



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 563736 - SP (2020/0047460-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : RODRIGO BIAGIONI
ADVOGADO : RODRIGO BIAGIONI - SP209989
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICHARD RODRIGO DA CRUZ CRISTOFOLI (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RICHARD RODRIGO DA CRUZ CRISTOFOLI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2260730-95.2019.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 12/11/2019 (prisão convertida em preventiva) pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual, questionando os requisitos da prisão preventiva. O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 42):

HABEAS CORPUS - Tráfico de entorpecentes - Revogação da prisão preventiva — Impossibilidade — Presença dos requisitos ensejadores da segregação cautelar - Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a defesa sublinha que a prisão preventiva do paciente foi decretada de forma genérica, sem demonstrar a necessidade da medida, estando ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduz, ainda, que o autuado é primário, detentor de bons antecedentes, possui residência fixa, podendo responder ao julgamento do processo em liberdade.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a expedição do alvará de soltura da paciente ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 49-52) e o Ministério Público Federal, previamente ouvido, manifestou-se pela denegação da ordem no presente *habeas corpus*, por meio de parecer assim ementado (e-STJ fl. 76):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. PARECER PELA DENEGACÃO DA ORDEM.1. Com o acusado foram apreendidos 24,5 g de maconha, 39,7 g de cocaína e 20,1 g de crack. O STJ entende que a natureza, a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas evidenciam a gravidade concreta da conduta a justificar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.2. Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório, **decido**.

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

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga 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, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC n. 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

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

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 construtivo 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 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 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)

Ao examinar a matéria, o Tribunal estadual, transcrevendo o decreto construtivo, manteve a custódia, ponderando o seguinte (e-STJ fls. 43/45):

[...].Com efeito, não se vislumbrou nesta instância o apontado constrangimento ilegal, porquanto a decisão (fls. 36/39), que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, reveste-se de fundamentação legítima, pautada pelos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, com substrato nos indícios de autoria, prova da materialidade e gravidade concreta do delito.De acordo com a referida decisão:"Porque resultou desse contexto fundada a suspeita pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da LD), conclusão do Delegado de Polícia, conforme Auto de Prisão em Flagrante (APF), corroborada pelas declarações das testemunhas, boletim de ocorrência de autoria conhecida, auto de exibição e apreensão e laudo de constatação (LC), mandou-se recolher a parte autuada à prisão e lavrar o auto em exame. Esse contexto, pela leitura dos documentos que o embasam, indica o flagrante delito previsto nos arts. 302, I (flagrante próprio, perfeito, real ou propriamente dito), e 303 (infrações permanentes), do CPP, a considerar a natureza e quantidade das substâncias e produtos entorpecentes apreendidos, bem como a maneira como encontrados (dezesete porções de "maconha", com peso de 24,5g, quarenta e sete

ependorfs de "cocaína", com peso de 39,7g, e sessenta e duas porções de crack, com peso de 20, lg). No presente caso dos autos, os agentes policiais militares, orientados por notícia popular, depararam-se com a parte autuada, que, ao pressentir a diligência estatal, correu, mas foi detida com drogas e dinheiro. Daí a legalidade da prisão em flagrante inicialmente mencionada. Por outro lado, porque presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP), não há de ser concedida liberdade provisória à parte autuada (art. 310, III, do CPP). Explico. A manutenção da prisão processual da parte autuada se faz necessária, porquanto os pressupostos e os fundamentos que a ensejaram (fumus comissi delicti et periculum libertatis), bem como os requisitos de admissibilidade, por ora se sustentam, nos termos do art. 312 c.c. o art. 313, I, do CPP, justificando-se a manutenção como garantia da ordem pública, em homenagem aos bens jurídicos tutelados (a saúde pública, primariamente, e a vida, a saúde pessoal e a família [STF, RT 618/407], secundariamente), haja vista a gravidade do fato indicado (tráfico ilícito de drogas) e a repercussão social, mormente para uma cidade interiorana de proporções medianas, como é a Estância Turística de Olímpia. ESSE COMPORTAMENTO PROMOVE DESORDEM CONCRETA (PALPÁVEL) NA SOCIEDADE. COM REFLEXOS NEGATIVOS E TRAUMÁTICOS NA VIDA DE FAMÍLIAS. E SEM ORDEM NÃO HÁ PROGRESSO (fls. 37/38). Tais motivos são plenamente aptos a justificar a prisão com vistas à garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e segurança da futura aplicação da lei penal. [...].

Nota-se que as decisões fazem referências apenas a ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, referem-se à quantidade de drogas encontradas (**dezessete porções de "maconha", com peso de 24,5g; quarenta e sete ependorfs de "cocaína", com peso de 39,7g; e sessenta e duas porções de crack, com peso de 20, lg)**, que, embora seja razoável, não pode ser considerada expressiva, a ponto de sustentar a necessidade da segregação.

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.

Ainda, ao que parece, **o paciente é detentor de circunstâncias pessoais favoráveis e encontra-se preso há mais de 4 meses.**

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.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO TRIBUNAL EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. PACIENTE PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

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

3. Caso em que o paciente foi beneficiado com a liberdade provisória, mas a prisão foi novamente decretada pelo Tribunal sem apontar elementos concretos ou excepcionais, além de aspectos inerente à materialidade autoria. Ademais, a própria Corte revisora reconheceu que o paciente é primário e as quantidades drogas apreendidas (62,2g de cocaína e 10,3g de crack e 4,5g de maconha), somente, não podem ser consideradas relevantes para justificar o total cerceamento da liberdade do réu. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes.

4. Habeas corpus concedido para restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu a liberdade provisória ao paciente. (HC 554.940/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. No caso, embora o decreto construtivo faça menção às circunstâncias da prisão em flagrante e a quantidade, variedade e nocividade de um dos entorpecentes apreendidos - fundamentação que, a princípio, justifica a decretação da prisão cautelar -, a quantidade de droga encontrada (55,77g de crack e 46,58g de maconha) não é capaz de demonstrar, por si só, o periculum libertatis do Recorrente, que é primário.

3. Recurso provido para revogar a prisão preventiva do Recorrente, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada.

(RHC 120.417/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 13/03/2020)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RÉU PRIMÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

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

2. Embora as instâncias ordinárias tenham mencionado a quantidade e a variedade de drogas, nota-se que os elementos relacionados ao fato - apreensão de 19,19 g de cocaína, 86,55 g de crack, 57,34 g de maconha - são

indicativos de que não se trata de pessoa envolvida com organização criminosa nem de tráfico de grandes proporções, portanto, as medidas alternativas à prisão são adequadas e suficientes.

3. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva imposta ao paciente pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, salvo se por outro motivo estiver preso e sob o compromisso de comparecimento aos atos do processo, cabendo ao Magistrado de primeiro grau o estabelecimento das condições.

(HC 541.617/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020)

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*, contudo, **concedo a ordem de ofício** para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares alternativas a serem estabelecidas pelo Juízo processante, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, com **urgência**, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator