

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 104.382 - SP (2018/0274787-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : LUCAS DE JESUS SOUZA (PRESO)
ADVOGADO : JULIANO LAURINDO DE MELO - SP377342
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

LUCAS DE JESUS SOUZA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que denegou o HC n. 2149177-77.2018.8.26.0000.

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva pela suposta prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa aduz, em síntese, ser nula a prisão em flagrante, porquanto efetivada por meio de invasão de domicílio. Aponta, ainda, a ausência de quaisquer dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP e defende ser possível a substituição da custódia por medidas cautelares alternativas à prisão.

A liminar foi indeferida e, depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

Decido.

I. Invasão de domicílio – não ocorrência

No que tange à apontada ilicitude da prova obtida por meio do ingresso no domicílio do acusado, bem como de todas as que dela decorreram, entendo que **não assiste razão à defesa**.

O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor 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".

Veja-se, portanto, que o texto constitucional estabeleceu, na referida regra, a máxima de que a casa é asilo inviolável e, ao mesmo tempo,

previu as respectivas exceções, quais sejam: a) se o morador consentir, b) em caso de flagrante delito ou desastre, c) para prestar socorro e d) durante o dia, por determinação judicial.

No caso, o Tribunal de origem, ao afastar a apontada ilicitude das provas obtidas, afirmou, expressamente, que (fl. 69):

Ao contrário do alegado, a prisão do paciente ocorreu de forma regular, revestida de todas as formalidades legais. Segundo consta dos autos, a apreensão da droga na casa do paciente **foi realizada em sua companhia e mediante entrada franqueada por seus familiares** (fls. 21). Não há que se falar em nulidade processual na espécie, porquanto a permanência que caracteriza o tráfico autoriza a prisão em flagrante a qualquer tempo, independentemente de ordem escrita.

Portanto, uma vez que a Corte estadual asseverou, **de maneira expressa, que a apreensão de droga na casa do recorrente foi realizada em sua companhia e mediante entrada franqueada por seus familiares** (fl. 68) – hipótese excepcionada pela Constituição Federal –, não identifiquei o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima nesse ponto.

Ademais, para alterar o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e chegar à conclusão de que não teria havido autorização dos familiares do réu para o ingresso em seu domicílio, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento incabível na via estreita do habeas corpus.

II. Prisão preventiva

II. a) contextualização

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve a custódia convertida em preventiva, em decisão assim fundamentada, no que interessa (fls. 49-50):

Após, diligenciaram juntamente com Lucas até sua residência para que tomasse posse de alguns documentos e fosse levado para a Delegacia, localizando em baixo de

seu colchão, dentro de uma sacola plástica, **102 invólucros de maconha (massa líquida: 183,27 gramas) e 221 de cocaína (massa líquida: 96,52 gramas)**. Ao ser questionado, o investigado admitiu informalmente que os entorpecentes lhe pertenciam. Perante Autoridade Policial, o indiciado confirmou os fatos. Os laudos de constatação provisória resultaram positivos para cocaína e maconha. Diante dessas circunstâncias, infere-se, em princípio e sem adentrar no mérito, que não houve equívoco na prisão em flagrante do indiciado, sendo esta legítima e legal, inexistindo qualquer motivo que justifique o relaxamento.

A defesa, então ingressou com remédio constitucional no Tribunal de origem, mas a ordem, no entanto, foi denegada.

II. b) superveniência de sentença condenatória

Em consulta processual realizada na página eletrônica do TJSP, verifico que, em 28/2/2020, **sobreveio a prolação de sentença** nos autos do processo objeto deste recurso, havendo o recorrente sido condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Na ocasião, o Magistrado sentenciante **negou-lhe o direito de recorrer em liberdade**, sem, no entanto, haver feito menção a nenhum elemento novo que evidenciasse a imprescindibilidade de manutenção da custódia preventiva, senão vejamos:

Considerando-se a gravidade do delito cometido pelo réu, o regime de pena imposto por lei e, mormente, o fato de ter o acusado permanecido preso durante todo o processo, não poderá o réu recorrer em liberdade, afora tratar-se de imposição legal, nos moldes do artigo 44 da Lei nº. 11.343/06.

Faço o registro de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece, **como regra**, a prejudicialidade do pedido de revogação do decreto de prisão preventiva em face da superveniência de sentença condenatória que nega ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

Todavia, a referida prejudicialidade não decorre da existência

de novo título judicial a amparar a prisão provisória do acusado, mas, sim, do fato de os **novos motivos elencados para manter a segregação cautelar do réu não terem sido apreciados pelo Tribunal estadual**, de forma que a análise da matéria diretamente por esta Corte Superior configuraria **indevida supressão de instância**.

Ilustrativamente:

[...]

2. Prolatada sentença, **por meio da qual o Juízo singular empreendeu nova avaliação sobre os fundamentos suscitados para a imposição da segregação cautelar** (art. 387, § 1º, do CPP), tais razões devem ser submetidas ao crivo do Tribunal *a quo*.

3. É cogente ao requerente apresentar elementos documentais suficientes à aferição do suscitado constrangimento ilegal na manutenção da custódia preventiva.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RHC n. 87.478/AM, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 19/10/2017, grifei)

Dito de outra forma, nos casos em que, ao negar ao réu o direito de recorrer em liberdade, o Juízo sentenciante apenas faz remissão aos motivos que embasaram a ordem de prisão preventiva, **não há prejudicialidade no exame dos fundamentos da primeira decisão, porquanto a matéria já foi apreciada sob esse enfoque pela Corte de origem e, por isso mesmo, inexistente supressão de instância**.

Exemplificativamente, menciono o **HC n. 406.404/SC**. O *writ* foi apreciado pela Sexta Turma deste Tribunal Superior na sessão de 19/9/2017 e, por unanimidade, foi concedida a ordem para determinar a soltura do réu. Ao lavrar o voto condutor do acórdão, afastei, inicialmente, a suposta prejudicialidade da impetração, nos seguintes termos (destaques no original):

De início, registro que, consoante teor da sentença prolatada, disponível na página eletrônica da Corte estadual, o Juízo monocrático reportou-se aos motivos já elencados para decretar a prisão preventiva da paciente, **sem agregar fundamentos novos justificadores da manutenção de custódia cautelar**.

Portanto, como **tais circunstâncias já foram examinadas no acórdão impugnado nesta impetração**, não verifico a perda superveniente do objeto deste *mandamus*, de forma que prossigo no exame das ilegalidades suscitadas pela defesa da ré.

No mesmo sentido: **RHC n. 92.892/MG** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, Rel. p/ acórdão Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 11/5/2018), **RHC n. 76.265/MG** (Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 18/12/2017), **AgRg no AgRg no RHC n. 85.240/MG** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 13/12/2017), **HC n. 349.142/SP** (Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 11/12/2017) e **RHC n. 88.088/AL** (Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 29/11/2017).

Desse modo, uma vez que, no caso, o Juízo sentenciante não invocou nenhum elemento novo para embasar a ordem de prisão preventiva, **prossigo no exame da matéria.**

III. Excepcionalidade momentânea

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

Assim, penso que, na atual situação, salvo necessidade inarredável da manutenção da prisão preventiva – nos casos de crimes cometidos com particular violência, ou a envolver acusado de especial e evidente periculosidade, ou que se comporte de modo a, claramente, denotar risco de fuga ou de destruição das provas e/ou ameaça a testemunhas –, **o exame da necessidade da manutenção da medida mais gravosa deve ser feito com outro olhar.**

Deve-se fortalecer sobremaneira o princípio da não culpabilidade e eleger, com primazia, medidas alternativas à prisão processual, como o propósito de não agravar ainda mais a precariedade do sistema penitenciário e evitar o alastramento da doença nas prisões. **A custódia ante tempus é, mais do que nunca, o último recurso a ser utilizado neste momento de adversidade**, com notícia de suspensão de visitas e isolamentos de internos e iminentes conflitos nos presídios.

Esse pensamento, aliás, está em conformidade com a recente **Recomendação n. 62/2020 do CNJ**, que, em sua introdução e em seu art.

4º, prescreve (grifos no original):

[...]

CONSIDERANDO a declaração pública de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde – OMS em 11 de março de 2020, assim como a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da Organização Mundial da Saúde, em 30 de janeiro de 2020, da mesma OMS, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN veiculada pela Portaria nº 188/GM/MS, em 4 de fevereiro de 2020, e o previsto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus;

[...]

CONSIDERANDO que a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde;

CONSIDERANDO o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros, características inerentes ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347;

CONSIDERANDO a obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, Poder Judiciário Conselho Nacional de Justiça compreendendo os direitos de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde, assistência à família, tratamento de saúde gratuito, bem como o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às suas liberdades fundamentais, nos termos da Constituição Federal de 1988, do artigo 14 da Lei de Execução Penal – LEP – Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, do Decreto no 7.508, de 28 de junho de 2011, da Portaria Interministerial no 1, de 2 de janeiro de 2014 – PNAISP, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, do artigo 60, da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Lei no 12.594, de 18 de janeiro de 2012, da Portaria do Ministério da Saúde no 1.082, de 23 de maio de 2014 – PNAISARI, além de compromissos internacionalmente assumidos;

[...]

RESOLVE:

[...]

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a **fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus**, considerem as seguintes medidas:

I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) **prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à**

pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – **a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.**

Feitas essas considerações, passo ao exame do pleito defensivo.

IV. Cautelares alternativas – suficiência e adequação

No que diz respeito à apontada ausência de quaisquer dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP, verifico que, embora, por um lado, o *decisum* impugnado pudesse conter elementos mais robustos a indicar a necessidade da restrição da liberdade do recorrente – o que se mostraria consentâneo com a sólida jurisprudência desta Corte, notadamente com o que tenho externado em outros casos (v. g., **RHC n. 61.356/MG**, DJe 6/11/2015) –, não há como perder de vista, por outro lado, que **o Magistrado de primeiro grau mencionou a apreensão de 102 invólucros de maconha (massa líquida: 183,27 gramas) e 221 de cocaína (massa líquida: 96,52 gramas)**" (fl. 49).

Tais circunstâncias, na compreensão do Juiz de primeiro grau, evidenciariam a necessidade de manutenção da custódia cautelar para o bem da ordem pública.

Sem embargo, a despeito da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao recorrente – a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal –, **considero, ao menos *initio litis*, ser suficiente e adequada, na hipótese, a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares a ela alternativas.**

É plenamente possível que, embora presentes os motivos ou os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz – **à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011** – considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado – a proteção do bem jurídico sob ameaça – de forma menos gravosa.

Tal opção judicial produzirá o mesmo resultado cautelar – no caso em exame, evitar a prática de novos crimes, de maneira a proteger a ordem pública – **sem a necessidade de suprimir, de modo absoluto, a liberdade de locomoção do acusado.**

Dessa forma, sob as premissas anteriormente explicitadas – e em conformidade com o **art. 4º, I e III, da Recomendação n. 62/2020 do CNJ** –, entendo, dadas as circunstâncias atuais e o fato de que o delito atribuído ao réu não envolveu violência ou grave ameaça contra pessoa, que outras medidas do art. 319 do CPP **são igualmente idôneas e suficientes** a garantir a ordem pública.

V. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, c/c o art. 246, ambos do RISTJ, **dou provimento ao recurso em habeas corpus** para, à luz das peculiaridades do caso concreto, **substituir a prisão preventiva do recorrente pelas seguintes medidas cautelares:**

- a) comparecimento periódico em juízo, sempre que for intimado para os atos do processo e no prazo e nas condições a serem fixados pelo Juiz, a fim de informar seu endereço e justificar suas atividades;
- b) proibição de ausentar-se da Comarca, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- c) recolhimento domiciliar noturno (das 20h de um dia às 6h do dia seguinte), **sem prejuízo de imposição de outras medidas que o prudente arbítrio do Juiz natural da causa entender cabíveis e adequadas.**

Alerte-se ao recorrente que **a violação das medidas cautelares importará o restabelecimento da prisão preventiva**, que poderá ser novamente aplicada se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**