



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 609.118 - SP (2020/0220039-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCAS MATHEUS MOLINA
ADVOGADO : LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS GUILHERME DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EXTREMA. PEQUENA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRIMARIEDADE. MEDIDAS CAUTELARES. ADEQUAÇÃO. SITUAÇÃO DE PANDEMIA PELO COVID-19. RECOMENDAÇÃO N. 62 CNJ. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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 e de 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.

3. "Ante a crise mundial do covid-19 e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário. Assim, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva - mormente casos de crimes cometidos com particular violência -, a envolver acusado/investigado de especial e evidente periculosidade, o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar" (AgRg no HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

559.019/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020).

4. No particular, não se verifica a presença de elementos concretos e individualizados, colhidos do flagrante e valorados pelo Juízo de primeiro grau, que justifiquem a imprescindibilidade da prisão preventiva do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade, notadamente diante da quantidade de droga apreendida, que não é expressiva (cerca de 100 gramas de maconha) e da primariedade do agente, apesar da existência de passagens criminais anteriores (porte de drogas e tráfico). O paciente é primário e não há indício de envolvimento em organização criminosa.

5. Avaliando as circunstâncias do caso concreto, e a situação de pandemia pelo Covid-19, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, para garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, mister substituir a prisão preventiva do recorrente por medidas cautelares, a critério do Juízo local.

6. Constrangimento ilegal configurado. Violação do disposto nos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, alterado e incluído, respectivamente, pela Lei n. 13.694/2019.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, com parecer favorável do Ministério Público Federal, substituir a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, por medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, 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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 609.118 - SP (2020/0220039-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCAS MATHEUS MOLINA
ADVOGADO : LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS GUILHERME DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIS GUILHERME DOS SANTOS SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2160114-78.2020.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no dia 8/7/2020 (prisão convertida em preventiva), pela suposta prática do crime descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque foi surpreendido na posse de 100g de maconha (e-STJ fls. 23/28).

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* na Corte estadual, alegando, em síntese, ausência de fundamentação e dos requisitos legais para a segregação cautelar do paciente, que ostenta condições pessoais favoráveis. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem, em acórdão ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 168):

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Pleito de relaxamento da prisão ou, subsidiariamente, revogação da preventiva com ou sem medidas cautelares. Presença dos pressupostos da prisão processual. Imprescindibilidade para a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal. Providências da SAP. Ausência de comprovação de debilidade de saúde do paciente.

Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a Defensoria Pública alega que o paciente é primário, com bons antecedentes e residência fixa, sendo que as condenações anteriores em desfavor do paciente são referentes ao crime de posse de drogas para uso pessoal, não geram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência e tampouco servem para justificar a segregação cautelar.

Ainda, afirma que a quantidade de droga apreendida não é elevada a ponto manter o paciente no cárcere. Sustenta, também, que a medida se mostra desproporcional, pois entende que, em caso de eventual condenação, será imposta pena menos rigorosa que a atual situação prisional. Ainda, destaca a atual pandemia causada pelo vírus covid-19, bem como a Recomendação n. 62 do CNJ, que traz maior excepcionalidade para as prisões provisórias.

Por fim, discorre acerca da aplicabilidade de medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP ao caso.

Diante disso, pleiteia, liminarmente e no mérito, a concessão de ordem para revogar a prisão preventiva do paciente, ainda que sob aplicação de medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 183/185), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 190/197):

PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR – SUSPENSÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – PROCEDENTE – PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 609.118 - SP (2020/0220039-0)

VOTO

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

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.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido, os precedentes: STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014.

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

***[A conveniência da instrução processual]** é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.*

***Asseguração da aplicação da lei penal:** significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.*
(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

[...] . 7. O requisito do *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade dos imputados. 8. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constitutivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Precedentes. 9. É imprescindível apontar-se uma conduta dos réus que permita imputar-lhes a responsabilidade pela situação de perigo à genuinidade da prova. [...] (HC n. 137.066/PE, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 13/03/2017).

[...]. Prisão preventiva. Decretação por força da mera gravidade da imputação, sem base em elementos fáticos concretos. Inadmissibilidade. Medida que exige, além do alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria (*fumus commissi delicti*), a indicação concreta da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*) e a efetiva demonstração de que essa situação de risco somente poderá ser evitada com a máxima compressão da liberdade do imputado. Necessidade, portanto, de indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo. [...] (HC n. 122.057/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 10/10/2014).

[...] III. Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (RHC n. 79.200/BA, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/1999, DJU 13/08/1999).

Idêntica é a posição desta Corte:

[...]. 4. A validade da segregação cautelar está condicionada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. [...] (RHC n. 97.893/RR, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

2. [...] Como é cediço, a segregação preventiva, como medida cautelar acessória e excepcional, que tem por escopo, precipuamente, a garantia do resultado útil da investigação, do posterior processo-crime, da aplicação da lei penal ou, ainda, da segurança da coletividade, exige a efetiva demonstração do periculum libertatis e do fumus commissi delicti, nos termos do art. 312 do CPP. [...] (HC n. 503.046/RN, Relator 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. 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.

Nesse sentido:

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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 [...]. (HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015)

[...] 2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. [...]. (HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

De acordo com os autos, o magistrado de primeiro grau homologou a prisão em flagrante do paciente, convertendo-a em preventiva, com espeque na decisão de e-STJ fls. 23/28 (grifos originais), *in verbis*:

Imputa-se ao autuado a prática do crime previsto no artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, segundo nota de culpa (fls. 22).

Em razão de determinação judicial (fls. 49/50), viabilizou-se a manifestação do Ministério Público, o qual pugnou pela conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 57/61), bem como, da Defesa, a qual pleiteou a liberdade provisória e, subsidiariamente, a substituição da prisão por medidas cautelares diversas (fls. 77/86).

Pois bem.

Está presente hipótese de flagrante delito, uma vez que a situação fática encontra-se subsumida às regras previstas pelo art. 302 do CPP, apresentando-se o Auto de Prisão em flagrante regular e formalmente em ordem, não existindo nulidades, ilegalidades ou irregularidades aptas a justificar o seu relaxamento.

No mais, a situação impõe o acolhimento do pleito deduzido com muito propriedade pelo ilustre Promotor de Justiça, com a segregação cautelar do autuado.

Vejamos.

Conforme narrado pelos policiais militares que atenderam a ocorrência, na data dos fatos, após receberem uma “denúncia” anônima, informando que um indivíduo, morador de Alfredo Marcondes/SP, conhecido por Luís Guilherme, vulgo “Saci”, o qual estaria envolvido com tráfico de drogas na cidade, teria vindo a Presidente Prudente/SP comprar drogas, passaram a abordar vários veículos na entrada da cidade com o objetivo de localizar o autuado e, em determinado momento, avistaram um veículo Del Rey, cor azul, parado na rodovia com 02 (dois) indivíduos e, ao se aproximaram do veículo, abordaram o autuado e um outro indivíduo por nome João Carlos. Revistados, nada de ilícito foi localizado com ambos, entretanto, ao ser indagado sobre a presença de algo ilícito no veículo, o autuado contou que havia ido, sozinho, até o bairro João Domingos, nesta cidade, e adquirido 100



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cem) gramas de maconha, pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais) e, para retornar, pegou carona com João Carlos. Indagado, João Carlos informou que apenas deu carona ao autuado, negando ter conhecimento da droga. Incontinente, os milicianos encontraram 04 (quatro) tabletes de maconha, escondidos no assoalho do veículo, do lado passageiro, debaixo do tapete onde o autuado estava. Diante do ocorrido, o autuado, ao ser indagado sobre a presença de drogas em sua residência, confessou aos milicianos que na geladeira haveria maconha, a qual foi posteriormente encontrada pelos milicianos e, em cima da geladeira, a quantia de R\$ 375,50 (trezentos e setenta e cinco reais e cinquenta centavos), em dinheiro.

O autuado, ao ser ouvido na Delegacia (fls. 06), permaneceu em silêncio.

*As drogas encontradas pesaram, em sua totalidade, **119,48g (cento e dezenove gramas e quarenta e oito centigramas) de maconha**, segundo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 13/14), as quais foram comprovadas por Laudo Pericial nº 215077/2020 (fls. 15/17) e fotografias (fls.*

18/21).

Pois bem.

Nesse contexto, presentes se acham, nesse momento de cognição sumária, indícios de autoria e materialidade delitiva em crime equiparado a hediondo, com evidente abalo a ordem pública e vulnerabilidade da futura instrução criminal, sendo inviável a concessão de liberdade provisória.

De fato, o crime imputado é grave e deve ser combatido, impedindo com isso o uso de tóxicos, tão prejudicial a saúde e causador de intranquilidade no seio social, exigindo das autoridades constituídas uma resposta firme, sob pena de descrédito na população.

Vale lembrar que o tráfico envolve pessoas que disseminam um vício nefasto, movidas pela cobiça e pelo enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, delito que fomenta a maior parte dos delitos patrimoniais, notadamente os mais graves, o que impõe a necessidade de garantir a ordem pública local.

Não se olvide que a decretação ou a manutenção de tal prisão decorre não de um juízo de certeza, mas de mero risco, ou seja, vislumbrando a probabilidade de dano à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, não há se falar em prisão arbitrária, abusiva ou ilegal, mas legítima.

Outrossim, é vasto o entendimento de que a prisão processual não afronta o princípio de presunção de inocência e de que não se deve conceder o benefício da liberdade provisória somente pelos predicados pessoais do autuado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Somado a isso, conforme se constata da folha de antecedentes e certidão carreadas aos autos (fls.44/48), o autuado, o qual possui 21 anos de idade, registra antecedentes, ostentando condenação pretérita pelo crime de porte de drogas para consumo (Processo 1500340-03.2019.8.26.0583 – 2ª Vara Criminal desta comarca – transitado em julgado no dia 25/11/2019), sendo, portanto, **reincidente**.*

Imperioso pontuar, ainda, que a existência de "denúncia" registrada junto à Polícia acerca da traficância em relação ao investigado, aliado ao encontro de drogas, indicam, em princípio, que a "denúncia", neste momento processual, segue no sentido da traficância estar sendo por ele praticada.

No mais, à vista da argumentação trazida pelo nobre Defensor, registro que o triste quadro de pandemia vivenciado pela humanidade na atualidade não autoriza o afrouxamento das medidas de combate à criminalidade e vulnerabilidade da segurança pública, exigindo, ao contrário, maior rigor por parte das Autoridades, principalmente para aqueles que, mesmo no momento de tamanha exceção que o mundo vive em termos de saúde pública, com consequências nefastas à economia e meios de sobrevivência da população, optam pela delinquência, com a exposição da sociedade a riscos de toda ordem.

Aliás, a prática de delito no momento atual, em que a sociedade brasileira, a exemplo do mundo, vive estado de calamidade pública, é tão mais censurável, que enseja a incidência da agravante de pena capitulada no art. 61, inciso II, alínea "j" do Código Penal.

Esse é o recente entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"E a despeito da situação pandêmica mundial, ensejadora de maiores cautelas e medidas assecuratórias da vida e da saúde de todos, sem distinção, diante das peculiaridades do caso concreto, não se justifica a imediata colocação do acusado em prisão domiciliar, ainda mais quando ausente comprovação de que esteja inserido no chamado "grupo de risco".

(Cautelar Inominada Criminal Nº 2055252-56.2020.8.26.0000, Desembargador EUVALDO CHAIB, Relator, Data do Julgamento 27/03/2020).

Neste quadro, em que pese o respeito ao posicionamento externado pelo nobre Defensor, penso que, nesse momento, temerário seria a concessão das medidas cautelares alternativas, já que, de modo geral, pressupõem a colaboração e a disciplina do favorecido, não se apresentando, ainda, adequadas e proporcionais à gravidade do fato e às circunstâncias que o envolvem.

Ressalto aqui, o ensinamento de NORBERTO AVENA:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, apesar da excepcionalidade, mas diante do contexto dos autos, e inexistindo motivos para desconsiderar a versão apresentada pelos milicianos, que, como agentes públicos, gozam de fé pública, para garantia da ordem pública, conveniência da futura instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, somado ao perigo que implica à sociedade a liberdade do autuado, é de ser mantida, ao menos por ora, a prisão provisória, bem como não se afigura recomendável a sua substituição por medida cautelar diversa, não se falando, ainda, por absoluta ausência de amparo legal, em prisão domiciliar (art. 318 do CPP).

*Dessa forma, por verificar presentes os requisitos da prisão preventiva, em acolhimento a manifestação externada pelo Ministério Público (fls. 57/61), com fundamento nos artigos 310, II e 312, do Código de Processo Penal, **CONVERTO a prisão em flagrante de LUIS GUILHERME DOS SANTOS SILVA em preventiva.***

O Tribunal *a quo*, ao examinar a ordem originária, manteve a prisão preventiva do paciente (e-STJ fls. 167/174).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

No particular, em uma análise detida da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva (e-STJ fls. 23/28), preservada pelo acórdão impetrado (e-STJ fls. 166/174), não se verifica a presença de elementos concretos e individualizados, colhidos do flagrante e valorados pelo Juízo de primeiro grau, que justifiquem a **imprescindibilidade** da prisão preventiva do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da sua liberdade. Entendo, portanto, que **o decreto prisional não resiste ao controle de legalidade** quanto à demonstração da efetiva necessidade da prisão, notadamente no que se refere à imprescindibilidade da medida extrema.

O Juízo processante fez referência à quantidade de drogas (**119,48 gramas de maconha**) e à **condenação por posse de drogas para uso próprio**. Essas circunstâncias podem ser elemento indicativo de materialidade delitiva (tal conclusão será obtida após a devida instrução criminal), mas não são suficientes, por si só, para justificar a prisão preventiva. Ademais, o paciente é **primário** (e-STJ fl. 29/33), apesar de **possuir passagens criminais anteriores** (condenado por **porte de drogas para consumo próprio** e responde outra ação penal por **tráfico**). Mas o paciente é primário e essa circunstância será relevante no momento de aplicação da pena, em caso de eventual condenação.

Não há elementos concretos indicativos do envolvimento com organização criminosa e a quantidade de substância entorpecente apreendida não justifica a prisão, neste momento.

Não se pode olvidar a gravidade do momento em que estamos vivendo, diante da declaração de pandemia pelo coronavírus /Covid 19, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020.

Nesse sentido, a Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, estabelece medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É consabido que a referência aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos abstratos e suposições acerca da gravidade abstrata do delito e da necessidade da prisão preventiva, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pelo paciente, não têm o condão de justificar a imprescindibilidade da medida extrema.

O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção, não justifica a prisão. As circunstâncias levantadas no decreto não são, portanto, bastantes para a segregação preventiva.

A prisão provisória – que não deve se confundir com a prisão-pena (*carcer ad poenam*) – não detém o objetivo de atribuir punição ao agente que, em tese, praticou uma conduta típica.

A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal. Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a **real possibilidade** de reiteração da prática delitiva, ou a existência de organização criminosa, que necessite ser urgentemente desarticulada ou quando o agente demonstrar uma **intenção efetiva** de não se submeter à aplicação da lei penal.

A propósito, o *Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação. [...] (HC n 125.957, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/2/2015, publicado em 13/3/2015).*

Nesse mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

2. Ante a crise mundial do covid-19 e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário.

Assim, na atual situação, salvo necessidade inarredável da prisão preventiva - mormente casos de crimes cometidos com particular violência -, a envolver acusado/investigado de especial e evidente periculosidade, o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar.

3. No caso dos autos, o Juiz de primeira instância mencionou fato concreto que evidencia o periculum libertatis, ao salientar que foi apreendida grande quantidade de droga em poder do acusado e o fato de ele haver sido surpreendido próximo a estabelecimento escolar. Todavia, não demonstrou, satisfatoriamente, a insuficiência de outras medidas menos gravosas que a preventiva. Isso porque, embora haja referência de comercialização de entorpecentes, a quantidade indicada não é exacerbada [69 g, 37 pinos de cocaína, com peso total de 26 g, 197 porções de crack, pesando 55 g e 255 porções de maconha, pesando 400 g].

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 559.019/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020, g.n.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É inadmissível o enfrentamento da alegação acerca da desclassificação para o delito de porte de substância entorpecente para uso próprio, ante a necessária incursão probatória, incompatível com a via estreita do recurso ordinário em habeas corpus.

3. 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. Devendo, 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.

4. No caso dos autos, verifica-se que **a prisão preventiva foi decretada sem a demonstração concreta da sua necessidade**, tendo as instâncias ordinárias se limitando a afirmar a necessidade de preservação da ordem pública, ante a gravidade abstrata do delito, baseada apenas em elementos constitutivos do tipo penal. Ademais, é certo que a quantidade de droga apreendida - **141,9g de maconha** - não se mostra exacerbada, o que permite concluir que a potencialidade lesiva da conduta imputada ao paciente não pode ser tida como das mais elevadas. Tais circunstâncias, somadas aos fatos de não haver nos autos notícias de envolvimento do réu em outros delitos, sendo, a princípio, primário e com bons antecedentes, indicam a prescindibilidade da prisão preventiva e a suficiência das medidas cautelares menos gravosas.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau e a possibilidade da decretação de nova prisão preventiva, desde que devidamente fundamentada. (HC 552.194/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 21/02/2020)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ART. 305 DO CTB. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

1. Conforme preconiza o § 1º do art. 387 do CPP, o magistrado, ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Hipótese em que é **manifesta a ilegalidade imposta ao recorrente, pois a manutenção da prisão preventiva está fundamentada apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas**. Ademais, nem mesmo a quantidade de droga apreendida - **175 gramas de maconha** - isoladamente, autorizaria o encarceramento cautelar a pretexto de acautelamento do meio social, sobretudo porque certificada a primariedade do recorrente.

3. Recurso provido para revogar a prisão preventiva imposta ao recorrente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau. (RHC 119.380/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. VIA ESTREITA. ALEGAÇÃO SUPERADA. TÍTULO SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUANTO AO PERICULUM LIBERTATIS. QUANTIDADE REDUZIDA DE DROGAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO PROVIDO. 1. Quanto à ilegalidade do ingresso na residência do recorrente pelos policiais que efetuaram sua prisão, registro ser inviável a análise, no âmbito restrito do habeas corpus, de teses que, por sua própria natureza, demandam dilação probatória. As provas dos autos devem ser apreciadas durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório, não sendo esta a via adequada para a sua revisão. O recorrente encontra-se preso em razão do decreto de prisão preventiva, ou seja, novo título, razão pela qual o referido ponto se encontra superado 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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. 3. **A segregação cautelar da recorrente foi decretada sem elementos suficientes que justifiquem a imprescindibilidade da medida para a garantia da ordem pública**. A par disso, é de se notar que nem mesmo a quantidade de drogas apreendidas - **198gr de maconha** - não pode ser considerado determinante para o total afastamento da acusada do meio social. Os três celulares e a quantia em dinheiro localizados no interior da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

residência (R\$ 248,00), a qual era ocupada por três pessoas, não demonstram qualquer excepcionalidade apta a indicar a habitualidade do comércio espúrio. As munições apreendidas não conduzem a presunção de risco à ordem pública, mormente ao considerar que o referido material bélico não foi encontrado em posse do recorrente.

4. Vê-se que o caso, ao que tudo indica, trata de acusado primário, sem qualquer dado indicativo de que esteja envolvido de forma profunda com a criminalidade, circunstâncias essas que, considerando a ausência da demonstração de periculosidade do agente, acena para a possibilidade de acautelamento deste caso por meio de outras medidas mais brandas.

5. Recurso provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo local. (RHC 114.577/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019)

Em conclusão, os elementos concretos do presente caso, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal e da situação de pandemia pelo Covid-19, não justificam restrição da liberdade do paciente.

Ademais, e por outro lado, *a imposição de medida cautelar não depende da prova certa da materialidade, nem de indícios suficientes de autoria. Esses são requisitos para a prisão preventiva e para o oferecimento da denúncia ou queixa* (NUCCI, Guilherme de Sousa. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 282).

Avaliando as circunstâncias do caso concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a instrução processual, mister substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares, a critério do Juízo local.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem de ofício** para **substituir** a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, por medidas cautelares, a critério do Juízo de primeiro grau. **Recomendo** a suspensão da necessidade de comparecimento periódico, pelo prazo mínimo de 90 (noventa) dias, tendo em vista a situação de pandemia e o disposto na Recomendação n. 62 do CNJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0220039-0

HC 609.118 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15004990920208260583 20200000582520 21601147820208260000

EM MESA

JULGADO: 22/09/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUCAS MATHEUS MOLINA
ADVOGADO	: LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIS GUILHERME DOS SANTOS SILVA (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.