

OITAVA CÂMARA CRIMINAL

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0004756-38.2020.8.19.0037

RELATORA: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

**RECORRIDOS: CARLOS MAGNO SOUZA DUTRA e JOÃO VICTOR
OVERNEY SANTOS (Adv. Defensoria Pública)**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL, CONTRA O *DECISUM* QUE REVOGOU A PRISÃO PREVENTIVA DOS ACUSADOS EMBASANDO-SE NA CRISE MUNDIAL DECORRENTE DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19), POSTULANDO O RECORRENTE A RESTAURAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR OUTRORA DECRETADA EM DESFAVOR DOS ACUSADOS, OS QUAIS FORAM FLAGRADOS, NA POSSE DE 1058,40 GRAMAS DE MACONHA, DIVIDIDAS EM 300 (TREZENTOS) TABLETES, SOMADO AO HISTÓRICO OSTENTADO PELOS MESMOS.

PRESENTES OS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR PLEITEADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Os recorridos foram presos em flagrante, na data de 13 de junho de 2020, sendo denunciados pela prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, insertos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei n.º 11.343/2006, ocasião em que a custódia flagrancial veio a ser convertida em preventiva, tendo os autos da ação penal sido distribuídos para o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo, tendo o magistrado natural concedido a liberdade provisória aos indiciados, embasando a decisão na crise mundial decorrente da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), aplicando-lhe medidas cautelares previstas no artigo 319 do C.P.P.

Observa-se, no caso em apreço, que a fundamentação trazida na decisão vergastada não se mostra idônea, para a soltura dos recorridos, pois não há qualquer prova pré-constituída, em concreto, de que os mesmos apresentem algum sintoma de terem sido infectados pelo Covid-19, ou que estejam na iminência de o sê-lo, com risco real e efetivo, de modo a não poderem receber tratamento emergencial pelo sistema público de saúde do Estado, nos termos do

art.196 da CRFB/1988, a ensejar a necessidade excepcional de suas solturas ou a conversão da forma de cumprimento ergastular em prisão domiciliar. Precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e de outros Tribunais pátrios.

Importa mencionar, ainda, que as Recomendações administrativas do CNJ traçam apenas diretrizes genéricas, sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já estão contempladas na legislação processual penal comum e especial, sendo que as mesmas não subtraem, a competência prevalente da atividade jurisdicional, que cada magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei para o caso concreto.

Neste cenário, importa registrar que, a Recomendação administrativa nº 62, de 17.03.2020, do Conselho Nacional de Justiça, traça apenas diretrizes genéricas, sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já estão contempladas na legislação processual penal comum e especial, sendo que as mesmas não subtraem, a competência prevalente da atividade jurisdicional, que cada magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei (CRFB/1988, art. 5º, XXXV; CPC, art. 503, c/c CPP, art. 3º), para o caso concreto.

Não custa salientar, finalmente, que o STF, no julgamento pelo Plenário, em data de 23/03/2020, da ADPF 347/2020-DF, negou referendo à decisão liminar monocrática concedida pelo Min. Marco Aurélio de Mello, a qual resultou sem efeito, com conclamação dos juízes para, observada a especificidade de cada caso, viabilizar a soltura de presos em razão da possibilidade de contraírem o novo coronavírus (Covid-19) proclamando a inidoneidade de tal fundamento, sobretudo porque medidas para evitar a contaminação já foram tomadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, havendo, por igual, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, providências igualmente relevantes e suficientes, a cargo dos seus Poderes constituídos.

O que se observa no caso dos autos, é que a quantidade de entorpecente apreendido (mais de um quilo), somada a circunstância de que os acusados estariam, em tese, associados a outros elementos, os quais lograram se evadir, para o desenvolvimento da atividade nociva de mercancia de drogas, em áreas notoriamente conflagradas por facções e organizações criminosas, no âmbito das quais os atributos da violência e da grave ameaça são justamente o traço visceral que as move, é de se concluir que não houve qualquer

modificação fática e jurídica, a qual ensejasse uma situação extraordinária, de molde a justificar a soltura dos réus.

Portanto, não há que se cogitar de ausência dos requisitos autorizativos da custódia cautelar ora objurgada, haja vista que tais pressupostos foram devidamente esmiuçados na decisão prefacial, que converteu a prisão em flagrante dos réus em preventiva, sendo repisados pelo decreto de manutenção do encarceramento processual, inexistindo alteração até o presente momento, a escusar a segregação social ora requerida, observados os requisitos estampados nos incisos I e II do artigo 282 do CPP, exigíveis para todas as medidas cautelares, quais sejam a necessidade e a adequação, demonstradas pela presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os quais se traduzem, no Direito Processual Penal, no *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo estes aplicáveis às hipóteses versadas no artigo 312 do referido diploma legal.

Ora, se os próprios fatos que se imputam aos acusados, dizem respeito a episódio, no qual estes teriam sido flagrados, em tese, na posse de mais de um quilo de maconha, com outros elementos que se evadiram, soa, então, deveras ingênuo supor que os recorridos não seriam capazes de reprisar tal conduta ilícita, ante o grau de periculosidade dos mesmos, conforme sugerem as circunstâncias do contexto casuístico.

Como bem observou o órgão do *parquet*, “*nota-se que eles ostentam anotações pretéritas por crime de tráfico de drogas, sendo certo que CARLOS MAGNO responde a processo da mesma espécie nos autos do processo n.º 0314741-44.2018.8.19.0001, que se encontra em fase de instrução, conforme esclarecimento de doc. 169. Vale ressaltar que o recorrido foi colocado em liberdade em setembro de 2019, mas poucos meses depois foi preso em flagrante novamente pelo crime de tráfico de drogas. Já JOÃO VICTOR responde a processo nos autos n.º 0185361-24.2019.8.19.0001, que teve sua fase de instrução encerrada e aguarda sentença, conforme esclarecimento de doc. 170, restando claro o risco à ordem pública caso eles permaneçam em liberdade, possuindo agora, com a decisão da magistrada, verdadeira carta branca para praticarem toda a sorte de crimes enquanto durar a pandemia*”.

Cabe observar, ser pacífico o entendimento de nossos Tribunais Superiores pátrios, no sentido de que a vultosa quantidade, e a natureza deletéria do material entorpecente arrecadado (no caso, a maconha), são fatores que se mostram plenamente aptos a indicar o

maior grau de periculosidade dos agentes, justificando, assim, a cautela ergastular. Precedentes.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus comissi delicti e o periculum libertatis*, sendo certo que, a decretação e manutenção da custódia preventiva faz-se necessária no caso concreto, eis que foram observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida constritiva, não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da dignidade humana ou da não culpabilidade, não se confundido a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PRESENTES OS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR PLEITEADA, A QUAL SE RESTABELECE.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0004756-38.2020.8.19.0037, em que figura como recorrente o MINISTÉRIO PÚBLICO, e recorridos CARLOS MAGNO SOUZA DUTRA e JOÃO VICTOR OVERNEY SANTOS;

ACORDAM os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em CONHECER o recurso interposto e **DAR-LHE PROVIMENTO, PARA RESTABELECER A PRISÃO PREVENTIVA DOS RECORRIDOS**, nos termos do voto da Des. Relatora.

Expeça-se mandado de prisão em desfavor dos acusados **CARLOS MAGNO SOUZA DUTRA e JOÃO VICTOR OVERNEY SANTOS**.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo membro do Ministério Público, ante o seu inconformismo com a decisão de fls. 193/195, prolatada, nos autos da ação penal n.º 0120416-91.2020.8.19.0001, pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo, a qual revogou a prisão preventiva anteriormente decretada e concedeu aos réus, Carlos Magno Souza Dutra e João Victor Overney Santos, a liberdade

provisória, aplicando-lhes medidas cautelares previstas no artigo 319 do C.P.P., os quais são acusados da prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, insertos no artigo 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

O órgão do *Parquet*, em suas razões recursais de fls. 04/13, postula a reforma da mencionada decisão, com vias a que seja determinada a restauração da prisão preventiva dos réus nominados, alegando que estariam presentes, *in casu*, os seus requisitos autorizadores.

Em contrarrazões de fls. 102/109, a Defesa pugna pelo desprovimento do recurso ministerial.

Às fls. 112, a magistrada de piso, em sede de juízo de retratação, manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se, por meio do parecer de fls. 119/122, oficiando pelo provimento do recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto, pelo membro do Ministério Público, ante o seu inconformismo com a decisão de fls. 193/195, prolatada, nos autos da ação penal n.º 0120416-91.2020.8.19.0001, pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo, a qual revogou a prisão preventiva anteriormente decretada e concedeu aos réus, Carlos Magno Souza Dutra e João Victor Overney Santos, a liberdade provisória, aplicando-lhes medidas cautelares previstas no artigo 319 do C.P.P., os quais são acusados da prática, em tese, dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, insertos no artigo 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

O órgão do *Parquet*, em suas razões recursais postula a reforma da mencionada decisão, com vias a que seja determinada a restauração da prisão preventiva dos réus nominados, alegando que estariam presentes, *in casu*, os seus requisitos autorizadores.

Com razão o recorrente.

Ab initio, quanto à arguição ministerial de existência, *in casu*, dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, comporta trazer-se à colação a doutrina pátria acerca das medidas cautelares contempladas no Título IX do Livro I do C.P.P, disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350).

Na lição de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, as medidas cautelares pessoais ou subjetivas previstas no Título IX do Livro I do C.P.P., disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350), dentre as quais se encontram a prisão provisória (em flagrante, preventiva e temporária), a prisão domiciliar e as medidas cautelares diversas das prisão, todas elas “*têm sua subsistência vinculada ao regular processamento da causa e à eficácia da condenação*” (in, Código de processo penal anotado – 25ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 261).

Prossegue o mesmo autor, expondo que: “*As medidas cautelares se submetem aos requisitos gerais: fumus boni iuris e periculum in mora. Em se tratando de cautelares pessoais ou subjetivas, convertem-se tais exigências em fumus commissi delicti e periculum libertatis. (...) O art. 282, caput, II, estabelece parâmetros para a eleição da cautelar a ser imposta. Não se trata propriamente de requisitos, mas de balizas que definem sua pertinência e suficiência ao caso concreto*” (op. cit., p. 261/262).

Ajunta o doutrinador que, os requisitos do art. 282 do C.P.P. “*têm caráter genérico e devem ser observados para todas as medidas cautelares pessoais ou subjetivas (...). Tais medidas submetem-se, ainda, a requisitos específicos. Estes dizem respeito às exigências que cada uma delas, em particular, demanda. Assim, os da prisão preventiva encontram-se nos arts. 282, § 4º, 312 e 313 deste Código; em matéria de prisão (preventiva) domiciliar, estão nos incisos do art. 318; quanto às demais medidas cautelares, o fundamento está em cada um dos incisos do art. 319*” (op. cit., p. 262).

Quanto aos pressupostos para a decretação das medidas cautelares pessoais, alerta o processualista citado que: “*A autoridade judiciária, portanto, deverá verificar, em primeiro lugar, a pena abstratamente cominada à infração pela qual o agente é investigado ou processado. (...) Em seguida, cumprirá analisar a presença dos requisitos genéricos contidos no art. 282 (...) e, por fim, dos requisitos específicos das medidas eleitas*” (op. cit., p. 263).

O jurista GUILHERME DE SOUZA NUCCI, comentando o art. 282, *caput* e incisos I e II, do C.P.P., ao referir-se aos requisitos para a decretação da medida cautelar, explana que esta “*não pode ser aplicada automaticamente; depende do preenchimento de dois requisitos genéricos: necessidade e adequabilidade. O primeiro deles diz respeito à indispensabilidade da medida, sob pena de gerar prejuízo à sociedade, direta ou indiretamente. O segundo guarda harmonia com a justaposição entre o fato criminoso e seu autor em confronto com a exigência restritiva a ser feita*” (in, Código de processo penal comentado – 12^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 764).

No atinente aos requisitos da adequabilidade, averba o escritor: “*são alternativos: a) gravidade do crime (ou); b) circunstâncias do fato (ou); c) condições pessoais do indiciado ou acusado. Os três fatores guardam relação com os requisitos da prisão preventiva, embora de maneira indireta*” (*op. cit.*, p. 765).

Nessa toada, no que atine ao embasamento da decisão que decreta a prisão provisória preventiva, exige o artigo 315 do CPP, expressamente, seja a mesma devidamente fundamentada, (“*A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”), no espírito do que estatui o princípio geral da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, previsto no inciso IX do artigo 93 da C.R.F.B/1988.

No caso dos autos, verifica-se que, a decisão judicial que converteu a prisão em flagrante dos recorridos em preventiva fora prolatada com esteio nos contundentes elementos de convicção, que constam do Auto de Prisão em Flagrante, dos quais resultaram evidenciados fortes indícios de autoria, apontando os acusados nominados como responsáveis pela prática, em tese, dos crimes que lhe foram imputados na peça exordial oferecida pelo órgão ministerial.

Válida se faz, por pertinente, a transcrição da minudente fundamentação exposta no aludido *decisum*, a lastrear o decreto de conversão da prisão flagrancial em preventiva na audiência de custódia, *ipsis litteris*:

“*Nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva do agente, exige-se o fumus commissi delicti e o periculum libertatis; o primeiro representado pelos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito; o segundo é jungido à garantia das ordens pública*

*e econômica, à conveniência da instrução do processo e a possível aplicação da lei penal. No caso em tela, o fumus comissi delicti pode ser extraído da situação flagrancial, depoimento das testemunhas, auto de apreensão e laudo de exame de entorpecentes. Segundo consta do Auto de Prisão em Flagrante, policiais militares receberam informações no sentido de que, na mata da Rua Purus, quatro indivíduos estariam recebendo carga de drogas para distribuição. Os policiais compareceram ao local indicado e os quatro indivíduos, ao avistarem a guarnição policial, teriam tentado empreender fuga, mas os dois custodiados foram alcançados. Com cada custodiado teria sido arrecadada uma sacola contendo drogas, que totalizavam 300 "trouxinhas" com erva seca. De acordo com os agentes da lei, Carlos, de vulgo "PP", e João Victor, de Vulgo "Joazinho da Já", seriam conhecidos da guarnição pelo envolvimento com o tráfico de drogas e teriam confirmado que o material ilícito era voltado para o abastecimento de "Alto do Olaria". Quanto ao periculum libertatis, a segregação cautelar é necessária para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. A gravidade em concreto do delito demonstra a periculosidade dos custodiados. Saliente-se a vasta quantidade de drogas apreendidas (1.058,40 gramas de maconha) e a informação dos agentes da lei que os custodiados já seriam conhecidos pela guarnição em razão do envolvimento com o tráfico. Considerando os nefastos efeitos dos delitos de tráfico e associação para o tráfico, que geram grande intranquilidade social, mostra-se necessária a permanência da segregação cautelar, no mínimo, para garantia da ordem pública, evitando a reiteração da conduta ilícita. Isso sem contar que a aplicação da lei penal também está em risco, pois não há nos autos a comprovação de que os custodiados possuam residência fixa ou mesmo que exerçam ocupação lícita. Destaque-se que João Victor, em que pese tecnicamente primário, figura como denunciado em procedimento onde se imputa a prática também dos crimes de tráfico e associação para o tráfico. Da mesma forma, Carlos responde ação penal pela suposta prática das infrações penais de tráfico e associação para o tráfico, sendo colocado em liberdade em setembro de 2019. Tais circunstâncias demonstram o risco concreto de reiteração delitativa. No que toca ao princípio da homogeneidade, a análise de questões acerca da possível fixação da pena em regime menos gravoso demanda dilação probatória. Por fim, os custodiados não preenchem os requisitos para a concessão de prisão domiciliar. Ante o exposto, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO.** Façam-se as anotações de praxe." (destacamos).*

No entanto, oferecida a denúncia e distribuída a ação penal à juíza natural, esta entendeu ausentes os requisitos insertos no artigo 312 do C.P.P., e, de ofício, concedeu aos réus a liberdade provisória, embasando a decisão na crise mundial decorrente da pandemia do novo coronavírus (covid-19), aplicando-lhes medidas cautelares previstas no artigo 319 do C.P.P expondo o seguinte, *ex textus*:

“Diante da grave crise mundial decorrente da pandemia do Coronavírus (COVID-19), verifica-se a premente necessidade de retardar, ao máximo, a contaminação em massa com conseqüente sobrecarga do sistema público de saúde que tem infraestrutura complexa para o enfrentamento dos casos agravados da doença. É de conhecimento geral que o vírus se espalha contaminando pessoas em progressão geométrica, multiplicando exponencialmente o número de casos confirmados. É uma situação alarmante porquanto, apesar de, na maioria dos casos (80%), a doença não apresentar maiores gravidades, é sabido que, a depender da faixa etária e das condições de comorbidade dos pacientes, a letalidade pode atingir 15% dos infectados, como ocorre com idosos, sobretudo os maiores de 80 anos, os imunossuprimidos, os portadores de doença pulmonar crônica, os portadores de doenças crônicas que afetam os grandes sistemas corporais como os diabéticos, os hipertensos, os portadores de doença autoimune. Não há dúvida de que o quadro é de profunda gravidade, mais ainda tendo em conta, a partir do comportamento da doença nos países em que ela primeiro se manifestou, a projeção do número absoluto de pacientes com evolução agravada da patologia que necessitam ser tratados em regime de Terapia Intensiva frente ao reduzido número de vagas em CTIs e UTIs no nosso sistema de saúde, tanto o público quanto o privado. Vale dizer que, ainda que todas as vagas fossem destinadas exclusivamente para o tratamento dos pacientes acometidos da COVID-19, não há leitos suficientes. Já não há hoje, bastando ver a imensa demanda pelo fornecimento de vagas em UTIs e CTIs que todos os dias batem às portas do Poder Judiciário. Diante disso, muitas medidas restritivas foram tomadas pelo Poder Público que está priorizando o trabalho remoto de casa, recomendando quarentena para as pessoas incluídas nos grupos de risco e o mínimo de circulação nas ruas. Nesse contexto, o Sistema Penal evoca seriamente a preocupação com a disseminação do novo coronavírus seja no ambiente intramuros, seja no meio aberto. Com efeito, é de sabença pública a superlotação das unidades prisionais, havendo um déficit de 70% de vagas nas cadeias do Estado do Rio de Janeiro, conforme dados obtidos no Mapa de Estabelecimentos Prisionais no site do CNJ (https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php), sendo

classificadas como ruins ou péssimas 40 unidades num universo de 56, ou seja 71,83% das prisões. Isso significa que a grande maioria dos presos estão em locais superlotados, sendo impossível guardar a distância de 1,5 m, em condições ruins ou péssimas de higiene e com baixíssima exposição ao sol, condições determinantes para a queda imunológica e a vulnerabilização a agentes patológicos, sendo inclusive declarado o estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347... Note-se que, a julgar pela incidência da Tuberculose conforme estudo acima citado (uma proporção de 46/100.000 habitantes no meio aberto para 1.080,6/100.000 habitantes no ambiente intramuros), será catastrófica a entrada, no ambiente carcerário, do Coronavírus, que apresenta um poder de contaminação em escala geométrica, alastrando-se exponencialmente entre as pessoas livres. Entre os presos, diante de sua peculiar condição de vulnerabilidade sanitária, dadas as epidemias que já os acometem, sem contar a baixa imunidade, a velocidade de contágio será incontavelmente maior. Tais fatos merecem a atenção das pessoas livres na medida em que os agentes penitenciários e demais trabalhadores do sistema carcerário são vetores que não apenas levam o vírus para o interior das cadeias, mas também o trazem de lá, num ciclo vicioso que contribuirá para espalhar mais rapidamente a doença no meio extramuros. Mas, não bastasse a superlotação carcerária contribuir importantemente para o risco de contágio às pessoas livres, dadas as condições precárias de saúde dos presos, também a incidência de agravamento dos casos de COVID-19 será exponencialmente maior, como se pode constatar à vista das doenças difundidas na população privada de liberdade. Sendo assim, os presos contaminados cuja doença se agravarem, que serão muitos se apenas considerarmos os tuberculosos, necessitarão de internação em centros de atendimento intensivo, sobrecarregando o sistema público de saúde e utilizando vagas de UTI e CTI que poderiam ser destinadas a outras pessoas, se conseguíssemos diminuir essa incidência. Nesse passo, diminuir a população carcerária é a única forma de contribuir para que o Sistema Penitenciário não seja fator de incremento da disseminação do Coronavírus e de sobrecarga do Sistema de Saúde com consequente colapso em prejuízo de todos os usuários. Ciente de toda esse estado de coisas, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 para a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. O ato expressa a vontade constitucional no sentido de que a prisão provisória tem caráter excepcionalíssimo, sendo a liberdade a regra no nosso ordenamento jurídico. Em seu artigo 4º, I, c, o mencionado ato do CNJ recomenda a reavaliação das

prisões preventivas que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. No caso dos autos, verifico que os delitos imputados aos réus não foram praticados mediante violência ou grave ameaça a pessoa, tratando-se de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico.”

No tocante aos fundamentos da decisão alvejada, mencionando a situação atual pela qual passa o país, ante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), destacando as graves peculiaridades do sistema prisional brasileiro, cabe ser esclarecido, ser indubitoso que, a saúde é direito de todos e dever do Estado, nos termos do art.196 da CRFB/1988, sendo garantido seu acesso às pessoas custodiadas cautelarmente ou as já condenadas, consoante estabelecido no art. 14 e parágrafos 1º a 3º da Lei nº 7.210, de 11.07.1984 (LEP), que tratam da assistência à saúde do preso e do internado, bem como do acompanhamento médico à mulher, no pré-natal e no pós parto, extensivo ao recém-nascido.

Contudo, há que se enfatizar a inexistência de dados estatísticos concretos e em percentuais, ou quaisquer estudos epidemiológicos e infectológicos, os quais permitam aferir os potenciais perigos/ameaças de infecção por coronavírus e desenvolvimento do Covid-19, que possam ocasionar óbitos, pelo só fato de uma pessoa se encontrar na situação de preso provisório ou internado (condenado), e/ou ainda, porque seja portadora de moléstia grave preexistente e/ou a contraiu posteriormente, e/ou ostente a condição de pessoa idosa (70 anos -para fins penais), enquadrando-se nos rotulados “grupos de risco”.

Observa-se, no caso em apreço, que a fundamentação exposta na decisão vergastada não se mostra idônea para a soltura dos recorridos, pois não há qualquer prova pré-constituída, em concreto, de que os mesmos apresentem algum sintoma de terem sido infectados pelo Covid-19, ou que estejam na iminência de o sê-lo, com risco real e efetivo, de molde a não poderem receber tratamento emergencial pelo sistema público de saúde do Estado.

Não obstante a alegada pandemia do novo coronavírus (Covid 19), é público e notório que, as autoridades públicas, nestas incluídas as médicas e sanitárias, vêm avaliando diuturnamente a situação e adotando as medidas que entendem necessárias, sendo oportuno frisar que, os oras recorridos integravam contingente carcerário, no qual muitos presos se encontram em condições similares, inexistindo qualquer elemento de

convicção ou indícios, que indiquem devam os mesmos receber tratamento diferenciado. 138



Cita-se, por oportuno, as seguintes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, *ad verbum*:

“No tocante à circunstância excepcional ocasionada pela disseminação do vírus causador da doença denominada COVID-19, nada obstante o requerente esteja enquadrado em grupo considerado de maior vulnerabilidade em caso de contágio, constata-se que o Juízo da Vara de Execuções Penais de Francisco Beltrão informou a adoção de providências alinhadas à Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, como a suspensão de visitas a sentenciados que se encontram na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão, a qual “não se encontra com ocupação superior à capacidade” (fl. 4.525), destacando, ainda, a existência de “equipe de saúde lotada no estabelecimento”(fl. 4.525).

Ademais, a recomendação de isolamento da população como forma de diminuição da disseminação e contágio do mencionado vírus vem sendo estritamente observada no âmbito da unidade prisional, tendo o magistrado asseverado que “Até o presente momento inexistem casos confirmados de pessoas infectadas com coronavírus (COVID-19) no âmbito desta Comarca de Francisco Beltrão/PR” (fl. 4.525).

Adicionalmente, informou o Juízo a concessão de progressão de regime antecipada a 65 (sessenta e cinco) detentos da aludida unidade prisional, viabilizando o melhor controle do ambiente no qual o requerente se encontra recluso em relação aos riscos de disseminação do coronavírus.

Nota-se, portanto, que a autoridade judiciária responsável pela fiscalização da unidade prisional se desincumbiu a contento de medidas capazes de evitar o alegado perigo de contágio do vírus que assola a população global, nos moldes da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, a qual, por se tratar de mera recomendação, não confere direito subjetivo aos detentos que se incluem nos denominados grupos de risco à obtenção de benefícios excepcionais.

Verificada a adequação do ambiente prisional às recomendações expedidas pelas autoridades sanitárias à diminuição da curva de proliferação do coronavírus e do contágio que desencadeia a doença COVID-19, como ocorre na hipótese, não se constata a necessidade da adoção de medidas excepcionais na execução da reprimenda privativa de liberdade.”

(STF. AP 996/DF. Relator Min. Edson Fachin. Decisão monocrática datada de 02.04.2020, Dje n. 85 de 06/04/2020).



“Ademais, a precariedade das cadeias públicas é argumento que pode ser adequado a todos aqueles que se encontram custodiados. O Poder Judiciário, apesar de tentar amenizar a situação, inclusive com a edição da Súmula Vinculante n. 56, não tem meios para resolver o assinalado estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.

O surgimento da pandemia da Covid-19 não pode ser, data venia, utilizado como passe livre, para impor ao Juiz da VEC a soltura geral de todos encarcerados sem o conhecimento da realidade subjacente de cada execução específica, o que demanda provocação e certo tempo para deliberação. Ninguém, em sã consciência, é a favor do contágio e da morte de presos e, mesmo com as projeções de que viveremos tempos sombrios o que, atualmente, submete a algum isolamento social cerca de 1/3 de toda a humanidade, não vejo como deferir, per saltum, a liminar requerida pelo impetrante. (...)”

(STJ. HC 576.226/RJ. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Decisão monocrática em 28/04/2020. Dje 30/04/2020).

“No caso destes autos, nenhuma outra notícia há de concreto que a condição de saúde do executado esteja comprometida (ao menos não fora juntado nenhum documento idôneo a comprovar isso) ou que o ambiente carcerário esteja em piores condições que o externo (fora das unidades também existe o perigo potencial de contágio), cabendo destacar que o sentenciado não possui lapso para obtenção de qualquer benefício, baseando-se o requerimento apenas no risco abstrato à sua saúde.

O que se pretende, a bem da verdade, a exemplo de centenas de outros pedidos similares que aportaram neste juízo, é a soltura sem qualquer critério e responsabilidade de condenado pelo hediondo crime de estupro de vulnerável (a pena total é de 8 anos, cujo término está previsto para depois de 2025), é saudável (não há sequer a notícia que padece de qualquer doença que justifica sua soltura antecipada), e que resgatou ínfima fração de sua reprimenda.

Postula-se, assim, por um direito subjetivo à impunidade, aproveitando-se da cortina provocada pela pandemia para buscar a libertação de criminosos que ainda não cumpriram a porcentagem da pena que justifique sua soltura. O que o CNJ buscou com a Recomendação nº 62 não foi a soltura de todos os presos indistintamente - há de se verificar rigorosamente o caso concreto, evitando-se o cometimento de injustiça, seja com a vítima e a sociedade (que já foram violadas pelo criminoso) ou com o detento.” (STJ. HC 576.225/SP. Relator Min. Laurita Vaz. Decisão monocrática em 29/04/2020. Dje 30/04/2020).

“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.

(...) À vista do exposto, indefiro liminarmente o processamento deste habeas corpus, com fulcro no art. 210 do RISTJ, e não diviso flagrante ilegalidade apta a ensejar, ex officio, a postulada concessão do writ.” (STJ. HC 567.408/RJ. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Decisão monocrática em 20/04/2020. Dje 23/04/2020).

Colaciona-se, também, orientando-se no mesmo diapasão, o seguinte julgado pátrio, *ad litteram*:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA DOMICILIAR HUMANITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PANDEMIA COVID-19. CONDENADO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS EXCEPCIONAIS SUGERIDOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ORDEM DENEGADA.

1- Respeitadas as medidas preventivas expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação n. 62, no sentido de que os Tribunais e Magistrados adotem posturas para evitar a propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19, no âmbito da justiça penal; tem-se que na espécie, diante da ausência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade excepcional da liberação do sentenciado, não se vislumbra constrangimento ilegal ser afastado e, por consequência, que se converta a constrição cautelar em prisão domiciliar humanitária apenas pela possibilidade abstrata de contágio dentro do sistema prisional, do Covid-19.

2. Ordem denegada.”

TJDF. Segunda Turma Criminal. Relator Des. João Timóteo de Oliveira. Dje 24/04/2020. Grifo nosso.

Ajunte-se ser de conhecimento geral, que inúmeras são as pessoas que se veem forçadas a viver aglomeradas, em locais que sequer possuem as mínimas condições de habitabilidade, sem saneamento básico e água potável, sem salubridade e higiene, face às contingências sócioeconômicas e financeiras, sendo que muitas delas estão no mesmo “ grupo de risco ” dos ora acusados ou em outro. Tais são os moradores das “ favelas “, os moradores de rua, os refugiados e imigrantes acolhidos em abrigos/albergues, e etc.

Outrossim, averbe-se que, os juízes e Tribunais só estão adstritos à observância obrigatória das decisões de mérito transitadas em

Julgado, com efeitos vinculantes, arroladas, especificamente, no artigo 927 do CPC/2015, incisos I (ADC; ADI; ADPF; Repercussão Geral); II (“os enunciados de súmula vinculante”) e III (“os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”), aplicável, por analogia, na esfera penal e processual penal (CPP, artigo 3º), sendo que o Código de Processo Penal, teve acrescentado ao seu texto o artigo 315, parágrafo 2º, incisos V e VI, com redação praticamente idêntica às normas processuais civis relacionadas nos incisos V e VI do artigo 489 do diploma legal citado.

Na ensanchas, cabe registrar o disposto no inciso II do artigo 5º da CRFB/1988, o qual consagra o princípio da legalidade estrita (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), que nos remete ao artigo 3º da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), cabendo enfatizar, que no rol das espécies legislativas catalogadas nos incisos I a VII do artigo 59 da Carta Constitucional, não se encontram elencadas Recomendações ou Resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), o qual nos termos do artigo 103-B, parágrafo 4º e incisos do mesmo diploma legal, não ostenta competência legiferante.

Neste cenário, importa registrar que, a Recomendação administrativa nº 62, de 17.03.2020, do Conselho Nacional de Justiça, traça apenas diretrizes genéricas, sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já estão contempladas na legislação processual penal comum e especial, sendo que as mesmas não subtraem, a competência prevalente da atividade jurisdicional, que cada magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei (CRFB/1988, art. 5º, XXXV; CPC, art. 503, c/c CPP, art. 3º), para o caso concreto.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

“A Recomendação n. 62/2020 do CNJ não é ato normativo de observância obrigatória e não criou direito subjetivo aos apenados. Trata-se de mera orientação. As medidas sugeridas aos juízes devem ser adotadas com razoabilidade, sempre em observância ao contexto local de disseminação do vírus.”

STJ. HC 576.333/RS. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Decisão monocrática em 29/04/2020. Dje 30.04.2020.

Não custa mencionar, finalmente, que o STF, no julgamento pelo Plenário, em data de 23/03/2020, da ADPF 347/2020-DF, negou referendo

à decisão liminar monocrática concedida pelo Min. Marco Aurélio de Mello, a qual resultou sem efeito, com conclamação dos juízes para, observada a especificidade de cada caso, viabilizar a soltura de presos em razão da possibilidade de contraírem o novo coronavírus (Covid-19) proclamando a inidoneidade de tal fundamento, sobretudo porque medidas para evitar a contaminação já foram tomadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, havendo, por igual, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, providências igualmente relevantes e suficientes, a cargo dos seus Poderes constituídos.

No caso dos autos, entende-se que a quantidade de entorpecente apreendido com os recorridos, somada a circunstância de que os mesmos estariam, em tese, associados a outros elementos, os quais lograram se evadir, para a prática de atividade desenvolvida pela nociva mercancia de drogas, em áreas notoriamente conflagradas por facções e organizações criminosas, no âmbito das quais os atributos da violência e da grave ameaça são justamente o traço visceral que as move, é de se concluir que não houve qualquer modificação fática e jurídica, a qual ensejasse uma situação extraordinária, de molde a justificar a soltura dos réus.

Por certo, pode-se constatar, dos documentos acostados aos autos, que o Juiz primevo, de maneira fundamentada, em consonância com o previsto no artigo 93, IX, da C.R.F.B/1988., expôs as razões pelas quais entendeu por decretar a custódia cautelar dos recorridos, sendo assinalados, além dos fortes indícios de materialidade e autoria delitivas, a imprescindibilidade da referida cautela, como garantia à preservação da ordem pública bem assim para o asseguramento de eventual aplicação da lei penal.

Como bem observou o órgão do *parquet*, “*nota-se que eles ostentam anotações pretéritas por crime de tráfico de drogas, sendo certo que CARLOS MAGNO responde a processo da mesma espécie nos autos do processo n.º 0314741-44.2018.8.19.0001, que se encontra em fase de instrução, conforme esclarecimento de doc. 169. Vale ressaltar que o recorrido foi colocado em liberdade em setembro de 2019, mas poucos meses depois foi preso em flagrante novamente pelo crime de tráfico de drogas. Já JOÃO VICTOR responde a processo nos autos n.º 0185361-24.2019.8.19.0001, que teve sua fase de instrução encerrada e aguarda sentença, conforme esclarecimento de doc. 170, restando claro o risco à ordem pública caso eles permaneçam em liberdade, possuindo agora, com a decisão da magistrada, verdadeira carta branca para praticarem toda a sorte de*

crimes enquanto durar a pandemia”.

Portanto, não há que se cogitar de ausência dos requisitos autorizativos da custódia cautelar ora objurgada, haja vista que tais pressupostos foram devidamente esmiuçados na decisão prefacial que converteu a prisão em flagrante dos réus em preventiva, em nada sofrendo alteração até o presente momento, de molde a escusar a segregação social ora requerida, observados os requisitos estampados nos incisos I e II do artigo 282 do CPP, exigíveis para todas as medidas cautelares, quais sejam a necessidade e a adequação, demonstradas pela presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os quais se traduzem, no Direito Processual Penal, no *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, sendo estes aplicáveis às hipóteses versadas no artigo 312 do referido diploma legal.

No sentido de que, o grau de periculosidade do agente pode ser avaliado com base nas circunstâncias até então apuradas nos autos, com vias a se justificar, assim, a decretação da cautela prisional preventiva, colaciona-se o seguinte julgado do S.T.F., *in verbis*:

“*Habeas corpus*. Processual Penal. Prisão preventiva. Homicídio duplamente qualificado. Artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal. Impetração dirigida contra decisão em que o Superior Tribunal de Justiça indeferiu medida liminar requerida pelo impetrante. Incidência do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. Comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi da conduta. Garantia da ordem pública. Idoneidade dos fundamentos justificadores da custódia. Precedentes. Processo extinto. 1. A Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal somente admite mitigação na presença de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se verifica na hipótese em exame. Precedentes. 2. O ato prisional, embora sucinto, não se mostra eivado de ilegalidade flagrante, estando suficientemente fundamentado em elementos concretos para se reputarem preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não sendo fortes os argumentos dos impetrantes para afastar a cautelaridade demonstrada naquele título para revogá-lo ou substituí-lo por medidas

cautelares (CPP, art. 319), mormente se considerado o apontado modus operandi da conduta praticada, o qual torna evidente o elevado grau de periculosidade do paciente para a coletividade. 3. Segundo a remansosa jurisprudência da Corte, “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública” (HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 27/11/09). 4. Habeas corpus extinto.” (STF, Primeira Turma, HC nº 122.444/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Julgado em: 21/10/2014, sublinhamos).

No que tange, especificamente, à medida cautelar da prisão preventiva, preleciona JÚLIO FABBRINI MIRABETE: *“Refere-se a lei, em primeiro lugar (garantia da ordem pública), às providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentadamente propenso às práticas delituosas, quer porque em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública. A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências não se constitui em circunstância suficiente para a decretação da custódia preventiva. Mas, sem dúvida, está ela justificada no caso de ser o acusado dotado de periculosidade, malvadez, cuspidez e insensibilidade moral”* (in, Processo Penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 368/369, sublinhamos).

Prossegue o autor, assim explanando: *“Menciona a lei, em segundo lugar, a garantia da execução da pena como fundamento para a decretação da custódia. Com ela, impede-se o desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair os efeitos penais da eventual condenação. A*

fuga ou recusa em atender chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retarda e torna incerta a aplicação da lei penal, justificando a custódia provisória.

Por fim, a custódia pode ser decretada para assegurar a prova processual, obstando-se a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas do crime, seja apagando vestígios, subornando ou ameaçando testemunhas.

A medida excepcional de decretação da prisão preventiva não pode ser adotada se ausentes os fundamentos legais. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que os embasem e não apenas em hipóteses e conjecturas, ou gravidade do crime. Não se justifica apenas porque o acusado é mau pagador, ou desonesto, ou desempregado, ou possui maus antecedentes. Também não se pode invocar a medida para garantir a incolumidade do acusado a pretexto da conveniência da instrução criminal, pois tal constitui desvio de finalidade. Cabe ao estado providenciar a segurança do acusado com outras medidas que não a sua custódia” (op. cit., p. 369).

“A prisão preventiva só pode ser decretada ‘quando houver’ prova da existência do crime e indício suficiente da autoria’ (art. 312, in fine). A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudos de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal etc). Exigindo-se ‘prova’ da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal. Exige-se ainda para a decretação da prisão preventiva ‘indícios suficientes da autoria’. Contenta-se a lei, agora, com simples indícios (...), elementos probatórios menos robustos que os necessários para a primeira exigência. Não é necessário que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para a condenação; não é preciso que gerem certeza da autoria. Nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confiada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que a definam. Como bem afirma Noronha, não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria e é no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e passará os elementos que devem autorizar a medida com cautela ou prudente arbítrio, atendendo a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais. Em resumo, é necessário que o juiz apure se

há o fumus boni iuris, ou seja, a ‘fumaça do bom direito’ que aponte o acusado como autor da infração penal” (op. cit., p. 367/369).

Traz-se à baila, ainda, as lições de GUILHERME DE SOUZA NUCCI *“Garantia da ordem pública: trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em 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 insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada, fundamentalmente pelo binômio ‘gravidade da infração + repercussão social’” (in, Código de processo penal comentado. – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 626).*

“Conveniência da instrução criminal: trata-se do motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada 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, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Configuram condutas inaceitáveis a ameaça a testemunhas (...), a investida contra provas, buscando desaparecer com evidências, ameaças ao órgão acusatório, à vítima ou ao juiz do feito, a fuga deliberada do local do crime, mudando de residência ou de cidade, para não ser reconhecido, nem fornecer sua qualificação (...), dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor da infração penal. Não tem sentido o ajuizamento da ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. Não bastasse já ter ele cometido o delito, que abala a sociedade, volta-se, agora, contra o processo, tendo por finalidade evitar que o direito de punir se consolide” (op. cit. p. 632).

“Prova da existência do crime: é a materialidade, isto é, a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência do evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso do homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico posteriormente pode ser juntado. Nessa ótica: TJSP: ‘Induvidosas as ocorrências delituosas, pela própria evidência, não obstante a ausência dos laudos periciais correspondentes (a assertiva não admite contestação, em termos materiais, pelo menos em relação à morte de L.Y.S.), assinale-se que há indícios suficientes de autoria, conclusão a que se chega pelo exame de peças constantes do writ’ (HC 126.259-3, São Paulo, 3ª C., rel. Carlos Bueno, 25.02.1992, v.u.).

Indício suficiente de autoria: trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inevitável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito. Indício é prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude. (...) A lei utiliza a qualificação ‘suficiente’ para demonstrar que que não é qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido” (op. cit., p. 634/635).

Sobre a prisão preventiva, importante carream-se os ensinamentos do professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: *“A prisão preventiva subordina-se a pressupostos, que são dois, e condições, que são quatro, e uma destas, ao menos uma, deve coexistir com aqueles dois. É sempre assim, sem exceção. Os pressupostos são a ‘prova da existência do crime’ e os ‘indícios suficientes de autoria’. Exige a lei prova da existência do crime. Não basta, pois, mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova do crime, a lei quer mais: ‘indícios suficientes de autoria’. E na velha lição de Borges da Rosa, esse indícios ‘devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disso. No entanto eles devem ser suficientes para tranquilizar a consciência do Juiz’ (Processo penal brasileiro, v. 2, p. 281).*

Esses dois pressupostos devem estar aliados a uma destas circunstâncias: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) garantia da ordem econômica; d) assecuração de eventual pena a ser imposta. (...)

*A prisão preventiva é uma dessas medidas cautelares e, como toda e qualquer medida cautelar, a preventiva subordina-se a dois requisitos: o *fumus boni juris* e o *periculum libertatis*, o qual equivale, no cível, ao *periculum in mora*. Daí, o ensinamento de Vélez Mariconde “(...) toda privação de liberdade determinada antes do ato jurisdicional legítimo para impô-lo a título de sanção só pode ocorrer ante a necessidade atual e concreta de remover o temor de ‘um dano jurídico’, que se traduz no perigo de que o imputado, em liberdade, oculte a verdade dos fatos ou determine a inaplicabilidade da lei penal” (Estudios de derecho procesal penal, t. II, p. 249). E conclui Julio Mayer: “(...) por isso, excluindo-se os fins preventivos imediatos, o fundamento real de uma medida de coerção só pode residir no perigo de fuga do imputado ou no perigo de que se obstaculize a averiguação da verdade” (Derecho procesal penal argentino, p. 281). (...)*

Circunstâncias que realmente justificam a prisão preventiva. Em face do exposto, que tem o apoio da totalidade da doutrina, chega-se a conclusão inarredável de que a prisão preventiva, pedra de toque de toda e qualquer prisão cautelar, só se justifica quando presente uma destas circunstâncias: conveniência da instrução criminal ou exequibilidade da efetivação da pena, jamais como fundamento de tratamento punitivo. Desse modo, toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, visto que contrária ao princípio da presunção de inocência” (in, Código de processo penal comentado: volume 1. – 13ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 841/846).

Acrescente-se, novamente, por oportuno, o ensino de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS: “Quando a prisão é necessária para a garantia da ordem pública. “Desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social” (José Frederico Marques, Elementos de direito processual penal, Campinas (SP), Bookseller, IV:63). Vide TJSP, JTJ 240/330 e 336” (in, Código de processo penal anotado – 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283)

Nesse tocante, disserta GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *“A prova da existência do crime é a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência de evento típico. (...)”*

O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena de culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, feito, como regra, muito antes do julgamento de mérito” (in, Manual de processo penal e execução penal. – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 606).

Por fim, nas palavras de EUGENIO PACCELLI DE OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER: *“Na teoria geral do direito (não penal, portanto), os requisitos para decretação de medidas cautelares se reuniram na fórmula ‘fumus boni iuris’ e ‘periculum in mora’, isto é, na aparência do bom direito e no perigo da demora da atuação jurisdicional.*

Aqui, no processo penal, pode-se aceitar a sugestão, dada a proximidade total entre os objetos da cautelaridade. A aparência do bom direito seria traduzida pela aparência do crime, a ser apreciada quanto ao fato e respectiva classificação jurídica, enquanto o perigo da demora, como intuitivo, indicaria a situação em que a necessidade da prisão se justifica como única alternativa para a tutela da efetividade da jurisdição criminal” (in, Comentários ao Código de Processo Penal. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p.668).

A jurisprudência tem entendido que, a garantia da ordem pública fundamenta a decretação, manutenção ou o restabelecimento da custódia ergastular, vez que necessária se faz a imposição da medida em hipóteses tais como: para evitar-se que o indiciado pratique novos delitos da mesma natureza ou de natureza diversa, contra a mesma vítima ou outra pessoa; para assegurar a integridade da vítima e de seus familiares; para impedir que em liberdade se imbuia dos mesmos estímulos a delinquir, se propenso à práticas infracionais, demonstrado por seus antecedentes; ante sua periculosidade manifesta, haja vista o *modus operandi* em seu atuar na prática do delito considerando as circunstâncias em que foi cometido; para acautelar o meio social, considerando a gravidade, em concreto, do crime e sua repercussão, ocasionando clamor público, a impactar diretamente nos costumes e tranquilidade sociais; para

preservar o prestígio e a credibilidade no Poder Judiciário e das instituições incumbidas de investigar, reprimir e denunciar as infrações penais; a necessidade de se interromper, diminuir ou cercear o avanço de organização criminosa e a atuação de seus integrantes; etc.

Nesse sentido: STF – HC/SP 95.024, 1ª T. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julg. 14.10.2008; RTJ 64/77, 648/347, 653/374. STJ – RHC/RJ 48.213, 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz, Julg. 02.09.2014, RHC/811, 6ª T. Rel. Min. Costa Leite; RHC 2463-3, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel; RSTJ 73/84, 04/241 e 06/258; RT 693/347, 672/334, 590/451, 652/344, 549/339.

Ora, se os próprios fatos que se imputam aos acusados, dizem respeito a episódio no qual estes teriam sido flagrados, em tese, na posse de mais de um quilo de maconha, com outros elementos que se evadiram, soa, então, deveras ingênuo supor que os recorridos não seriam capazes de reprisar tal conduta ilícita, ante o grau de periculosidade dos mesmos, conforme sugerem as circunstâncias do contexto casuístico.

A propósito, traz-se à colação, por pertinente, o seguinte excerto jurisprudencial emanado da nossa Corte Constitucional, *exempli gratia*:

“PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. (...) Inexiste, no caso, flagrante ilegalidade manifesta, teratologia ou abuso de poder a justificar eventual concessão da ordem de ofício, sobretudo porque, se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam a periculosidade do agente ou risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. Precedentes.” (STF, Primeira Turma, HC 114.672/PR, Rel. p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Julgado em: 04/06/2013, DJe 30/10/2014, grifamos).

Cabe observar, nesse tocante, ser pacífico o entendimento de nossos Tribunais Superiores pátrios, no sentido de que a quantidade e a natureza deletéria do material entorpecente arrecadado (no caso, a maconha),

são fatores que se mostram plenamente aptos a indicar o maior grau de periculosidade dos agentes, justificando, assim, a cautela ergastular.

Nesse sentido, quanto à idoneidade de se aferir a periculosidade do agente com base na quantidade e natureza da droga arrecada, justificando-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública, assentou o S.T.F., *in expressis*:

“A grande quantidade da droga apreendida evidencia a periculosidade do agente, justificando, por conseguinte, a prisão cautelar para a garantia da ordem pública.

Precedentes: HC 107.796, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 20.04.12; HC 94.872, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 19.12.08; HC 107.430, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 07.06.11” (STF, Primeira Turma, HC 120.292/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Julgado em: 09/04/2014, DJe 14/05/2014, grifamos).

“Este Supremo Tribunal assentou que a gravidade concreta do crime, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e natureza de entorpecente apreendido, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública” (STF, Segunda Turma, HC 131.804/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgado em: 15/03/2016, DJe 07/04/2016, realçamos).

Sob a batuta do S.T.F., consolidou-se o entendimento do S.T.J., alicerçado sobre os mesmos fundamentos vetores, *verbi gratia*:

“A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade da paciente, evidenciadas pela quantidade de porções e natureza deletéria da droga apreendida – 59 pedras de crack com peso de 19 gramas –, circunstâncias que demonstram risco ao meio social, recomendando-se a sua custódia cautelar especialmente para garantia da ordem pública” (STJ,

Quinta Turma, HC 417.522/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, Julgado em: 12/12/2017, DJe 01/02/2018, destaques nossos).

“No caso dos autos, quanto da prisão em flagrante do recorrente, **foram apreendidos diversos entorpecentes – 13,4 gramas de maconha, 96,8 gramas de crack e 1,3 grama de cocaína – , o que justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte, no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva**” (STJ, Quinta Turma, RHC 88.160/MG, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Julgado em: 14/11/2017, DJe 22/11/2017, realçamos).

“Apresentada **fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva**, evidenciada na **quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente – 29 eppendorfs de cocaína, com peso de 8,85g, 10 porções de cocaína com 776g e, ainda, 9 porções de maconha, com peso líquido de 1.221g – a revelar sua periculosidade**, não há que se falar em ilegalidade do decreto de prisão preventiva” (STJ, Sexta Turma, HC 393.531/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Julgado em: 05/12/2017, DJe 12/12/2017, grifamos).

“O acórdão impugnado apontou a **periculosidade do paciente** e a conseqüente **necessidade de preservação da ordem pública**, ao ressaltar as circunstâncias que ensejaram a sua prisão em flagrante – **apreensão de cocaína em 104 porções individualizadas, separadas em quatro cargas com 26 papелotes em cada uma**, em local publicamente conhecido como ponto de venda de drogas” (STJ, Sexta Turma, HC 406.474/ES, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em: 24/10/2017, DJe 06/11/2017, destacamos).

De outra parte, é de se ponderar que, os recorridos estão sendo acusados de terem praticado os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, cujas penas máximas, cominadas em abstrato, totalizam mais de

quatro anos de sanção corporal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceitua o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

Nessa conjuntura, a necessidade da constrição cautelar se faz presente, não só com o intuito de impedir a reiteração de atos criminosos da mesma estirpe, mas, sobretudo, para acautelar o meio social da ação delituosa em questão, garantindo, outrossim, a credibilidade do Poder Judiciário, pelo afastamento da sensação concreta de inação e impunidade.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo certo que, a decretação e manutenção da custódia preventiva faz-se necessária no caso concreto, eis que foram observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida restritiva, não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da dignidade humana ou da não culpabilidade, não se confundido a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

Conclui-se, portanto, ter resultado patentemente demonstrada a presença dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, pois, além de existirem indícios mínimos da materialidade e autoria delitivas, a custódia cautelar revela-se necessária no caso concreto, conforme acima explicitado, não se configurando, por ora, suficiente e adequada, à espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Sob tais fundamentos, vota-se pelo **CONHECIMENTO e PROVIMENTO** do recurso ministerial para restabelecer-se a prisão preventiva dos acusados **CARLOS MAGNO SOUZA DUTRA e JOÃO VICTOR OVERNEY SANTOS**.

Expeça-se mandados de prisão em desfavor dos mesmos.

Rio de Janeiro, 09 de março de 2020.

Des. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
RELATORA

