fl. 63):

Anote-se, ainda, que a Recomendação n.º 62/2020 do CNJ, não criou direito subjetivo para que se evite medidas prisionais, na forma da lei.

Ademais, praticado o ato pelo ora paciente quando já em vigor as medidas de combate à pandemia da COVID-19, ainda assim, não se recolheu ao necessário isolamento e foi preso em circunstâncias que permitiram ao menos por ora indicar a prática prevista no artigo 33 da Lei Antidrogas. Portanto, não se pode valer daquela Recomendação para assegurar a liberdade e, eventualmente, a continuidade da prática delitiva. Ademais, nenhuma comprovação se fez de que se encontre em qualquer grupo de risco, para eventuais portadores da moléstia.

Depois, possível superlotação do estabelecimento prisional e eventual necessidade de providências para se precaver da pandemia, poderão ser tomadas na instância originária, não sendo adequada a verificação disso, nos limites exíguos deste habeas corpus.

Vê-se que o acórdão impugnado apresentou fundamentação suficiente e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idônea a afastar a alegação de manifesta ilegalidade que justifique a concessão da ordem, tendo em vista que os documentos carreados aos autos não evidenciam que **o acusado se encontra no grupo de risco ou nas hipóteses previstas na Recomendação n.º 62 do CNJ, para fins de revogação da prisão preventiva, ou concessão da prisão domiciliar.**

Vale a pena recordar as ponderações do eminente Ministro Rogério Schietti, no sentido de que "a crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal." (STJ – HC n.º 567.408/RJ).

Ainda, conforme lição do insigne Ministro, "este Superior Tribunal tem analisado habeas corpus que aqui aportam com pedido de aplicação de medidas urgentes face à pandemia do novo coronavírus, sempre de forma individualizada, atento às informações sobre o ambiente prisional e sobre a situação de saúde de cada paciente" (HC n.º 572.292/AM, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Quinta Turma, Data da Publicação: 14/4/2020) [grifei].

Diante do exposto, não se verifica a existência de constrangimento ilegal a ser sanado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0310240-4

AgRg no
HC 696.334 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15021153220218260535 21934625320218260000

EM MESA

JULGADO: 05/10/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DA SILVA SANTOS (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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MATHEUS DA SILVA SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.