



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 564021 - RS (2020/0049136-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : CROACI ALVES DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS : CROACI ALVES DA SILVA - RS074981
DENILSON BORGES PEREIRA - RS110484
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JEFERSON CONCEICAO SANTANA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFERSON CONCEIÇÃO SANTANA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n. 0015102-57.2020.8.21.7000).

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em flagrante no dia 19/1/2020 pela suposta prática do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 64), tendo sua prisão convertida em preventiva no mesmo dia (e-STJ fl. 84). A Audiência de Custódia foi designada somente para o dia 24/1/2020 e, por isso, a defesa apresentou pedido de liberdade, que foi indeferido (e-STJ fl. 106).

A defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual, alegando, em síntese, a ausência dos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP. A ordem, contudo, foi denegada, à unanimidade, pelos magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão ementado nos seguintes termos (e-STJ fl. 31):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO.

Policiais em averiguação de “denúncia anônima” relacionada ao tráfico. Apreensão, em posse do paciente, de 26 porções e um tijolo de maconha (247g), além de 19 porções de cocaína (10g), e dinheiro (R\$ 753,00). Presença de fumus comissi delicti.

O periculum libertatis vem demonstrado pelas circunstâncias do fato, que apontam a possibilidade de maior envolvimento da paciente na prática delitiva, e pelas condições pessoais do paciente: ostenta duas condenações transitadas em julgado, ambas pela prática do delito de roubo.

O não encaminhamento do paciente à audiência de custódia, no prazo de 24 horas, não se reveste de ilegalidade. Auto de prisão em flagrante devidamente homologado. Liminar proferida na ADI 6299, suspendendo a eficácia da

liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (art. 310, § 4º, do CPP).

Via estreita de habeas corpus que não comporta análise aprofundada das provas constantes no processo, de forma que a alegação de suposta violação de domicílio deve ser melhor apurada no processo originário.

Mantida a segregação do agente, notadamente por conta da necessidade de acautelamento da ordem pública e para evitar a reiteração delitiva.

ORDEM DENEGADA. UNÂNIME.

Na presente oportunidade, alega não haver fundamentação idônea para a prisão, visto que "[a] fundamentação da prisão do paciente é genérica, aplicável a todas as hipóteses de tráfico ilícito de entorpecentes (...) a prisão para garantia da ordem pública exige fundamentação concreta. E disso não se dispõe no caso dos autos" (e-STJ fl. 20). Pondera que "não basta que se indique abstratamente a gravidade do delito, devendo ser indicado o motivo específico se a liberdade provisória daquele acusado coloca em risco à ordem pública, à aplicação da lei penal ou à instrução do feito" (e-STJ fl. 24).

Argumenta não haver necessidade nem utilidade na prisão preventiva do paciente, uma vez que "possui residência fixa e comprovada, não apresenta qualquer perigo para a sociedade e, até por que, todas as pessoas envolvidas na suas prisões, sendo que todas policiais militares, já foram ouvidas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, não restando mais ninguém para prestar depoimento no presente caso" (e-STJ fl. 18). Salaria que "[a] sensação de impunidade, insegurança e credibilidade indica o clamor popular, não são fundamentos idôneos para fundamentar a prisão antes do trânsito em julgado" (e-STJ fl. 26).

Conclui por afirmar que o paciente só teve sua Audiência de Custódia aprazada depois de transcorridas mais de 96 horas da prisão em flagrante, ocorrendo um constrangimento ilegal pela não obediência ao art. 310 da Lei n. 12.964/2019, e ao art. 1º da Resolução n. 213 do CNJ (e-STJ fl. 6).

Diante disso, pleiteia, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a aplicação de outras medidas mais brandas, além do reconhecimento e acolhimento da documentação anexada (e-STJ fls. 28/30).

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 115/118).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 125/128), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 160/165).

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.

De início, verifico que alegações envolvendo suposta invasão de domicílio e arbitrariedade na conduta de policiais no momento da abordagem, sendo matérias que demandam análise profunda e instrução probatória, não foram enfrentadas pela Corte estadual, de maneira que o conhecimento do tema diretamente por esta Corte Superior implicaria indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

(...). Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 13/10/2014).

Quanto à suposta ilegalidade na realização da audiência de custódia, não se ignora que a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 310 do Código de Processo Penal fixou o prazo máximo de 24 horas da prisão para a realização da formalidade, sob pena de tornar a segregação ilegal. Entretanto, a nova redação do § 4º do referido artigo ressalva a possibilidade de que, constatada a ilegalidade da custódia, seja imediatamente decretada nova prisão.

A previsão legal converge, portanto, em termos práticos, com o entendimento jurisprudencial pacífico nesta Corte, no sentido de que "a conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia" (RHC n. 117.991/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Ademais, convém atentar que a norma foi suspensa por decisão liminar proferida pelo Exmo. Min. Luiz Fux nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305, do Distrito Federal, prevalecendo, portanto, por ora, entendimento jurisprudencial estabelecido.

Superada as questões, passa-se ao exame da presença de fundamentação idônea e requisitos autorizadores para a imposição de 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 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).

No caso, quanto ao ponto em debate, colhe-se do acórdão impetrado, o qual manteve a prisão preventiva decretada pelo Juízo de origem, o seguinte teor (e-STJ fl. 38):

Efetivamente, pelos argumentos apresentados, e que vão aqui reiterados, o

acautelamento da ordem pública é imprescindível no presente momento. Conforme observado na decisão liminar, há indícios da prática delitiva em relação ao paciente, preso em flagrante na posse de 26 porções e um tijolo de maconha, totalizando 247g, além de 19 porções de cocaína, pesando 10g, e dinheiro (R\$ 753,00 em espécie). Presente, portanto, o fumus comissi delicti. Já o periculum libertatis vem demonstrado, como referido, pelas circunstâncias do fato, que apontam a possibilidade de maior envolvimento da paciente na prática delitiva, e pelas condições pessoais do paciente: ostenta duas condenações transitadas em julgado, ambas pela prática do delito de roubo (processos de nº 151/2.16.0000963-8 e 151/2.16.0000962-0). Registro, ainda, que o fato imputado ao agente, embora não se trate de delito que envolva violência à pessoa, consiste em crime doloso, cujo máximo da pena privativa de liberdade cominada é superior à 04 (quatro) anos, restando preenchido, portanto, o pressuposto do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

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).

Assim, à luz dos trechos acima transcritos, é necessário verificar que a decisão do magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, evidenciada não apenas na gravidade concreta da conduta, que envolveu a apreensão de quantidade de drogas não irrelevante (26 porções e um tijolo de maconha, totalizando 247g, além de 19 porções de cocaína, pesando 10g), mas também pelo fato de o acusado ser reincidente, ostentando duas condenações transitadas em julgado por crime de roubo. Tais circunstâncias, com efeito, evidenciam a periculosidade social do paciente, demonstrando uma personalidade voltada para a prática delitiva.

De fato, a perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelo registro de crimes graves anteriores – inclusive com condenação transitada em julgado –, enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública como forma de conter a reiteração, resguardando, assim, o princípio da prevenção geral e o resultado útil do processo.

Nessa direção, o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que, "ante a constatação de tratar-se de acusado reincidente, tem-se como viável a prisão preventiva, considerada a sinalização de periculosidade" (HC n. 174.532/PR, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 2/12/2019).

Do mesmo modo, "conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade" (RHC n. 107.238/GO, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 12/3/2019).

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

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

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

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

cautelares mais brandas.

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

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

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator