



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 133.485 - CE (2020/0218372-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : JOSÉ MICAEL ANDRADE SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO BEZERRA FREIRE - CE020581
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. APLICAÇÃO DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA. PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA PERICULOSIDADE DO RÉU EVIDENCIADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E POR INDICATIVOS DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. RISCOS DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. RESOLUÇÃO 62/CNJ. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, por segurança jurídica, mantém-se a compreensão majoritária da Turma firmada no sentido de que a não realização da audiência de custódia não enseja a nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, porquanto observadas as outras garantias processuais e constitucionais. Precedentes.
2. Reveste-se de legalidade a prisão cautelar quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP, em que os indícios da prática do delito de tráfico de drogas com a utilização de arma de fogo, a grande quantidade de munições de propriedade do autor, sem nenhum permissivo legal, bem como indicativos de reiteração delitiva constituem motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública.
3. No que se refere à Recomendação 62/CNJ, tem-se por não atendidos os requisitos legais, uma vez não produzida prova no sentido de evidenciar que o recorrente compõe o grupo de risco, cabendo ao magistrado sopesar a situação em observância ao contexto local de disseminação do vírus, não havendo a demonstração nos autos de que exista, atualmente, a possibilidade de agravamento do seu estado geral de sua saúde a partir do contágio no estabelecimento prisional.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 133.485 - CE (2020/0218372-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : JOSÉ MICAEL ANDRADE SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO BEZERRA FREIRE - CE020581
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão de minha relatoria que negou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Nas razões recursais, reitera o agravante as teses de constrangimento ilegal ante a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva sem a realização de audiência de custódia, bem como por falta de fundamentação idônea no decreto prisional, além de aplicação da Recomendação 62 do CNJ, ante os riscos da COVID-19.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do recurso a julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 133.485 - CE (2020/0218372-8)

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O agravante reitera as razões contidas no *writ* originário.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da decisão agravada, *in verbis*:

Em relação à audiência de custódia, ressalta-se que houve alteração legal no art. 310 do CPP, a fim de determinar a realização dessa audiência após o recebimento do auto de prisão em flagrante.

O § 4º do mencionado dispositivo legal, contudo, mesmo prevendo a possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante, caso não seja realizada a audiência de custódia se transcorrido o prazo de 24 horas, possibilita também a imediata decretação da prisão preventiva.

Antes dessa alteração legal, o entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que sua não realização não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois observadas as outras garantias processuais e constitucionais, restando então superado o exame desse tema (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).

Fiquei vencido nos precedentes citados e permaneço com igual compreensão. É a audiência de custódia requisito de garantia para a prisão, que não resta superado pela conversão do flagrante em preventiva. Em temas fundamentais ao processo - e a prisão talvez seja aquele que mais diretamente atinja a pessoa do acusado - a forma é instrumento de garantia, inarredável pelos danosos efeitos que provoca, no caso tornando letra morta garantia de preservação pessoal assumida pelo país em compromissos internacionais e permitindo não somente a proliferação desnecessária da custódia cautelar, como impedindo o direito de contato pessoal do preso com seu juiz, assim como a constatação direta pelo magistrado das condições físicas do preso e das circunstâncias de sua prisão. Mais que forma, é garantia de preservação pessoal processualmente estabelecida em favor do cidadão.

Não obstante, por segurança jurídica, pois à sociedade desserve a compreensão diversa de justiça unipessoal do integrante de colegiado, tão somente ressalvo meu entendimento no tema e, por ora, mantenho a compreensão majoritária da Turma e destaco a necessidade de debate do órgão colegiado competente, em razão da alteração legal recente citada alhures, mormente diante da dificuldade de realização da audiência de custódia nos tempos atuais devido à pandemia do coronavírus, como ocorreu no presente feito.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

O decreto prisional foi assim fundamentado (fls. 83-84):

Analizando os autos, entendo estar presente uma das hipóteses de admissibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prisão preventiva, uma vez que os crimes em tese perpetrados são dolosos e têm pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Já quanto aos pressupostos, deverão estar presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum in libertatis*. O *fumus commissi delicti* (probabilidade do delito) está presente nos autos, eis que há elementos de prova da existência do crime - auto de apresentação e apreensão da arma e 17 munições, além do auto de apreensão da droga e laudo provisório da substância entorpecente de 104 gramas de maconha e outros apetrechos comumente utilizados para a traficância, acrescido dos depoimentos das testemunhas que viram o autuado dispensando a arma e as munições, bem como de ter sido encontradas as drogas e petrechos na sua casa.

Com relação ao *periculum in libertatis* (perigo na liberdade) esse corresponde aos fundamentos da prisão preventiva e também estão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais são: a) garantia da ordem pública; ou b) conveniência da instrução criminal; ou c) assegurar a aplicação da lei penal; ou d) garantir a ordem econômica.

Esse segundo pressuposto da custódia preventiva exige que a prisão do indiciado seja necessária para a garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No caso, enseja e fundamenta a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, considerando os indícios de tráfico de drogas com a utilização de arma de fogo, a grande quantidade de munições de propriedade do autor, sem nenhum permissivo legal, bem como a possibilidade da reiteração delitiva, considerando que o autuado é reincidente em crime da mesma natureza, conforme se depreende do relatório do CANCELAMENTO juntado aos autos, o que demonstra alto grau de periculosidade.

Aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "Se o paciente se revela perigoso ao convívio social, pode e deve ser submetido a regime de prisão provisória, no interesse da garantia da ordem pública" (RTJ 114/199).

[...] Cabe ressaltar que, a teor de pacífico entendimento firmado no âmbito do STJ e do próprio STF, a prisão preventiva não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Aliás, a jurisprudência pátria já se firmou em sentido inteiramente contrário, deixando assente o entendimento de que a prisão preventiva é perfeitamente compatível com o princípio em referência.

Assim sendo, tem-se como necessária a manutenção da custódia preventiva do detido a fim de garantir a ordem pública e evitar a reiteração de práticas delituosas, conforme fundamentação já exposta.

Diante do exposto, HOMOLOGO O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE e CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA do flagranteado JOSÉ MICAEL ANDRADE SILVA, pelo suposto cometimento do crime previsto no art. 33 da Lei 11343 (Lei de Drogas) e art.

16, §1º, IV do Estatuto do Desarmamento, para a garantia da ordem pública, havendo prova da existência dos crimes e indícios suficientes de autoria.

Dou à presente decisão força de MANDADO DE PRISÃO e INTIMAÇÃO, para todos os efeitos legais, considerando as peculiaridades do SAJ e, após, a remessa ao Juízo Competente, quando findar este plantão, devendo aquela comarca incluir o respectivo mandado no BNMP 2.0.

Como se vê, consta do decreto prisional fundamentação que, neste juízo inicial, deve ser considerada idônea, ressaltando os indícios de tráfico de drogas com a utilização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de arma de fogo, a grande quantidade de munições de propriedade do autor, sem nenhum permissivo legal, bem como a possibilidade da reiteração delitiva, considerando que o autuado é reincidente em crime da mesma natureza, conforme se depreende do relatório do CANCUN juntado aos autos, o que demonstra alto grau de periculosidade.

O Tribunal de origem, por sua vez, também apontou a periculosidade acentuada do recorrente, pelos seguintes fundamentos (fls. 222-223):

Observa-se que, ao contrário do que alega o impetrante, a prisão cautelar apresenta suficiência de razões e como medida adequada, sendo estatuída com foco na garantia da ordem pública, onde a autoridade impetrada ressalta a materialidade, a presença de indícios suficientes de autoria, a reiteração delitiva e as circunstâncias em que se deu a prisão do paciente, elementos concretos que bem demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do acusado, autorizando a conclusão de que solto, representa risco à ordem pública, face os fortes indícios de que o paciente pratica crimes com habitualidade.

Com efeito, muito embora inquéritos policiais e ações penais em curso não possam ser utilizados para agravar a pena-base no momento da dosimetria da pena, constituem-se em elementos aptos para a decretação/manutenção da prisão antecipada, por demonstrarem, cautelarmente, receio concreto de reiteração delitiva. Nesse sentido, a Súmula 52 deste egrégio Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: "Inquéritos e ações em andamento justificam a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública nos termos do art. 312 do CPP, não se aplicando o enunciado sumular n.º 444 do STJ".

Esta Corte tem compreendido que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: HC n. 286854/RS - 5ª T. - unânime - Rel. Min.

Felix Fischer - DJe. 1º-10-2014; RHC n. 48002/MG - 6ª T. - unânime - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 4/8/2014; RHC n. 44677/MG - 5ª T. - unânime - Rel. Min. Laurita Vaz - DJe 24/6/2014.

Ademais, havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. A esse respeito: HC n. 325.754/RS - 5ª T. - unânime - Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) - DJe 11/09/2015 e HC n. 313.977/AL - 6ª T. - unânime - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 16/03/2015.

Lado outro, a crise mundial da Covid-19 trouxe uma realidade diferenciada de preocupação com a saúde em nosso país e faz ver como ainda de maior risco o aprisionamento - a concentração excessiva, a dificuldade de higiene e as deficiências de alimentação naturais ao sistema prisional acarretam seu enquadramento como pessoas em condições de risco.

O Judiciário brasileiro permanece atuando, mas com redução de audiências e suspensão dos prazos, assim prolongando a conclusão dos feitos, daí gerando também maior risco pela demora das prisões cautelares.

Nesse momento, configurada a dificuldade de rápida solução ao mérito do processo e o gravíssimo risco à saúde, o balanceamento dos riscos sociais frente ao cidadão acusado merece diferenciada compreensão, para restringir a prisão cautelar. .

Crimes eventuais e sem violência, mesmo com justificada motivação legal, não permitem a geração do grave risco à saúde pela prisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse é o sentido da Recomendação 62/2020 do CNJ, art. 1º e art. 4º:

[...]Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.

Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:

I - a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, 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 coinfeções;
II - redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e III - garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

[...] 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; [...]

Quanto à citada Recomendação, não se verifica a presença dos requisitos nela disciplinados, pois não foi produzida prova no sentido de evidenciar que o recorrente compõe o grupo de risco.

Desse modo, ausente manifesta ilegalidade, pois o art. 4º da Resolução 62 do CNJ dispõe que cabe ao magistrado sopesar a situação em observância ao contexto local de disseminação do vírus, não havendo a demonstração nos autos de que exista, atualmente, a possibilidade de agravamento do seu estado geral de sua saúde a partir do contágio no estabelecimento prisional.

Com efeito, consoante consta da decisão agravada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, ressalvada pessoal compreensão diversa, por segurança jurídica, mantenho a compreensão majoritária da Turma firmada no sentido de que a não realização da audiência de custódia não enseja a nulidade da prisão preventiva em que posteriormente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convertida, porquanto observadas as outras garantias processuais e constitucionais.

No mais, como assentado, reveste-se de legalidade a prisão cautelar quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP, tal como ocorre na espécie, em que os indícios da prática do delito de tráfico de drogas **com a utilização de arma de fogo, a grande quantidade de munições de propriedade do autor, sem nenhum permissivo legal**, bem como indicativos de reiteração delitiva constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública, não se prestando a simples alegação de que não configurada a reincidência, por si só, a afastar a medida constritiva.

Por fim, no que se refere à citada Recomendação 62/CNJ, ficou devidamente esclarecido o não atendimento aos requisitos legais, uma vez não produzida prova no sentido de evidenciar que o recorrente compõe o grupo de risco, cabendo ao magistrado sopesar a situação em observância ao contexto local de disseminação do vírus, não havendo a demonstração nos autos de que exista, atualmente, a possibilidade de agravamento do seu estado geral de sua saúde a partir do contágio no estabelecimento prisional.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0218372-8

AgRg no
RHC 133.485 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00102235020208060169 06279448520208060000 6279448520208060000

EM MESA

JULGADO: 20/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ MICAEL ANDRADE SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO BEZERRA FREIRE - CE020581
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

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 : JOSÉ MICAEL ANDRADE SILVA (PRESO)
ADVOGADO : FERNANDO ANTONIO BEZERRA FREIRE - CE020581
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.