

## MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 188.467 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER  
PACTE.(S) : ROBSON DRAGO  
IMPTE.(S) : LUIZ PAULO TEIXEIRA FERREIRA E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 589.420 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### DECISÃO:

Vistos.

**Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Robson Drago, apontando como autoridade coatora o Ministro **Félix Fischer**, do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 589.420/SP.

Alegam os impetrantes, em síntese, a presença de constrangimento ilegal, pois a custódia preventiva do paciente padeceria de fundamentação idônea, apta a justificar a sua necessidade, bem como estariam ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduzem, a esse respeito, que a custódia foi decretada em processo no qual o paciente foi acusado de “furtar dois ‘shampoos’ avaliados em meros R\$10,00 cada no dia 01 de fevereiro de 2020”.

Segundo a defesa,

“o paciente teve sua constrição cautelar decretada (doc. 02), mantida (doc. 03) e reafirmada (doc. 04) com base no suposto risco à ordem pública tão somente porque ‘além do crime ter sido consumado, a garantia da ordem pública também justifica a prisão, pois o investigado possui contra si outras demandas já transitadas em julgado (multireincidência)’ (doc. 02).”

Segundo os impetrantes,

“a fundamentação exarada na v. decisão é absolutamente inidônea, pois o único elemento concreto invocado pela decisão referendada pelo e. STJ e pelo e. TJSP foi o fato do paciente ser reincidente em crimes patrimoniais, a despeito da irrisória

## HC 188467 MC / SP

quantia furtada (R\$20,00, repita-se) – o que, na esteira de precedentes da jurisprudência pátria, não se revela suficiente a justificar a segregação cautelar.”

Prossegue a defesa com o argumento de que,

“dado o fato de estarmos diante de um paciente preso há mais de 5 (cinco) meses por suposto crime sem violência ou grave ameaça e absolutamente insignificante, com residência fixa, profissão definida (doc. 13) e detido em um presídio superlotado em contexto excepcional de pandemia (doc. 14), a concessão da medida liminar, com posterior confirmação no mérito, para imediata colocação de ROBSON em liberdade, ainda que com medidas cautelares diversas, é medida imperiosa.”

Os impetrantes fazem alusão, ainda, ao fato de que,

“apesar de ter sido denunciado por furto qualificado (doc. 17) e, posteriormente, condenado a uma pena baixíssima de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão (doc. 04), o e. magistrado de primeiro grau entendeu por bem aplicar o regime inicial fechado ao paciente tão somente em razão de sua reincidência (...)”

Em arremate, conclui que o paciente possui residência fixa e profissão definida.

Defendem, por fim que a análise do caso concreto sobre o contexto “da pandemia do coronavírus e o que dispõe a Recomendação n. 62 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.”

Requerem, liminarmente, a concessão da ordem para que o decreto de prisão preventiva do paciente seja revogado ou substituído por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319).

Solicitei informações, que foram devidamente prestadas (eDoc. 25).

Instado a se manifestar a Procuradoria-Geral da República opinou

## HC 188467 MC / SP

pelo não conhecimento da impetração (eDoc. 29).

Examinados os autos, decido.

Transcrevo o teor da decisão ora impugnada:

“Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de ROBSON DRAGO, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente pela prática, em tese, do delito de furto.

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante a eg. Corte de origem, que denegou a ordem, nos termos do acórdão juntado às fls. 81-87, cuja ementa segue transcrita:

*‘Habeas corpus. FURTO. Presença dos requisitos da prisão preventiva. Paciente que possui antecedentes criminais e é reincidente específico. Inaplicabilidade do ‘Princípio da Insignificância’. Ordem denegada’.*

No presente writ, o impetrante alega que não há fundamentação concreta e idônea para a segregação cautelar do paciente. Alega, ainda, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal pois em caso de eventual condenação o regime aplicado seria diverso do fechado, o que demonstraria que a segregação seria desproporcional.

Aduz que os maus antecedentes e a reincidência, por si só, não são suficientes para a segregação cautelar.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa.

A liminar foi indeferida às fls. 87-89.

Pedido de reconsideração às fls. 93-112.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 117-123, manifestou-se pela ‘Não admissão do writ, descabida a concessão de uma ordem de ofício’, em parecer assim ementado:

*'EMENTA: PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo de ROC. Inadmissão. Furto qualificado. Prisão preventiva. Medida constritiva devidamente amparada no risco de reiteração delitiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Alegação de desproporcionalidade da prisão ante a possibilidade da fixação de regime menos gravoso do que o fechado. Superveniência de sentença condenatória. Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Matéria não examinada no acórdão. Supressão de instância. Medidas cautelares diversas. Insuficiência. Ausência de constrangimento ilegal. Não admissão do writ, descabida a concessão de uma ordem de ofício'.*

É o relatório.

**Decido.**

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, cumpre ressaltar que foi prolatada sentença condenatória em 22/06/2020 (fls. 106-111), em desfavor do acusado, tendo sido aplicada *à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado*, tendo sido fixado o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, vedado o recurso em liberdade.

Todavia, não foram agregados fundamentos ao decreto prisional, limitando-se o Juízo sentenciante a manter a custódia cautelar em razão de ainda estarem presentes os seus requisitos, consoante se extrai do trecho do julgado:

*"[...] Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a*

*pretensão punitiva estatal, para CONDENAR o réu ROBSON DRAGO à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias multa, no valor mínimo legal, por infração ao disposto no 155, § 4º, inciso IV do Código Penal. Diante da multireincidência apresentada pelo agente infrator, verificase latente o perigo à ordem pública, uma vez que há imensa probabilidade de reiteração delitiva, sendo que o réu, como visto, trata-se de criminoso habitual, utilizando-se da prática delitiva como meio de vida. Destarte, pelos motivos apresentados, torna-se imprescindível a manutenção de sua prisão para a garantia da ordem pública. Sendo assim, nego ao réu o direito de apelar em liberdade'*

Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional, que é o caso dos autos. Nesse sentido:

*'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. RISCO REAL DE REITERAÇÃO. AMEAÇA À TESTEMUNHA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Conforme precedente desta Quinta Turma, a superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá 'título novo', de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado (HC 288.716/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - Desembargador*

*Convocado do TJ/SC -, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014). 2. No caso, os fundamentos utilizados na sentença condenatória, quanto à necessidade da prisão, em nada inovaram quanto ao decreto constritivo originário, apenas negando o direito do recurso em liberdade tendo em vista que 'o réu permaneceu preso durante o curso do processo e assim deverá ser mantido, agora por força de sentença condenatória, a fim de ser garantida a aplicação da lei penal'. Não é o caso, portanto, de se julgar prejudicado o mandamus. 3. 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. 4. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, diante da notícia de ameaça às testemunhas, e do risco de reiteração criminosa, evidenciados pelo fato de o recorrente ser reincidente e possuir outros registros criminais. 5. A ameaça às testemunhas, durante a instrução criminal, indica a alta reprovabilidade da conduta do réu, a justificar a constrição cautelar, mesmo após o encerramento da instrução, para acautelar o meio social. Precedentes. 6. Recurso improvido. (RHC 53.194/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016).*

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no mandamus.

Cumprе ressaltar que a prisão cautelar deve ser

## HC 188467 MC / SP

considerada exceção, já 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.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: HC n. 551.642/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 14/02/2020; HC n. 528.805/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJPE), DJe de 28/10/2019; HC n. 534.496/SP, Sexta Turma, Rel. Min.<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe de 25/10/2019; HC n. 500.370/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 29/04/2019.

Tal advertência, contudo, não se aplica ao caso em exame. Transcrevo, para delimitar a questão, o seguinte excerto da r. decisão que decretou a prisão cautelar, in verbis:

*“No presente caso, não verifico a possibilidade de soltura do autuado. O crime, em tese, praticado pelo autuado foi de furto simples consumado, valendo asseverar que há possibilidade de sua clausura, tendo-se em vista os diversos antecedentes que o acusado possui, inclusive a reincidência específica. Bem como encontrar-se o autuado sob o benefício de livramento condicional (fls. 45/51 e 52/68), o qual, conforme folha de antecedentes (fl. 68), foi concedido em maio de 2019. Estes fatos, cremos, justificam de maneira concreta a prisão, porquanto o preso não consegue conviver em sociedade, embora o valor da res subtraída nestes autos. Destarte, refletindo acerca da pena a ser aplicada, ela pode não ser compatível com a liberdade e não ser substituída por restritiva de direitos, tendo em vista a reincidência, vale dizer, encontra-se o autuado em cumprimento de livramento condicional. Ademais, além de o crime ter sido*

*consumado, a garantia da ordem pública também justifica a prisão, pois o investigado possui contra si outras demandas já transitadas em julgado (multireincidência). Tais circunstâncias indicam que comete crimes como meio de vida ou para sustentar o vício das drogas conforme declarando pelo autuado (fl. 07), podendo crer que, em liberdade, voltará a delinquir” (fls. 38-39, grifei).*

Ora, da análise dos excerto acima transcrito, observa-se que a segregação cautelar do paciente está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, em virtude da contumácia delitiva do agente, ‘tendo-se em vista os diversos antecedentes que o acusado possui, inclusive a reincidência específica. bem como encontrar-se o autuado sob o benefício de livramento condicional (fls. 45/51 e 52/68), o qual, conforme folha de antecedentes (fl. 68), foi concedido em maio de 2019’, circunstâncias que revelam a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justificam a prisão, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva.

A corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

*‘AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ANÁLISE RESERVADA AO MÉRITO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. REAVALIAÇÃO. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CASO CONCRETO NÃO PERMITE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO*  
*1. Válida é a prisão preventiva, quando apresentada fundamentação idônea no decreto, consubstanciada na multirreincidência delitiva, inclusive reincidência específica, sendo indicado cinco condenações pretéritas, então, não se verifica ilegalidade. 2. Apesar de ser crime sem violência e grave*

*ameaça, não há inclusão do paciente no grupo de risco ou comprovação de que a unidade prisional não possui equipe médica de saúde, bem como o caso concreto não recomenda a revogação. 3. O indeferimento liminar do habeas corpus também encontra amparo no fato de que a decisão do Tribunal de origem impugnada não está dotada de ilegalidade quando reconhece a impossibilidade de aplicar o princípio da insignificância em juízo prévio, impróprio para apreciação aprofundada do caso em estudo, como requer a pretensão. 4. Não havendo ilegalidade para justificar a mitigação do enunciado da Súmula 691 do STF, o writ deve ser indeferido liminarmente. 5. Agravo regimental improvido.’ (AgRg no HC 577.593/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020)*

*‘PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA SUPERVENIENTE. MANTIDOS OS FUNDAMENTOS DA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MULTIRREINCIDÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA E SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INVIABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Novo título judicial, por si só, não tem o condão de prejudicar o recurso se mantidos os fundamentos da segregação cautelar constantes do decreto prisional (precedentes). II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já 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 art. 312 do Código de Processo Penal. III - In casu, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados extraídos dos autos, notadamente na multirreincidência*

*do recorrente na prática de furtos, restando a prisão preventiva necessária para a garantia da ordem pública ante o fundado receio de reiteração delitiva. IV - Por tal razão, não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. V - De igual modo, inviável a concessão da liberdade provisória, pois presentes os requisitos da custódia cautelar, conforme art. 321 do Código de Processo Penal. Recurso ordinário conhecido e não provido.’ (RHC 79.633/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)*

*‘RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO (RÉU REINCENTE ESPECÍFICO). PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A almejada aplicação do princípio da insignificância aos fatos assestados ao recorrente não foi analisada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede a apreciação direta pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configurar indevida supressão de instância. Precedentes. 2. 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. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pelo efetivo risco de voltar a cometer delitos,*

*porquanto o mesmo é reincidente específico. Como se vê, tudo indica que o recorrente faz do crime o seu meio de vida. A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para garantir a ordem pública. 4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública. 5. A prisão do recorrente não ofende os princípios da proporcionalidade ou da homogeneidade, mormente porque, possuindo outra condenação, dificilmente terá direito ao regime mais brando quando da unificação da pena. Além disso, a garantia da ordem pública não pode ser abalada diante de mera suposição referente ao regime prisional a ser eventualmente aplicado. 6. Recurso improvido.’ (RHC 113.363/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019)*

*‘HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO RÉU. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO PREVENTIVA E PENA PROVÁVEL. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo 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. 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. Deve, 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. 3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente, evidenciada pela reiteração de condutas delitivas, tendo em vista que foi recentemente condenado pela prática de crime de tráfico de entorpecentes, circunstância que, juntamente com o modus operandi do delito, demonstra o risco ao meio social e recomenda a custódia cautelar para garantia da ordem pública. 4. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 7. Não há falar em desproporcionalidade entre o decreto prisional preventivo e eventual condenação, tendo em vista ser inadmissível, em habeas corpus, a antecipação da quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado. 8. Habeas corpus não conhecido' (HC 518.804/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 24/10/2019).*

*'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE, RECEPÇÃO, CORRUPÇÃO ATIVA. TESES DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO E DE CRIME CONTINUADO. SUPRESSÃO DE*

INSTÂNCIA. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. PLEITO DE TRANCAMENTO DO PROCESSO-CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NA HIPÓTESE. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA, NO CASO. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. Inviável o conhecimento originário por este Superior Tribunal de teses não analisadas pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Reconhecer a ausência, ou não, de elementos de autoria e materialidade acarretaria, inevitavelmente, na hipótese, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, impróprio na via do habeas corpus. 3. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de autoria e materialidade, a atipicidade da conduta ou a incidência de causa extintiva da punibilidade. 4. A denúncia descreve as condutas delituosas do Acusado, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência dos crimes em tese praticados, bem assim os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, de modo a permitir o amplo exercício do direito de defesa. 5. Não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos - o que constitui hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie. É prematuro, pois, determinar desde já o trancamento do processo-crime, sendo certo que, no curso da

*instrução processual, poderá a Defesa demonstrar a veracidade das alegações. 6. A manutenção da custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentada, diante das circunstâncias do caso, que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade da Paciente, a indicar a necessidade da segregação provisória para a garantia da ordem pública. 7. Com efeito, o Paciente foi surpreendido na posse de 67 (sessenta e sete) cartões de crédito/débito clonados, com as senhas dos respectivos cartões transcritas, já tendo efetuado 26 (vinte e seis) saques, o que revela um grande número de patrimônios afetados, e ainda teria oferecido aos policiais toda a quantia sacada para se furtar de ser levado à prisão. Tais circunstâncias denotam a gravidade concreta da conduta e periculosidade do Agente, a justificar a medida constritiva. 8. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 9. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011. 10. Nessa fase processual, não há como prever a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, caso seja condenado o Paciente, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado, de modo que não se torna possível avaliar a arguida desproporção da prisão cautelar imposta. 11. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada' (HC 510.678/RJ, Sexta Turma, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe 21/02/2020).*

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO DE

MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MODUS OPERANDI. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. *As prisões cautelares são medidas de índole excepcional, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva imprescindibilidade da restrição do direito constitucional à liberdade de locomoção.* 2. *A decisão que decretou a prisão preventiva está idoneamente motivada no fato de o recorrente já responder a outros dois processos pela prática de delitos patrimoniais; no modus operandi, pois teria cometido o crime de furto (diversas joias - 12 relógios, 36 anéis e 34 pingentes) na companhia de outras três pessoas, duas delas menores de idade, mediante arrombamento da porta do apartamento da vítima, bem como no fato de ter sido preso em flagrante no aeroporto, no momento em que empreendida fuga para o estado de São Paulo.* 3. *Eventuais condições pessoais favoráveis do réu não possuem o condão de, isoladamente, conduzir à revogação da prisão preventiva.* 4. *Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da custódia, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas.* 5. *Para que fosse possível a análise da autoria delitiva, seria imprescindível o exame dos elementos fáticos da lide, o que é inviável na via eleita, que possui rito célere e cognição sumária.* 6. *Agravo regimental improvido' (AgRg no RHC 117.463/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 26/11/2019).*

No ponto, impende destacar que é iterativa a jurisprudência '[...] deste Superior Tribunal, a existência de inquéritos, ações penais em curso, anotações pela prática de atos infracionais ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ' (RHC n. 106.326/MG, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe de 24/04/2019).

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

*'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DE APELO EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA MANTIDOS. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO. [...] 3. Na espécie, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado mantinha no interior de sua residência considerável quantidade de drogas - 308,2 gramas de maconha, dividida em 2 porções -, elementos estes que demonstram a gravidade da conduta imputada ao recorrente, cuja periculosidade social é também corroborada pela existência de anotações em sua ficha criminal, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e de conter a reiteração delitiva. 4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente, 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. Precedentes. 5. A necessidade da segregação fica corroborada na hipótese dos autos, em que sobreveio a sentença, tendo o recorrente respondido a toda a ação penal preso, uma vez que a existência de édito condenatório enfraquece sua presunção de não culpabilidade, de modo que se mostra adequada a manutenção da*

*prisão. Precedentes. 6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública. 7. Recurso ordinário improvido' (RHC n. 97.681/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/06/2018, grifei).*

(...)

No ponto o Ministério Público Federal consignou, in verbis:

'Ressalte-se inicialmente que a superveniência de sentença penal condenatória, em que se nega ao acusado o direito de recorrer em liberdade com os mesmos fundamentos utilizados anteriormente para justificar a prisão preventiva, sem agregar novos fatos, tal como ocorre in casu, não conduz à prejudicialidade da ação constitucional de habeas corpus ou do recurso ordinário em habeas corpus dirigidos contra decisão antecedente de constrição cautelar.' Feita essa ressalva, da leitura dos excertos acima transcritos, verificamos que, ao contrário do que defende o impetrante, foram apontados fundamentos concretos e idôneos para justificara segregação provisória na espécie. Como se vê, a decretação e a manutenção da custódia cautelar estão devidamente fundamentadas no risco de reiteração delitiva, sobretudo face ao histórico criminal do réu, que é multirreincidente em crimes patrimoniais, destacando-se que foi ele preso em flagrante enquanto usufruía o benefício do livramento condicional, o que evidencia que ele não foi capaz de absorver a terapêutica penal' (fl. 120, grifei)

No que concerne à tese da Defesa acerca da necessidade de observação da Recomendação nº. 62/2020, do CNJ, considerando o estado, atual, de pandemia da COVID-19, tendo em vista o maior risco de contaminação pelo novo coronavírus

em local com aglomeração de pessoas, tampouco o habeas corpus merece prosperar.

Com efeito, sobre o tema, ressalta-se que 'A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal' (STJ, HC 567.408, Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz, Publicação: 23/03/2020)

Deve-se destacar, ainda, o que ficou consignado na Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de que 'o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus - COVID-19-, compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção pra diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV, e coinfeções' (grifei).

No ponto, consoante se deduz dos autos, o ora paciente não é idoso, e tampouco demonstrou possuir qualquer comorbidade preexistente, não integrando, ao que parece, o grupo de risco para a mencionada doença.

Ademais, embora a conduta não tenha sido cometida com violência ou grave ameaça, as instâncias precedentes, ao avaliarem o alegado risco de contaminação advindo da pandemia da COVID-19, entenderam preponderantes os fundamentos que justificam a segregação cautelar do paciente, ante o perigo à ordem pública gerado por sua liberdade, razão pela qual deve ser mantida a medida cautelar extrema imposta ao paciente.

Nesse sentido, consignou a eg. Corte de origem que: 'a recomendação CNJ nº 62 de 17 de março de 2020 destina-se, especialmente, aos presos recolhidos que se encontram no

## HC 188467 MC / SP

grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus, com comorbidades pré-existentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, nada há nos autos de que o paciente pertença a esse grupo de risco’.

Deve-se ressaltar que não se presta a via do habeas corpus para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados.

Nesse sentido, ‘não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus’ (HC 187.669/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)’ (RHC n. 71.563/MG, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2016, DJe de 9/8/2016).

Ademais, no caso dos autos, não há mais que se falar em desproporcionalidade pois já houve sentença condenatória, onde o juiz primevo após análise dos fatos e provas do processo fixou o regime fechado para o cumprimento da pena.

Tendo em vista a análise do mérito do presente writ prejudico o pedido de reconsideração de fls. 93-98.

Assim sendo, não se depreende dos autos qualquer ilegalidade que autorize a concessão de ofício do mandamus.

Pelo exposto, não conheço do habeas corpus.” (eDoc. 20)

Essas são as razões pelas quais se insurgem os impetrantes neste writ.

Como visto o **habeas corpus** volta-se contra decisão singular, proferida no bojo do HC nº 589.420/SP. Portanto, incide, na espécie, o entendimento de que

## HC 188467 MC / SP

“é inadmissível o habeas corpus que se volta contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente” (HC nº 101.407/PR, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 19/3/14).

No mesmo sentido: HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 24/4/14; e RHC nº 111.395/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 30/9/13, entre outros.

Cabe ressaltar, todavia, inexistir impedimento para que este Supremo Tribunal, quando do manejo do **habeas corpus** nessas hipóteses, analise a questão, quando evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, sobretudo **se levarmos em conta que a decisão emanada do STJ, no caso concreto, mergulhou nas questões atinentes a esta impetração**, vale dizer, os fundamentos da custódia preventiva do paciente.

Passo, portanto, à análise da questão, à luz do art. 13, VIII, do RISTF.

Consoante se infere dos autos, o paciente teve sua custódia preventiva decretada em processo no qual foi acusado de furtar 2 (dois) frascos de shampoo, avaliados no total de R\$20,00 (vinte) reais.

Posteriormente, em 22 de junho deste ano, o paciente foi condenado pelo delito em questão à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime fechado, tendo sido negado a ele o direito de recorrer em liberdade.

Os fundamentos, para tanto, foram os seguintes:

“(…)

Diante da multireincidência apresentada pelo agente infrator, verifica-se latente o perigo à ordem pública, uma vez que há imensa probabilidade de reiteração delitiva, sendo que o réu, como visto, trata-se de criminoso habitual, utilizando-se da prática delitiva como meio de vida. Destarte, pelos motivos apresentados, torna-se imprescindível a manutenção de sua prisão para a garantia da ordem pública. Sendo assim, nego ao

réu o direito de apelar em liberdade.”

Não se nega que o risco real da reiteração delitiva, evidenciado pela contumácia é motivo idôneo para justificar a prisão preventiva, na linha de precedentes (v.g. HC nº 112.744/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 10/5/13).

Todavia, não vislumbro, na atual quadra vivenciada, a prisão preventiva - última **ratio** das medidas cautelares - como a melhor solução para a hipótese de um furto de 2 (dois) shampoos.

Primeiro porque, penso haver outras medidas cautelares contempladas no art. 319 do CPP, que, a meu sentir, são suficientes à contenção do **periculum libertatis** evidenciado do paciente, pela contumácia delitiva.

Essas medidas, como já reconhecido pela Corte, **podem ser tão onerosas ao implicado quanto a própria prisão** (v.g. HC nº 121.089/AP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 17/3/15).

Segundo porque, a Recomendação nº 62 do CNJ advertiu os magistrados quanto à **máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva**, tudo com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e **em observância ao contexto local** de disseminação do vírus da Covid-19 (art. 4º, inciso III).

É público e notório que os números sobre a doença pandêmica no Estado de São Paulo chamam à atenção, segundo divulgado pela Secretaria Estadual em painel de monitoramento disponível na **internet** (<https://www.seade.gov.br/coronavirus>/<https://www.seade.gov.br/coronavirus/>).

Assim, sem prejuízo de reexame posterior por parte da eminente Relatora, **defiro a liminar para determinar** ao juízo processante que substitua a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Comuniquem-se, **com urgência**, solicitando informações.

Findo o recesso, remetam-se aos autos à ilustre Ministra **Rosa Weber**.

Publique-se.

Brasília, 28 de julho de 2020.

**HC 188467 MC / SP**

Ministro **DIAS TOFFOLI**  
Presidente  
(RISTF, art. 13, VIII)  
*Documento assinado digitalmente*