



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000297205

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 0006837-03.2025.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente ERICK LEONAN BRASIL DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **denegaram a ordem impetrada, permanecendo o paciente no cárcere. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 27 de março de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

***Habeas Corpus* nº 0006837-03.2025.8.26.0000 – Comarca de São Paulo/SP**

Impetrante: Defensoria Pública

Paciente: Erick Leonal Brasil da Silva

Impetrado: MMº Juízo de Direito do Plantão Judiciário – 00ª CJ

TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL

VOTO Nº 51.337

HABEAS CORPUS – Tráfico ilícito de entorpecentes (Artigo 33, caput, da Lei de Tóxicos (nº 11.343/06).

Insurgência contra a conversão da prisão em flagrante em preventiva, mediante decisão carente de motivação concreta, asseverando a ausência dos requisitos ensejadores da custódia cautelar – IMPOSSIBILIDADE – Caso em que a decisão impugnada se encontra suficientemente fundamentada, demonstrando de forma adequada a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar, em consonância com disposto art. 93, IX da Constituição Federal/88 – Outrossim, remanescem os requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do CPP, lastreada na quantidade das drogas apreendidas – Prova da materialidade da infração e indícios suficientes da vinculação do paciente à autoria – Desde que a permanência do acusado em liberdade possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa no meio social, cabe ao magistrado manter a custódia cautelar, constituindo em verdadeira medida de segurança – Periculum libertatis – Garantia da ordem pública – Precedentes do STJ.
Ordem denegada.

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de Erick Leonal Brasil da Silva, com pedido liminar, apontando como autoridade coatora o d. Juízo de Direito do Plantão Judiciário - 00ª CJ, da Comarca da Capital/SP.

Alega a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, decorrente da conversão da prisão em flagrante em preventiva pela autoridade impetrada, pela suposta prática d tráfico de drogas, mediante decisão carente de fundamentação concreta, que deixou de aplicar medidas cautelares diversas da prisão.

Sustenta que, caso o paciente seja condenado, poderá ser aplicada a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, visto que é primário, permitindo oferecimento de acordo de não persecução penal, além de fixação de regime inicial diverso do fechado, que pode ter, eventualmente, a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, precedida de liminar, para a liberdade provisória ao paciente, ainda que com fixação das medidas cautelares diversas da prisão, expedindo-se alvará de soltura em seu favor (fls. 1/5).

O pedido liminar foi indeferido em sede do Plantão Judiciário de 2ª Instância (fls. 38), secundado por este relator sorteado (fls. 45/46).

Prestadas informações pela autoridade (fls. 51), pronunciou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, pela denegação da

ordem (fls. 56/59).

É o relatório.

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 27 de fevereiro de 2025, que em 21/02/2025, ocorreu a prisão em flagrante do paciente, ao fundamento de que estaria praticando o crime de tráfico de drogas. Apresentado o autuado em audiência de custódia realizada aos 22/02/225, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva. O feito aguarda a apresentação do relatório final das investigações e a posterior manifestação do *Parquet* sobre eventual oferecimento de denúncia ou pedido de diligências (fls. 51).

Mediante acesso ao sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça, em consulta ao andamento da persecução penal, verifica-se que, apresentado o Relatório Final pela i. Autoridade Policial, foi ofertada denúncia pelo Ministério Público aos 06/03/2025, encontrando-se os autos aguardando decisão a ser proferida pelo d. Juízo *a quo*.

Para melhor compreensão da controvérsia, passa-se a narrar os fatos descritos na denúncia, *in verbis*:

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 21 de fevereiro de 2025, sexta-feira, por volta de 11h, na Rua Violeta dos Alpes, na altura do nº 122, Vila Perus, nesta cidade e comarca, ERICK LEONAL BRASIL DA SILVA, 23 anos de idade, qualificado a fl. 3, trazia consigo, no interior de um saco plástico verde, para fim de comercialização, fornecimento e entrega a consumo de terceiros, drogas

consistentes em 739g de maconha (THC) dividido em 411 porções, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e local supra, ERICK, acompanhado de outros 2 (dois) indivíduos não identificados, trazia consigo, no interior de um saco plástico verde, substâncias entorpecentes destinadas à comercialização, fornecimento e entrega a consumo de terceiros, quando uma viatura da Polícia Militar passou pelo local e os três correram.

Em razão do comportamento suspeito, os policiais militares perseguiram os fugitivos e alcançaram ERICK.

Os outros dois conseguiram se evadir tomando rumo ignorado.

Nas mãos do ERICK havia um saco plástico verde.

Indagado pelos policiais, o denunciado de pronto disse que era tudo maconha e que começaria a comercializá-la a quem o procurasse.

No interior da sacola, foram encontradas as porções de maconha acima descritas, bem como R\$ 665,50 em dinheiro.

O laudo de constatação de fls. 11/14 confirmou a presença de THC nas substâncias apreendidas em posse de ERICK, ressaltando que o resultado do item 3 seguirá em laudo definitivo.

Ante o exposto, denuncio a Vossa Excelência ERICK LEONAL BRASIL DA SILVA como incurso no artigo 33, caput, da Lei

nº 11.343/06” (fls. 63/64 do feito de origem).

Esta é a síntese dos fatos.

Inicialmente, quanto a alegação de que a decisão monocrática que converteu a prisão em flagrante em preventiva seria carente de fundamentação idônea, *data venia*, tenho que não comporta acolhimento, pois adequadamente motivada.

Vale destacar que a deliberação judicial impugnada se apresenta escorreta e não autoriza a concessão do presente *writ*, inclusive porque não se exige uma fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto, ainda que de forma sucinta, analise a presença dos requisitos legais ensejadores da custódia cautelar.

No caso, em sede de audiência de custódia realizada aos 22/02/2025, o d. juiz plantonista observou a regularidade do flagrante, e a existência da prova da materialidade e indícios suficientes de autoria do paciente no crime de tráfico de drogas, tratando-se, na hipótese, da apreensão de 357 porções de maconha e 11 comprimidos aparentando *skunk*. Notou o magistrado de piso que a quantidade das drogas apreendidas não pode servir, por ora, para afastar a capitulação legal inicialmente dada aos fatos, pois é comum que os traficantes mantenham consigo apenas parte das drogas (porções para venda imediata), em quantidade que, isoladamente, poderia indicar porte para consumo, e assim, no caso, os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o patamar de 4 anos. Destacou, ainda, que a despeito de se tratar de crime

sem emprego de violência ou grave ameaça, o tráfico de drogas trata-se de crime grave, equiparado a hediondo e que, por determinação constitucional, merece tratamento diferenciado e dessa forma, reputou o d. juiz de base que a conversão do flagrante em prisão preventiva seria necessária ante a gravidade concreta do crime praticado e a fim de se evitar a reiteração delitiva, assegurando-se a ordem pública, bem como a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Por fim, deixou de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme toda a fundamentação acima, não com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena, mas sim de que as medidas referidas não teriam o efeito de afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, ineficazes para a garantia da ordem pública (fls. 26/30).

Assim, considerou o d. magistrado monocrático não haver medida cautelar menos gravosa adequada ao caso, concluindo seu raciocínio com o que entende tratar-se de questão a ensejar, no todo, a inconveniência da soltura do suplicante.

Fundamentação minuciosa só se requer a decisão definitiva de mérito, não a que impõe prisão preventiva ou denega liberdade provisória. Esta se satisfaz com a indicação da necessidade da decretação da custódia cautelar, que se infere da prova da materialidade da infração penal grave e de indícios veementes de sua autoria.

Assim, “(...) *não é necessário que o despacho que decreta a prisão preventiva seja extenso, ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e*

materialidade, além da indispensabilidade da segregação do agente” (STJ, HC nº 2678/ES, 5ª Turma, p. 231 e RHC 3801-2/MT).

Ainda: *“Demonstrada a necessidade da medida cautelar constritiva da liberdade humana, concretizada em decisão, ainda que sucinta, onde consignadas as razões pelas quais entendeu necessária, descabe pretender desconstituí-la com a invocação do princípio da presunção de inocência ou pela circunstância de ser o paciente primário, radicado no foro da culpa e com profissão definida”* (Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 58, p. 119).

É cediço que a gravidade abstrata do crime, por si só, não basta para a decretação da prisão preventiva, todavia, à vista das circunstâncias concretas dos fatos trazidos a julgamento, inexistente razão para se menosprezar o entendimento adotado pelo Juízo *a quo* no sentido da necessidade da decretação da medida extrema sob os fundamentos legais declinados na decisão impugnada.

Nesse sentido:

“É idônea a decisão que determinou a prisão preventiva, lastreada em elementos concretos para resguardar a ordem pública (CPP, art. 312), em especial a indicação da quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do paciente” (STF, HC nº 129.294/SP, 1ª Turma, Relator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, j. 18/04/2017).

Ainda: *“(...) muito embora a gravidade do crime seja insuficiente para embasar o decreto de prisão, é certo que a gravidade*

concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ele foi cometido, basta para justificar a segregação cautelar, no resguardo da ordem pública, tomando irrelevantes a primariedade e os bons antecedentes do agente, que são atributos esperados de qualquer cidadão” (RT 689/338 e RT 687/278).

Nessa mesma esteira, o entendimento do eminente Desembargador José Orestes de Souza Nery, desta Egrégia Corte de Justiça: *“Não se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Jamais do Magistrado que, mesmo quando empregue expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si”* (HC nº 0061078-44.2013.8.26.0000, Plantão Judiciário de 2ª Instância).

Neste prisma, desde que demonstrada a necessidade da manutenção da prisão preventiva, conforme disposto no artigo 312, do CPP, desnecessário mencionar que na hipótese não se aplicam as medidas cautelares, pois estas somente serão aplicadas quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, conforme dispõe o artigo 321 do mesmo diploma legal.

Portanto, não constatada qualquer irregularidade ou mesmo nulidade a macular a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, assim como a que indeferiu o pedido de liberdade provisória, ressaltando que a custódia cautelar se mostra necessária não só como garantia da ordem pública, mas como forma de assegurar a efetividade

da instrução criminal, além de assegurar eventual aplicação da lei penal, concluindo que os demais argumentos trazidos pela defesa versam sobre matéria de fundo, a ser apreciada ao final, na sentença, após regular instrução probatória.

Assim, e com o esforço desenvolvido pela ilustre impetrante, o que se verifica é que a decisão impugnada está devidamente fundamentada, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

No mais, a ordem deve ser denegada.

A liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. No caso, como visto alhures, há prova da materialidade e indícios suficientes de vinculação do paciente à autoria delitiva.

Não bastasse, é de se ter presente que responde pela prática de crime grave - tráfico ilícito de drogas - e que, sabido à sociedade, é fomento da prática de crimes gravíssimos como furtos, roubos, latrocínios e homicídios, provocando pânico e temeridade social, a recomendar a observância das medidas assecuratórias da aplicação da lei penal, não sendo recomendado que responda em liberdade o processo.

De qualquer forma, em virtude da imprescindibilidade de sua custódia cautelar, sobretudo, para a garantia da ordem pública, que certamente restaria comprometida, caso fosse colocado em liberdade, assertiva que se faz com base na indiscutível periculosidade,

diagnosticada, concretamente, a partir do grave fato imputado e, em especial, das particulares circunstâncias que os permeiam, dentre as quais merecem destaque, a significativa quantidade da substância entorpecente apreendida, consistente em 739g (setecentos e trinta e nove gramas) de maconha (THC), divididos em 411 (quatrocentos e onze) porções, além da quantia de R\$665,50 (seiscentos e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos) em espécie, (auto de exibição e apreensão e laudo de constatação às fls. 13 e 17/19, respectivamente), além de haver declarado informalmente aos policiais que estava praticando o comércio ilícito (fls. 14 e 15), contexto que justifica a manutenção da medida extrema.

Por pertinente:

“Habeas Corpus – Tráfico ilícito de drogas – A expressiva quantidade de droga apreendida justifica a necessidade da medida constritiva de liberdade para preservar a ordem pública – Providências alternativas ao cárcere insuficientes, na hipótese – Precedentes desta C. Câmara Criminal – Constrangimento ilegal ausente – Ordem denegada.” (TJSP, HC nº 2323099-86.2023.8.26.0000, Rel. Des. Euvaldo Chaib, 4ª Câmara de Direito Criminal, j. em 16/01/2024) – g.n.

Assim, desde que a permanência do paciente em liberdade possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa no meio social, cabe ao magistrado manter a custódia cautelar como garantia da ordem pública, constituindo em verdadeira medida de segurança.

Noutro ponto, não há que se falar, neste instante, de que o paciente poderá entabular Acordo de Não Persecução Penal (ANPP),

como aventado pela defesa, visto vez que, do que consta da cota ministerial, notou-se que foi anexada somente a FA do IIRGD, que não trouxe o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, de modo que o Ministério Público postulou a remessa da certidão criminal do Cartório Distribuidor em nome do denunciado.

Ademais, considerando que tal propositura configura faculdade do *Parquet*, caberá ao Ministério Público a análise dos requisitos para a eventual propositura do acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que tal instituto tem natureza de instrumento de política criminal, e sua avaliação é discricionária do Ministério Público (no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime). Trata-se, portanto de prerrogativa institucional do *Parquet*, e não direito subjetivo do investigado (cf. Enunciados PGJ-CGMP sobre a Lei 13.964/19 – item 21).

O tráfico ilegal de entorpecentes demonstra, à toda evidência, a necessidade da custódia cautelar, para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, porquanto a sua prática propicia o consumo e estimula o vício, terminando por aniquilar, principalmente, jovens vidas, desestabilizando famílias inteiras.

Considerado cada caso não isoladamente, mas como parte de um todo, tal manifestação de criminalidade tem o repúdio indignado da sociedade, que exige das autoridades constituídas mais eficiência no seu combate, e do Poder Judiciário, mais rigor na aplicação das leis penais.

De acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal, se

em caso de prisão em flagrante, não se evidenciarem os elementos que autorizam a prisão preventiva, será concedida liberdade provisória. A prisão só será mantida pela autoridade judicial se necessária, o que será decidido conforme os critérios estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Se presentes os elementos que autorizariam a prisão processual preventiva.

A regra constitucional é que os indivíduos fiquem em liberdade até que sobre eles recaia sentença condenatória transitada em julgado. Para que esse direito individual seja afastado é imperioso que exista um quadro fático a demonstrar que a prisão (processual) do indivíduo é necessária, imprescindível, inadiável, ainda que tenha sido preso em flagrante. No flagrante, o *fumus boni iuris* via de regra está presente, sendo a própria razão desta modalidade de prisão. Com o *periculum libertatis*, a prisão processual, medida cautelar que é, demanda a presença simultânea dos dois requisitos, de modo que, ausente um, é ela incabível.

Para tal tipo de situação, nem mesmo eventuais requisitos subjetivos como primariedade, bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita, e demais predicativos favoráveis, representam circunstâncias individuais que, isoladamente, bastam para a concessão da liberdade provisória, não constituindo motivos suficientes para elidirem a decretação da medida extrema, quando essa se reveste dos elementos necessários e devidamente fundamentada na lei penal e na conveniência da instrução criminal.

Assim:

"Condições pessoais favoráveis do recorrente não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia cautelar. 3. Recurso em habeas corpus improvido." (STJ, RHC 64.879/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 21/03/2016).

"As circunstâncias da primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa, por si só, não constituem motivos bastante para elidirem a decretação da medida extrema, quando esta se reveste dos elementos necessários e devidamente fundamentada na lei penal e na conveniência da instrução criminal." (STJ, HC 991/TO, Rel. Ministro Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, DJU 09/03/1992).

Acerca disso, o Pretório Excelso também já decidiu:

"Fatores como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida não bastam para afastar a possibilidade de prisão preventiva, quando esta é ditada por qualquer das razões previstas no artigo 312 do CPP." (RHC 66.682-5/MA, Rel. Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, V.U., j. 19/12/1988, DJU 24/02/1989).

Neste prisma, presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, há de prevalecer a tranquilidade e a segurança do corpo social, impondo-se a manutenção da custódia do paciente, já assentado que a prisão provisória não atenta contra o princípio da presunção de inocência.

Aliás, não existe incompatibilidade entre o princípio da

presunção da inocência e a prisão provisória, da qual são modalidades: a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária. Não é por outro motivo que tanto aquele quanto esta estão disciplinados na Carta Magna.

A propósito:

"Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal. "Habeas corpus" indeferido." (STF, HC 71169, Rel. Ministro Moreira Alves, j. de 26/04/94, DJ 16/09/94, p. 24267).

Anote-se mais, que a prisão provisória não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, conforme Súmula nº 9 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não sendo esta incompatível com a prisão processual, que não induz presunção de culpa, mas se reveste como necessária à ordem pública.

O que se exige, para resguardar a presunção de inocência, é que qualquer forma de antecipação da prisão, anterior à existência de condenação definitiva, tenha como pressuposto a sua necessidade.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e, ao revés do sustentado pelo combativo defensor, de que a prisão preventiva está sendo utilizada como antecipação de mérito, tem-se que a manutenção da medida extrema não se funda em juízo antecipado de culpabilidade do agente ou dos fatos imputados, tampouco se trata da

hipótese de antecipação de eventual pena, mas possui, por finalidade, prevenir a reprodução de novos delitos, vez que a recalcitrância em condutas delituosas é motivação bastante para assentar a prisão cautelar, como expediente de socorro à ordem pública e eventual aplicação da lei penal, havendo de se concluir, no caso em testilha, que persistem os motivos que autorizaram a decretação da custódia cautelar.

Frise-se, ademais, que no processo penal de caráter democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na Lei nº 12.403/11. No entanto, em observâncias às regras nela estabelecidas, não se vislumbra a adequabilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, em razão da presença dos requisitos da prisão preventiva, a indicar que as medidas cautelares alternativas ao cárcere não são suficientes para resguardar a ordem pública.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto dos fatos delituosos, cifrada na quantidade e variedade da droga apreendida (...). 2. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para

resguardar a ordem pública. 3. "Impossível asseverar ofensa ao 'princípio da homogeneidade das medidas cautelares' em relação à possível condenação que o paciente experimentará, findo o processo que a prisão visa resguardar. Em habeas corpus não há como concluir a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado" (RHC 74.203/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016). 4. Recurso desprovido." (STJ, HC nº 91.944/MG, Rel.^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 07/12/2017, DJe de 15/12/2017).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. [...] PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODUS OPERANDI. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 3. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A SOLTURA DO ACUSADO. 4. MEDIDAS CAUTELARES. LEITURA DO ART. 310, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. 5. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. [...] 4. As condições pessoais favoráveis do agente, tais como primariedade e residência fixa não são suficientes para garantir a revogação da custódia cautelar, se há nos autos elementos que recomendam a sua manutenção. 5. Estando presente a necessidade

concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.” (STJ, HC nº 222.887/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/03/2012).

Insta consignar que não cabe conjecturar, nesta via, originalmente em 2º Grau de jurisdição, em verdadeiro exercício de futurologia, sobre eventuais benefícios que o paciente poderá ter (não que deverá ter) quando o feito criminal for sentenciado, se e quando ele remanescer condenado. Somente após o transcurso de toda a instrução é que se poderá identificar, com maior segurança, a conduta por ele desenvolvida.

É o que se extrai da jurisprudência do Colendo STJ:

“Como é de curial sabença, não cabe a esta Corte Superior, em um exercício de futurologia, determinar, de antemão, eventual pena ou regime a ser fixado em desfavor do paciente. A concreta aplicação da pena, em caso de condenação, é um exercício que compete ao magistrado por ocasião da prolação da sentença, com a devida análise do conjunto probatório, inviável de ser realizado nesta estreita via, motivo pelo qual a decretação da prisão preventiva não acarreta, por si só, violação ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares.” (AgRg no RHC nº 141.140, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 23/02/2021).

Ainda:

“Em relação à alegação de desproporcionalidade da prisão em cotejo à futura pena a ser aplicada à recorrente, trata-se de prognóstico que somente será confirmado após a conclusão do julgamento da ação penal, não sendo possível inferir, nesse momento processual e na estreita via ora adotada, o eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da homogeneidade). A confirmação da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional.” (RHC 122197/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª TURMA, j. em 11/02/2020).

Cabe destacar que o decreto da prisão preventiva, no caso vertente, não se mostra desproporcional. Nesse aspecto, vale trazer o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça:

“Não há que se falar em desproporcionalidade da medida constritiva com base em futura e hipotética pena a ser fixada em regime mais brando, na medida em que somente após a instrução do feito é que poderá o magistrado de piso, em caso de condenação, estabelecer o regime inicial sendo de todo descabida a aferição neste momento processual e na presente via.” (AgRg no HC 741145/SP, Ministro Relator JESUINO RISSATO [Desembargador Convocado do TJDF], QUINTA TURMA, j. em 07/06/2022).

“(...) a desproporcionalidade da prisão preventiva somente poderá ser aferida após a sentença, não cabendo, na via eleita, a antecipação da análise quanto à possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso que o fechado.” (AgRg no HC nº 571069/SP, Ministro Relator NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 26/05/2020).

Assim, conquanto se trate de delito, em tese praticado, levado a cabo sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, inviável, no caso em apreço, a revogação da custódia cautelar, visto que as circunstâncias do caso concreto justificam a manutenção da prisão preventiva como meio de garantir a ordem pública, não se vislumbrando a coação ilegal capaz de justificar a concessão da ordem.

E por não se vislumbrar o alegado constrangimento ilegal que possa estar a sofrer o paciente, a solução que melhor se afigura é a denegação da ordem.

Ante o exposto, denega-se a ordem impetrada, permanecendo o paciente no cárcere.

PAULO ANTÔNIO ROSSI
RELATOR