



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 578728 - SP (2020/0104338-4)

**RELATOR** : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RAFAEL RODRIGUES VELOSO - MG143786  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOSE CARLOS FERNANDES DE SOUZA JUNIOR (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSÉ CARLOS FERNANDES DE SOUZA JUNIOR contra acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006. A prisão foi convertida em preventiva.

Buscando a revogação da custódia, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 121/131):

*Habeas corpus - Tráfico de entorpecente e associação para o tráfico. Possibilidade de indeferimento liminar pela Turma Julgadora - Interpretação a que conduzem o artigo 93, inciso XV da Constituição Federal, o artigo 663 do Código de Processo Penal e o artigo 248 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Busca domiciliar, efetivada sem mandado judicial porque foi autorizada por moradora - Legalidade. Ausência de motivação inexistente — Fundamentação bem elaborada. Crime grave (concretamente considerado) que justifica a prisão processual - A periculosidade é causa para a decretação da custódia provisória. A escolha e a quantificação da pena dentro dos limites do preceito secundário da norma dependem da instrução processual, descabendo adivinhar a natureza e o quantum a ser estabelecido na hipótese de eventual condenação - Impossibilidade de prever-se a futura sanção e, com base nela, decidir sobre a prisão processual. A pandemia do Covid-19 por si só não autoriza o esvaziamento dos cárceres, devendo ser examinado o risco concreto do caso específico, à vida do preso e à segurança da sociedade, para eventual abrandamento do cerceamento à liberdade do preso. Writ denegado.*

No presente *writ*, a defesa alega que o decreto preventivo carece de justa

causa. Ressalta que a conversão da prisão em flagrante em preventiva foi realizada sem a intimação ou abertura de vistas à Defensoria Pública.

Afirma haver ilegalidade na prisão em flagrante, uma vez que os policiais teriam adentrado na residência sem o respectivo mandado.

Sustenta que a quantidade de droga apreendida foi pequena, compatível com o mero uso.

Destaca tratar-se de paciente primário e de bons antecedentes, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de modo que a custódia violaria o princípio da homogeneidade.

Argumenta que não há vedação legal para a concessão da liberdade aos acusados do crime de tráfico, e ressalta o quadro de pandemia que incrementa o caráter excepcional da prisão cautelar.

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva, inclusive mediante fixação de medidas cautelares alternativas.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 224/226), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 230/232):

*HABEAS CORPUS. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ELEVADA PERICULOSIDADE DO AGENTE. PANDEMIA. COVID-19. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Parecer pelo não conhecimento do writ e, se conhecido, pela denegação da ordem.*

É o relatório. **Decido.**

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, por inadequação 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 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. 313.318/RS, Quinta Turma, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC n. 321.436/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra 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.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas. A defesa suscita algumas nulidades, a saber: ilegalidade do flagrante, por invasão de domicílio; e por cerceio de defesa, dada a ausência da Defensoria Pública

## **I) Das nulidades**

A preliminar de nulidade do flagrante do paciente, ao argumento de que houve invasão de domicílio, por ausência de mandado judicial, bem como cerceio de defesa, ante a não intimação da Defensoria Pública, não merecem ser acolhidas.

A Constituição Federal, de fato, assegura, como garantia individual, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI, CF).

No particular, o crime de tráfico de drogas é um crime permanente. Consta do decreto prisional que, "conforme narraram os policiais militares, foi realizado um monitoramento a distância, durante o qual visualizaram os indivíduos entregando uma porção de droga a um usuário, que, contudo, não pôde ser abordado" (e-STJ fl. 80).

A situação de flagrância dispensa a apresentação de mandado judicial para o acesso ao domicílio. Não há que se falar, nesse contexto, em nulidade do ato.

Ademais, a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva e agora há novo título que valida a sua segregação cautelar.

Na mesma direção, mostra-se infundada a tese de cerceio de defesa ante a ausência de intimação da Defensoria Pública quanto à prisão, pois há decisão nos autos que relata que "não houve manifestação da Defensoria Pública, em que pese devidamente comunicada acerca da prisão em flagrante" (e-STJ fl. 124).

Ao afastar as preliminares, o Tribunal de Justiça local consignou (e-STJ fl. 124):

*III- Quanto à suposta ausência de intimação, trata-se de infundada alegação da Defensoria Pública, pois conforme decisão de fls. 60/65 “não houve manifestação da Defensoria pública, em que pese devidamente comunicada acerca da prisão em flagrante”.*

*Ainda que assim não fosse, comunicada a prisão ao magistrado cabia-lhe decidir acerca do “status libertatis” do preso o quanto antes, havendo sempre a possibilidade de ulterior manifestação de quaisquer interessados.*

*IV- Quanto à violação de domicílio, dispõe o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Assim, o texto da Lei Teto é expreso quanto a autorizar a violação de domicílio se houver o estado de flagrância, bem como inexistir violação se o morador consentir o ingresso.*

*O crime de tóxico é permanente, ensejando o flagrante delito na só existência de guarda ou depósito do entorpecente.*

*O que se poderia questionar é a existência da fundada suspeita da prática do crime para justificar a violação do domicílio.*

*No caso sub examine, todavia, esse tema está superado porque os policiais, segundo o auto de prisão em flagrante, obtiveram autorização da mãe do paciente para ingressar no imóvel.*

Neste tópico, sem razão o impetrante.

À título de ilustração e nesse sentido, confirmam-se julgados desta Corte Superior:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DELITOS DE NATUREZA PERMANENTE. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. O art. 5º, XI, da Constituição Federal prevê como uma das garantias individuais, conquista da modernidade em contraposição ao absolutismo do*

*Estado, a inviolabilidade do domicílio: "XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".*

*3. "O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017).*

*4. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) não é garantia absoluta nas hipóteses de flagrância de delito de natureza permanente, como no caso dos autos, em que o recorrente foi flagrado na posse de armas de fogo de uso restrito e tráfico ilícito de entorpecentes, crimes de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso, sem mandato judicial, ao domicílio do agente infrator. [...]*

*(HC 420.686/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018, grifo nosso)*

*[...] 1. A prisão em flagrante do ora recorrente foi convertida em prisão preventiva, ficando, portanto, superadas as questões referentes à sua legalidade. Ademais, é certo que a análise da existência de flagrante preparado ou esperado demanda análise fático-probatória e repercute, inclusive na aferição da tipicidade da conduta, sendo, portanto inadmissível na via eleita, devendo a questão ser analisada pelo juízo competente para a instrução e julgamento da causa, após a instrução processual. [...] (RHC 83.199/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 25/09/2017, grifo nosso).*

**Rejeito, portanto, as preliminares de nulidade suscitada pela defesa.**

## **II) Da fundamentação da prisão preventiva**

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.*

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 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 constritivo 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 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 comissi 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 constrictiva 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 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)*

No caso, o Juízo processante homologou a prisão em flagrante da paciente, convertendo-a em preventiva (e-STJ fls. 80 e ss.), com espeque na seguinte decisão:

*[...]*

*É certo que a prisão preventiva poderá ser decretada em razão da "garantia da ordem pública", "garantia da ordem econômica", "conveniência da instrução criminal" ou para "assegurar a aplicação da lei penal", desde que presentes a "prova da existência do crime" e "indícios suficientes de autoria". No caso específico dos autos, o investigado foi preso em flagrante por estar praticando o tráfico ilícito de drogas juntamente com um adolescente, seu irmão.*

*Conforme narraram os policiais militares, foi realizado um monitoramento a distância, durante o qual visualizaram os indivíduos entregando uma porção de droga a um usuário, que, contudo, não pôde ser abordado. Entretanto, ao vistoriarem a residência do autuado, os agentes públicos localizaram 15 (quinze) porções de maconha, sendo que 14 (catorze) delas estavam separadas e embaladas individualmente, prontas para venda, e 01 (uma) porção tinha maior proporção, ou seja, seria posteriormente fracionada por eles. Além disso, localizaram uma porção de cocaína. Não bastasse, em poder do adolescente havia mais de R\$ 900,00 em espécie. Há, portanto, indícios suficientes de que praticavam o tráfico de drogas.*

*Destarte, há inquestionável prova da materialidade (autos de exibição e apreensão e de constatação preliminar de substância entorpecente fls. 17/21) e indícios suficientes de autoria, já que os policiais visualizaram um ato de venda e a droga foi apreendida no interior da residência do investigado.*

*Ressalto que, para o decreto da prisão cautelar, não há a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a demonstração da existência de um fato típico.*

*Outrossim, as circunstâncias existentes, in casu, bem revelam que a prisão preventiva do indiciado é necessária para a garantia da ordem pública, sobretudo porque, nesse momento de cognição sumária, a grande quantidade de droga se comparada aos padrões dessa pequena cidade encontrada na posse do autuado revela que o entorpecente se destinava ao tráfico ilícito, já que, na condição de desempregado (não informou sua profissão), o investigado somente poderia obter tantas porções de maconha por meio do tráfico. A gravidade também se revela diante da inclusão de um adolescente, irmão do investigado, na prática do crime, conduta demasiadamente reprovável.*

*Acrescente-se, ainda, que o crime foi praticado num momento em que o país (e o mundo todo) passa por uma grave crise na saúde pública, tendo sido declarado o estado de calamidade pública em razão de uma pandemia, o que torna muito mais reprovável a conduta criminosa, já que o autuado e seu irmão deveriam, necessariamente, permanecer em isolamento domiciliar. Outrossim, o fato de praticar o crime na atual e lamentável situação bem revela a periculosidade concreta do indiciado, porquanto sua conduta vulnerou ainda mais a já tão abalada saúde pública.*

*Logo, a prisão preventiva do indiciado mostra-se necessária à garantia da ordem pública, pois só a extrema restrição de sua liberdade poderá impedir que ele volte a delinquir durante o trâmite processual.*

*Consequentemente, as circunstâncias concretas do caso impedem a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, notadamente porque, tal como exposto, estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal.*

*Saliento, desde já e por oportuno, que este não é o momento adequado para análise de mérito de eventual ação penal, bem como que eventual primariedade e bons antecedentes, residência certa ou emprego fixo do indiciado são irrelevantes e não constituem razões suficientes para afastar a prisão preventiva.*

[...]

*Fica consignado que a prisão preventiva não afronta o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, eis que a prisão provisória é meramente processual e não traduz juízo de antecipação de culpa, mas mera providência de natureza cautelar.*

*Vale dizer, a conservação do indiciado no cárcere, até mesmo para acautelar o meio social, não constitui qualquer afronta à ordem constitucional, máxime em se considerando que com o postulado constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII CF) coexistem perfeitamente a prisão em flagrante e a prisão ordenada pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI CF), que são igualmente contempladas pela Constituição Federal.*

*Saliento, por fim, que a pandemia de COVID-19 não é impeditivo para o decreto da prisão preventiva, eis que o risco a que o investigado estará exposto no estabelecimento prisional é tão grande quanto o risco fora do estabelecimento, senão menor. Aliás, se foi flagrado na rua mantendo contato com usuários de droga, significa que o custodiado não está respeitando as recomendações sanitárias de isolamento, o que demonstra que a sua soltura, além de gerar risco à ordem pública, também causa risco à saúde pública.*

*De mais a mais, o Ministério da Saúde, o Ministério da Justiça e Segurança Pública e, ainda, o Conselho Nacional de Justiça já tomaram medidas com a finalidade de evitar a contaminação dos presos.*

*Ante o exposto, e presentes os requisitos legais, converto a prisão em flagrante de **JOSÉ CARLOS FERNANDES DE SOUZA JÚNIOR em PRISÃO PREVENTIVA**, o que faço com lastro no artigo 310, II do Código de Processo Penal. (grifos originais e nossos)*

Ao examinar a matéria, o Tribunal manteve a custódia, ponderando o seguinte, no que interessa (e-STJ fls. 125 e ss.):

[...]

*V- No que concerne à motivação da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não houve falta de fundamentação, consoante se depreende da leitura à respectiva cópia, juntada aos autos (fls. 60/65).*

*VI- Quanto à liberdade provisória, o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição*

*Federal prevê a inafiançabilidade do crime de tráfico (“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”).*

*Porque a liberdade provisória é um sucedâneo da prisão processual, que pode ser concedida com a contraprestação da fiança ou, de forma ainda mais branda, sem essa limitação (Fernando Costa Tourinho Filho Processo Penal, vol. 3, pág. 498, ed. Saraiva, 18ª edição), é razoável o entendimento de que ao tornar inafiançável o crime de tráfico de entorpecentes, o texto da Lei Maior obstruiu-lhe a liberdade provisória, ainda mais quando facilitada pela dispensa da garantia real. Não haveria lógica se a Constituição Federal identificasse tamanha gravidade a certa infração que impedisse seu autor de ser libertado provisoriamente mediante a paga de fiança, mas autorizasse essa mesma liberdade sem esse depósito.*

[...]

*VII- Ainda que assim não se entenda, os crimes imputados ao paciente são graves. Não apenas porque o tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico são abstratamente considerados delitos que atingem muito severamente a paz social, fomentando outros ilícitos e destruindo vidas e famílias, mas porque ao paciente foi atribuído o tráfico de substâncias estupefacientes (**43,3 gramas de maconha, divididos em 15 papélotes e 0,8 gramas de cocaína** sendo esta última de elevada capacidade destrutiva e rápido poder viciante) na via pública, durante o dia, bem como a guarda da droga dentro da própria residência, o que revela a normalidade como enxergava a conduta ilícita, e com envolvimento de seu irmão (o adolescente **Pedro Lucas Carvalho de Jesus**) na empreitada criminosa, o qual tinha na mão **R\$ 975,00 em espécie**, a indicar o volume do tráfico até então realizado naquele dia. Some-se não haver suficiente prova de que o paciente se dedique a outra atividade, além da criminosa que se lhe atribuiu. E era da impetrante o ônus dessa prova, consoante já decidiu esta Câmara no Habeas Corpus nº 891.603-3/7; “se o preso, mesmo primário, sem antecedentes e de baixa idade, desvia sua conduta para a prática de crime grave, a regular prisão só deve ser substituída pela liberdade provisória se realizada prova bastante de que a atividade foi eventual e da sociedade não correr risco com a liberação. Esse ônus é do preso, pois inverte-se a presunção de inocência para esse fim com o regular flagrante.*

*”. Em outras palavras, existe a necessidade da custódia para garantia da ordem pública pois, se colocado em liberdade indiciado com esse envolvimento no comércio de drogas, há sério risco da conduta ilícita persistir. (g.n.)*

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).

Avaliando o caso concreto, embora a quantidade e variedade de drogas apreendidas e as demais circunstâncias do fato indiquem indícios do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não se pode deixar de levar em consideração que, em sede de segregação cautelar, não bastam a materialidade do crime e os indícios de autoria. Devem ser ponderados, especialmente, os critérios da necessidade e adequação, e do *periculum libertatis*, o que, no particular, não foi feito.

A quantidade de substância entorpecente apreendida (**43,3 gramas de maconha, divididos em 15 papélotes, e 0,8 gramas de cocaína**) não é expressiva o bastante para, por si só, justificar a necessidade da medida extrema.

Ademais, o paciente apresenta condições pessoais favoráveis: é **primário, sem passagens criminais (e-STJ fl. 70) – inclusive na menoridade (e-STJ fl. 71) –, e possui 21 (vinte) anos**. Inexiste qualquer elemento concreto de periculosidade ou mesmo de envolvimento com organização criminoso. No ponto, meras suposições genéricas não servem para justificar o decreto prisional impugnado.

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. **Nada foi dito acerca da periculosidade social da paciente.**

Referências sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática, não servem de fundamento para a prisão preventiva.

Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da 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.

Registre-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).

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar, *in casu*, as ponderações do magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus efeitos nefastos para a sociedade, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame que embase a necessidade de excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Com efeito, "nem a gravidade abstrata do delito, nem a natureza hedionda do tráfico de drogas, tampouco a simples referência à perniciosidade social do crime e a meras conjecturas, sem nenhuma menção a fatores reais de cautelaridade, servem de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva do réu". (HC n. 288.589/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 25/4/2014).

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 quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal.

A propósito, “se a quantidade de droga apreendida é reduzida e estão ausentes outros elementos que autorizem conclusão acerca do envolvimento profundo ou relevante do agente com o tráfico de drogas, não se justifica a prisão preventiva para resguardar a ordem pública”. (HC n. 112.766/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe 7/12/2012).

Ademais, “a jurisprudência desta Corte Superior não admite que a prisão preventiva seja amparada na mera gravidade abstrata do delito, por entender que elementos inerentes aos tipos penais, apartados daquilo que se extrai da concretude dos casos, não conduzem a um juízo adequado acerca da periculosidade do agente. 4. Quanto ao tráfico de drogas, fundamentos vagos, aproveitáveis em qualquer outro processo não são idôneos para justificar a decretação de prisão preventiva, porque nada dizem acerca da real periculosidade do agente”. (HC n. 459.536/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 25/9/2018, DJe 18/10/2018).

Não se pode olvidar, ademais, 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.

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.

Nesse sentido:

*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.*

*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.*

*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 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)*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem** de ofício para revogar a prisão preventiva de JOSÉ CARLOS FERNANDES DE SOUZA JUNIOR, sob a imposição de medidas cautelares, a critério do Juízo local.

**Comunique-se. Publique-se.**

Brasília, 15 de maio de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator