



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000376259

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2105777-66.2025.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante MARCO ANTONIO PALIOTTA FERRITE e Paciente GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram parcialmente deste "habeas corpus" e, no ponto em que conhecido, denegaram-no liminarmente. V. U. Intimem-se a Procuradoria-Geral de Justiça e a defesa.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), MARCIA MONASSI E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus n. 2105777-66.2025.8.26.0000

Impetrante: Marco Antonio Paliotta Ferrite

Impetrado: MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araçatuba

Paciente: Guilherme Henrique Nunes Menezes

Voto n. 12.954

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL ANTES DE DISCUTIDA A MATÉRIA PERANTE A AUTORIDADE COMPETENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL AO CONHECIMENTO DO "WRIT". AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDO POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA. CRIME PERMANENTE. (2) DIREITO AO DEFENSOR ASSEGURADO. A IMPETRAÇÃO DEVE SER INSTRUÍDA COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROFISSIONAL DA ADVOCACIA. ÔNUS DO IMPETRANTE. (3) VERIFICAÇÃO SOBRE A EXISTÊNCIA DE PROVAS DA AUTÓRIA CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO NA VIA DO "HABEAS CORPUS". (4) PRISÃO PREVENTIVA. (5) REQUISITOS. (6) CABIMENTO. (7) FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. "FUMUS COMISSI DELICTI" E "PERICULUM LIBERTATIS" COMPROVADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MANUTENÇÃO. (8) A QUANTIDADE DE DROGA, A NATUREZA DOS ENTORPECENTES E O CONTEXTO EM QUE VERIFICADA A PRÁTICA DO CRIME EVIDENCIAM A GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PRECEDENTES. (9) REITERAÇÃO CRIMINOSA. (10) IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. (11) CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. (12) CONHECIMENTO PARCIAL E, NO PONTO EM QUE CONHECIDO, DENEGADO LIMINARMENTE.

1. Busca pessoal e domiciliar, quebra de cadeia de custódia e estado de Flagrância. Supressão de instância. Temas que não foram examinados pela autoridade coatora não podem ser conhecidos originariamente em sede de "habeas corpus", sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competência. Precedentes do STF (HC 223.915-AgR/RJ – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 224.537-AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023; HC 221.581-AgR/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; HC 219.089-AgR/RS – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 03/03/2023; HC 224.458-AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 03/03/2023 e HC 222.464-AgR/SC – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023). Ausência de situação de flagrante ilegalidade no caso concreto, tendo em vista que as buscas decorreram do cumprimento de mandado de busca e apreensão autorizado pela autoridade coatora. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu pela inexistência da quebra de cadeia de custódia quando os elementos constantes dos autos permitirem a reconstrução histórica dos fatos (Inq. 4.019-ED/AP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Segunda Turma – j. em 03/05/2016 – DJe de 01/06/2016). O crime de tráfico de drogas tem natureza de "crime permanente", certo que o estado flagrancial não cessa, permitindo a prisão de quem quer que esteja praticando essa conduta.

2. Direito a defensor. Da documentação juntada, verifica-se que o paciente foi informado quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, sendo representado por advogado durante o seu interrogatório extrajudicial (o defensor que acompanhou o paciente é o mesmo que impetra o presente "habeas"). Eventual impedimento de contato reservado do paciente com seu defensor nas dependências da Delegacia de Polícia, contrariando o art. 7º, III da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), carece de prova pré-constituída, lembrando que caberia ao impetrante instruir o "habeas" com os documentos que comprovassem as suas alegações, ônus que lhe incumbia, ainda mais quando se trata de profissional habilitado ao exercício da advocacia, não se admitindo a posterior juntada de documentos imprescindíveis à análise do pedido e que não foram anexados tempestivamente. Precedentes do STF (HC 214.755-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 221.084-AgR/PE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022; HC 213.797-ED-AgR/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 18/10/2022 – DJe de 26/10/2022; HC 215.058-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 13/06/2022 – DJe de 15/06/2022; HC 191.292-AgR/TO – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 16/11/2020 – DJe de 07/12/2020; HC 166.543-AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 29/04/2019 – DJe de 08/05/2019 e HC 164.414-AgR/SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 24/04/2019 – DJe de 15/05/2019) e do STJ (EDcl no HC 783.484/MS – Rel. Min. Jesuíno Rissato – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/02/2023; EDcl no RHC 169.907/RS – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 21/12/2022; AgRg no HC 786.745/PR – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 16/12/2022; AgRg no HC 774.358/PE –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 12/12/2022 – DJe de 15/12/2022; AgRg no HC 770.978/PR – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 14/11/2022 – DJe de 18/11/2022 e AgRg no RHC 160.277/SP – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 13/09/2022 – DJe de 19/09/2022).

3. Verificação da existência (ou não) de provas da autoria do crime de narcotráfico. A via estreita do "habeas corpus" não permite amplo reexame dos fatos e das provas (revolvimento fático-probatório) ou mesmo dilação probatória, uma vez que a ação constitucional é de rito célere e de cognição sumária. Precedentes do STF (RHC 222.272-AgR/SP – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 17/03/2023; HC 220.867-ED-AgR/SP – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; RHC 220.999-AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 27/02/2023; HC 220.431-AgR/RS – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 13/10/2022 – DJe de 30/11/2022; HC 217.283-AgR/SC – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 24/08/2022; HC 205.275-AgR/DF – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 22/04/2022 – DJe de 08/06/2022 e HC 207.740-AgR/SP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – DJe de 26/05/2022) e do STJ (AgRg no HC 748.272/MS – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023; HC 780.310/MG – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 22/02/2023; AgRg no HC 772.536/MG – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 22/02/2023 e AgRg no HC 755.624/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 02/12/2022).

4. Prisão preventiva. Com efeito, em razão do princípio da presunção de inocência, postulado constitucional, vigora no Direito brasileiro a dicotomia existente entre prisão-pena e prisão processual. Como cediço, aplicando-se o princípio da não culpabilidade, por meio do qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), aquele que se encontra encarcerado se considera preso provisório para fins penais. Tanto isso é verdade que a prisão processual no Brasil, pelo menos didaticamente falando, não pode ser vista como antecipação de pena. Deve, por outro lado, na medida do possível, ser vista sob a óptica do binômio "necessidade" x "proporcionalidade", para que ela não seja vista como sinônimo de pena, pois esta última somente ocorre posteriormente ao trânsito em julgado. Assim, como o Direito Penal não reprovava o ser humano, mas sim uma conduta típica, antijurídica e culpável, por meio do Estado, o Direito Processual Penal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da presunção de inocência, está legitimado a utilizar todos os seus meios de coerção para buscar a verdade real e aplicar o direito material. Daí porque se falar nos institutos cautelares, dentre eles as prisões cautelares e, no caso que se está a tratar, mais

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

especificadamente, da prisão preventiva.

5. A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória admitida no direito processual brasileiro, de longe a mais importante de todas as prisões cautelares, somente podendo ser decretada por ordem escrita do Magistrado, durante a fase de inquérito policial ou durante a instrução processual, desde que presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis". O "fumus comissi delicti" está consubstanciado na prova da existência do crime, de indícios suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, não havendo a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a demonstração da existência de um fato típico. Já o "periculum libertatis" está consubstanciado nos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, todos descritos no art. 312, do Código de Processo Penal, a saber: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

6. Por força da Lei n. 12.403/11, de 04 de maio de 2011, e da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, reduziram-se as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, alinhadas à ideia de prisão como "ultima ratio", e inseriu-se no sistema processual brasileiro a possibilidade de fixação de inúmeras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do Código de Processo Penal). Atualmente, a prisão preventiva poderá ser decretada, desde que presentes os pressupostos cautelares, nos seguintes casos: (a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos; (b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I, do caput, do art. 64, do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

7. Os fundamentos utilizados pela autoridade coatora revelaram-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, pois presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis", este sob a perspectiva da garantia da ordem pública, paciente que foi preso pela prática do crime de tráfico de drogas, espécie de crime que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público, estando o Estado de São Paulo infestado, em ordem crescente, de crimes desta natureza, que trazem insegurança social e ceifam inúmeras famílias (aqui, foram apreendidos uma porção de "maconha", com peso aproximado de 2,19g, um maço de papel de seda para cigarros, um recipiente plástico colorido, tesoura, dinheiro em notas diversas e um aparelho celular), **tanto mais porque deflui da impetração que esta não foi a primeira vez que o paciente se viu diante da prática de crimes, tal como afirmado pela autoridade coatora, ao apontar que "a folha**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

de antecedentes do autuado (fls. 75/78), aliás, revela que ele já foi condenado pela prática do mesmo crime", motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção da sua custódia cautelar e impedem, "ipso facto", a escolha por medidas cautelares diversas da prisão. Decisão devidamente fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, especialmente diante do conjunto indiciário que se formou, a reforçar a contemporaneidade da prisão, lembrando que a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entende que a contemporaneidade se relaciona com os motivos ensejadores da prisão preventiva e não com o momento da prática supostamente criminosa em si (HC 212.647-AgR/PB – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 05/12/2022 – DJe de 10/01/2023 e HC 221.485-AgR/CE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022). Inteligência da doutrina de Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly, Guilherme de Souza Nucci, Antônio Scarance Fernandes e Hélio Tornaghi.

8. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de que a quantidade de droga, a natureza dos entorpecentes e o contexto em que verificada a prática do crime evidenciam a gravidade concreta da conduta, motivando a prisão para garantia da ordem pública. Precedentes do STF (HC 219.069-AgR/SP – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 14/02/2023; HC 219.664-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022; HC 218.475-AgR-segundo/RO – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 03/11/2022 – DJe de 14/11/2022; HC 217.330-AgR/RJ – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022 e HC 218.551-AgR/SP – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 05/09/2022 – DJe de 08/09/2022) e do STJ (AgRg no HC 785.562/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 22/02/2023; AgRg no RHC 170.959/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Redator p/ Acórdão Min. Ministra Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 22/02/2023; AgRg no RHC 171.255/CE – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023).

9. A possibilidade de reiteração na prática criminosa constitui fundamento idôneo para a decretação e para a manutenção da prisão preventiva, até porque, ao que tudo indica, esta não foi a primeira participação do paciente em crimes. Fundamento idôneo. Precedentes do STF (HC 220.818-AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 10/11/2022 – j. 18/11/2022 e HC 217.330-AgR/RJ – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022) e do STJ (AgRg no HC 777.428/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023 e AgRg no HC 788.123/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/02/2023).

10. Medidas cautelares diversas da prisão. Impossível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação se encontra justificada e se mostra imprescindível

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos ("periculum libertatis", aqui caracterizado pela garantia da ordem pública e pela conveniência da instrução criminal). Inteligência do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal: "A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada".

11. As condições pessoais favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa, emprego, dentre outras, não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. É dizer: os fundamentos que autorizam a prisão preventiva, "fumus comissi delicti" (materialidade e indícios de autoria) e "periculum libertatis" (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal) não são neutralizados tão-somente pela só existência dos fatores de ordem pessoal acima mencionados. Precedentes do STF (RHC 217.679-AgR/SC – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022; HC 214.290-AgR/SP – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 23/05/2022 – DJe de 06/06/2022; HC 206.147-AgR/RS – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – j. em 09/10/2021 – DJe de 25/10/2021 e HC 200.832-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

12. Conhecimento parcial do "habeas" e, no ponto em que conhecido, denegado liminarmente.

VOTO

Trata-se de "habeas corpus" impetrado em favor de **Guilherme Henrique Nunes Menezes**, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araçatuba.

Numa síntese, a impetração deu conta de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 04 de abril de 2025 foi preso em flagrante pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araçatuba, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão. Apontou o impetrante que a prisão em flagrante do paciente seria ilegal, em razão da *"violação à legalidade da diligência de busca: moradores da residência estavam presentes no momento da entrada dos policiais, mas foram impedidos de acompanhar a busca, em flagrante nulidade e quebra da cadeia de custódia da prova"* e que *"não houve abordagem em situação de flagrância. A polícia, valendo-se de informações pretéritas e observações subjetivas, realizou diligência baseada em meras suposições"*. Sustentou, ainda, que o paciente *"foi impedido de manter contato reservado com seu defensor nas dependências da delegacia, contrariando o art. 7º, III da Lei 8.906/94 e a Súmula Vinculante 14 do STF"*. Afirmou, também, que estariam ausentes os elementos necessários para tipificar o crime de tráfico de drogas, pois *"a quantidade ínfima da droga apreendida, o contexto de uso pessoal admitido em interrogatório, e a inexistência de registros concretos de transação comercial no momento da abordagem afastam a tipificação do art. 33 da Lei 11.343/06"*. Alegou, por fim, estarem ausentes os requisitos para a manutenção do paciente no cárcere e que a decisão teria sido carente de fundamentação, além de ter informado que o paciente possui residência fixa e que não há indício de reiteração criminosa. Assim, pugnou pela revogação da prisão preventiva do paciente, mediante liminar, expedindo-se, consequentemente, alvará de soltura clausulado, ou alternativamente, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (fls. 01/14).

É o relatório.

Conheço parcialmente deste "habeas" e, no ponto em que conhecido, denego-o liminarmente.

A impetração deu conta de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 04 de abril de 2025 foi preso em flagrante

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araçatuba, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão. Apontou o impetrante que a prisão em flagrante do paciente seria ilegal, em razão da *"violação à legalidade da diligência de busca: moradores da residência estavam presentes no momento da entrada dos policiais, mas foram impedidos de acompanhar a busca, em flagrante nulidade e quebra da cadeia de custódia da prova"* e que *"não houve abordagem em situação de flagrância. A polícia, valendo-se de informações pretéritas e observações subjetivas, realizou diligência baseada em meras suposições"*. Sustentou, ainda, que o paciente *"foi impedido de manter contato reservado com seu defensor nas dependências da delegacia, contrariando o art. 7º, III da Lei 8.906/94 e a Súmula Vinculante 14 do STF"*. Afirmou, também, que estariam ausentes os elementos necessários para tipificar o crime de tráfico de drogas, pois *"a quantidade ínfima da droga apreendida, o contexto de uso pessoal admitido em interrogatório, e a inexistência de registros concretos de transação comercial no momento da abordagem afastam a tipificação do art. 33 da Lei 11.343/06"*. Alegou, por fim, estarem ausentes os requisitos para a manutenção do paciente no cárcere e que a decisão teria sido carente de fundamentação, além de ter informado que o paciente possui residência fixa e que não há indício de reiteração criminosa.

Fundamento.

1. Alegação de ilegalidade nas buscas (pessoal ou domiciliar), de quebra da cadeia de custódia e de ausência de situação caracterizadora de flagrante delito. Supressão de instância. Inexistência de irregularidades.

A impetração apontou que a prisão em flagrante do paciente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

seria ilegal, uma vez que houve "violação à legalidade da diligência de busca: moradores da residência estavam presentes no momento da entrada dos policiais, mas foram impedidos de acompanhar a busca, em flagrante nulidade e quebra da cadeia de custódia da prova" e que "não houve abordagem em situação de flagrância. A polícia, valendo-se de informações pretéritas e observações subjetivas, realizou diligência baseada em meras suposições".

Sem razão.

Inicialmente, relembro que não há notícia de que a defesa do paciente tenha questionado, perante a autoridade coatora, a existência de eventuais vícios e irregularidades na prisão do paciente (violações nas buscas, pessoal ou domiciliar, quebra da cadeia de custódia ou ausência de situação de flagrante delito). **Tais circunstâncias impedem a análise do pedido, por esta 3ª Câmara de Direito Criminal, sob pena de chapada supressão de instância.**

A esse respeito, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é tranquila no sentido do não conhecimento do "habeas" quando a matéria não foi debatida nas instâncias anteriores:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. PRISÃO PREVENTIVA. SÚMULA 691/STF.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se os temas versados na impetração 'não foram examinados no ato coator não podem ser conhecidos originariamente por esta SUPREMA CORTE, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências' (HC 212.933-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

[...]

7. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 223.915-AgR/RJ – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 06/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO CONTRA IDOSO. ARTIGO 171, §4º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. AUSÊNCIA DE EXAME COLEGIADO NA INSTÂNCIA PRECEDENTE. **SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.**

[...]

2. **A supressão de instância impede o conhecimento de habeas corpus quando ausente o exame do mérito da matéria posta sob exame da Corte Superior.** Precedentes: HC 215.817-ED-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6/10/2022; HC 217.613-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Nunes Marques, DJe de 6/10/2022.

[...]"

(STF – HC 224.537-AgR/SP – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 08/03/2023);

"AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. **Não se admite o habeas corpus, por caracterizar supressão de instância, quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 221.581-AgR/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. ALEGAÇÃO NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CRIME TENTADO. **SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

2. **Não se inaugura a competência deste Supremo nas hipóteses em que as instâncias antecedentes não examinaram a matéria objeto da irresignação, visto que tal proceder acarretaria indevida supressão de instância.**

3. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício.

4. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 219.089-AgR/RS – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECONHECIMENTO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. **SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.** [...]

3. **Temas que não foram examinados no ato coator não podem ser conhecidos originariamente por esta SUPREMA CORTE, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências.** Precedentes.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 224.458-AgR/SP – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 03/03/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO À DECISÃO LIMINAR. VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO STF. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA: AUSÊNCIA. [...]

2. **A ausência de análise pelas instâncias antecedentes de questões veiculadas no habeas corpus impede o exame delas per saltum por esta Suprema Corte.**

3. Eventual concessão da ordem de ofício é providência excepcional, a ser implementada somente se constatadas situações de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder na decisão impugnada, o que não ocorre no caso.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 222.464-AgR/SC – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023).

Ainda que superada a questão da supressão de instância, no caso concreto não vislumbro a possibilidade de concessão de "habeas corpus" de ofício.

De acordo com os documentos juntados nesta impetração, os policiais civis **Gabriel Dantas** e **Lucas Pontes** apenas diligenciaram até o imóvel onde o paciente foi localizado (Rua Evaristo Casaroto n. 220), em razão do cumprimento de mandado de busca e apreensão deferido pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Penápolis, nos autos n. 1500677-29.2025.8.26.0438. Confira-se o teor da decisão:

"Vistos.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Trata-se de representação da autoridade policial em que pleiteia a expedição de mandado de busca e apreensão e ordem de arrombamento, se necessário, objetivando a apreensão de drogas, petrechos destinados à comercialização dessas, armas ou qualquer outro elemento de convicção que estiver em posse de **GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES**.

Requeru, ainda, autorização judicial para acesso aos conteúdos de celulares e aparelhos eletrônicos eventualmente apreendidos, a fim de viabilizar a extração de dados.

O **Ministério Público** apresentou parecer favorável (fls. 11/15).

É o breve relatório. Decido.

O domicílio é asilo inviolável do indivíduo, de modo que, por garantia constitucional, apenas admite-se o ingresso em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou durante o dia por determinação judicial (art. 5º, XI, CF/88).

Desde que presentes fundados indícios, a ordem judicial para ingresso pela polícia judiciária, nos termos do art. 240, §1º, CP, justifica-se para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

Diante das diligências e informações constantes do relatório de fls. 2/8, entendo que estão presentes indícios suficientes para o deferimento da medida, posto que a força policial, através de campana realizada no referido endereço, observou intenso fluxo de pessoas com características de usuários de drogas em situação típica de negociação de substâncias entorpecentes.

Assim, a medida é imprescindível para a investigação, sobretudo para obtenção de maiores elementos probatórios com a apreensão e perícia de eventuais celulares e aparelhos eletrônicos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 5º, XI, da Constituição Federal e artigo 240, §1º, do Código de Processo Penal, **DEFIRO** a busca e apreensão, objetivando localizar drogas, petrechos destinados à comercialização, armas, celulares e equipamentos eletrônicos que possam conter mensagens e/ou imagens que demonstrem a prática do crime no endereço do seguinte alvo:

GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES, RG 45.589.405

1- Rua Evaristo Casaroto, nº 220, Jardim Morumbi, Penápolis/SP;

2- Rua Irmãos Chrisóstomo de Oliveira, 1085, Jardim Eldorado, Penápolis/SP;

3- Rua Pedro Chamarelli esquina com a Rua Projetada 2, Residencial Vila Bella, Penápolis/SP;

4- Rua Guilherme Mosca, nº 115, Jardim Morumbi, Penápolis-SP.

A autoridade policial deverá observar o disposto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal e o disposto no artigo 245 e segs. do

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Código de Processo Penal.

AUTORIZO ainda, caso necessário, o **ARROMBAMENTO** do imóvel para ingresso da polícia judiciária, além de **ANÁLISE** pela própria polícia civil do conteúdo integral de celulares e aparelhos eletrônicos eventualmente apreendidos nas diligências, considerando ser imprescindível para a investigação.

O mandado deverá ser cumprido de dia, entre a aurora e o crepúsculo, devendo a autoridade policial cumprir os ditames constitucionais e legais (art. 240 e ss. do CPP).

CONCEDO o prazo de trinta (30) dias para o cumprimento da medida ora deferida, cujo prazo será iniciado com a remessa da decisão ao e-mail da autoridade policial.

SERVI- RÁ A PRESENTE DELIBERAÇÃO COMO MANDADO.

Int.

Penápolis, 17 de março de 2025." (fls. 17/18, dos autos n. 1500677-29.2025.8.26.0438).

Logo, tendo em vista que a autoridade coatora autorizou o cumprimento do mandado de busca e apreensão, desnecessário se faz a presença de "fundadas razões" (busca domiciliar) ou de "fundadas suspeitas" (busca pessoal) para validar a prisão do paciente. Tais circunstâncias também afastam qualquer alegação de quebra da cadeia de custódia. A propósito, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu pela inexistência da quebra de cadeia de custódia quando os elementos constantes dos autos permitirem a reconstrução histórica dos fatos (caso dos autos), a saber:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CARACTERIZAÇÃO. QUESTÕES QUE, EMBORA ENFRENTADAS PELO RELATOR NA SESSÃO DE JULGAMENTO, NÃO CONSTARAM DO VOTO PUBLICADO NEM FORAM OBJETO DE TRANSCRIÇÃO. INQUÉRITO. DEFESA PRÉVIA. PRAZO. REABERTURA. INDEFERIMENTO. APRESENTAÇÃO DE NOVAS TESES DEFENSIVAS EM PETIÇÃO AVULSA ULTERIOR. INADMISSIBILIDADE. PRÉCLUSÃO CONSUMATIVA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INOVAÇÃO. PRETENDIDA SUBMISSÃO A JULGAMENTO DE TESES NÃO SUSCITADAS TEMPESTIVAMENTE NA FASE PROCESSUAL ADEQUADA. DESCABIMENTO. ENFRENTAMENTO DE OFÍCIO DA MATÉRIA. POSSIBILIDADE. **CADEIA DE CUSTÓDIA PROBATÓRIA. QUEBRA. INEXISTÊNCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE PERMITEM A RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS FATOS QUE LASTREIAM A DENÚNCIA.** COMUNHÃO DA PROVA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TENHA OCULTADO ELEMENTOS DE PROVA QUE PUDESSEM BENEFICIAR O INVESTIGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

MODIFICATIVO.

[...]

5. Como os elementos que instruem os autos permitem a reconstrução histórica dos fatos que lastreiam a denúncia, não há que se falar em 'quebra da cadeia de custódia probatória'.

6. Não houve violação do princípio da comunhão da prova, uma vez que não há indícios de que o Ministério Público tenha ocultado elementos de prova que pudessem beneficiar o denunciado.

7. Embargos acolhidos para suprir a omissão, sem efeito modificativo."

(STF – Inq. 4.019-ED/AP – Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Segunda Turma – j. em 03/05/2016 – DJe de 01/06/2016).

Além disso, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão foi encontrada substância entorpecente (uma porção de "maconha", com peso aproximado de 2,19g) e constatada a presença de outros elementos indiciários que poderiam, em tese, tipificar o crime de tráfico de drogas (foram apreendidos, além da "maconha", um maço de papel de seda para cigarros, um recipiente plástico colorido, tesoura, dinheiro em notas diversas e um aparelho celular), circunstâncias que permitem a prisão em flagrante delito.

Trata-se, portanto, da hipótese do art. 302, I, do Código de Processo Penal (flagrante próprio). O flagrante previsto no art. 302, I, do Código de Processo Penal, ocorre quando o suspeito é encontrado enquanto está cometendo a infração penal. A propósito, a palavra flagrante, para alguns autores, dentre eles **JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR**, tem raiz grega na palavra "flegein", que significa queimar, enquanto que para outros doutrinadores, como **HÉLIO TORNAGHI**, tem origem no verbo latino "flagro", "flagrans", "flagravi", "flagratum" e "flagrare", todos com o mesmo significado etimológico, traduzindo a ideia daquilo que está queimando, em chamas, crepitando, ardendo. Assim, estando o paciente em estado de flagrância, pois foi encontrado praticando o crime, a prisão era de rigor.

Ainda que assim não fosse, o crime de tráfico de drogas tem natureza de "crime permanente", certo que o estado flagrancial não cessa,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

permitindo a prisão de quem quer que esteja praticando essa conduta.

Portanto, ao menos nessa análise estrita do "writ", não se verifica qualquer ilegalidade na prisão do paciente.

2. Alegação de inobservância de direito a advogado. Paciente que foi assistido por defensor durante o seu interrogatório extrajudicial. Ausência de documentação adequada.

A impetração sustenta que o paciente *"foi impedido de manter contato reservado com seu defensor nas dependências da delegacia, contrariando o art. 7º, III da Lei 8.906/94 e a Súmula Vinculante 14 do STF"*.

Não prospera o pedido.

Da documentação juntada, verifica-se que o paciente foi informado quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, inclusive sendo representado por advogado durante o seu interrogatório extrajudicial (fls. 12), defensor este que é o mesmo que impetra o presente "habeas". Confira-se o termo de interrogatório na sua íntegra:

"No dia 04 do mês de abril de 2025, na DEL.POL.PENÁPOLIS, presente a Autoridade Policial Exmo Sr Dr Jovair Marcos Gruppo, comigo, Escrivã de Polícia, passou-se ao interrogatório de GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES, R.G. nº RG 45589405, de nacionalidade Brasil, natural de PENAPOLIS-SP, nascido aos 13/04/1997, filho de CLAUDIO ROGERIO MENEZES e APARECIDA NUNES DE CAMPOS, de profissão Ajudante de pintor, residente na R. EVARISTO CASAROTO Nº 220, no bairro JD. MORUMBI, CEP 16300-000, na cidade PENAPOLIS - SP. Sabendo ler e escrever. **Preliminarmente foi o interrogado cientificado pela Autoridade Policial quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, de não ser identificado criminalmente senão nas hipóteses legais, de ter respeitadas suas integridades física e moral, de manter-se em**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

silêncio e/ou declinar informações que reputar úteis à sua autodefesa, de conhecer a identidade do autor de sua prisão e, se admitida, prestar fiança, se o caso for. Cientificado da imputação que lhe é feita e das provas contra si existentes, ao ser interrogado pela Autoridade Policial, às perguntas respondeu: QUE dispensa comunicação a familiares, pois estes já tem conhecimento; tem três filhos menores, que residem com o indiciado; foi processado uma vez por tráfico de drogas; não foi agredido pelos policiais; **na presença do Dr. Marco Antonio Paliotta Ferrite, OAB/SP 387645;** que nesta data estava em sua casa quando chegaram policiais e disseram que tinham mandado de busca para verificar a casa, quando informou que tinha uma porção de maconha para seu uso, assim como petrechos para confecção de cigarros, tais como folha de seda, tesoura e a cuia; não vende droga; que tem bastante colega e é comum colegas irem até a frente de sua casa para conversarem, assim como seus familiares; o veículo Corolla que estava na garagem da casa pertence a avó de sua esposa; que a casa em construção no Bairro Vila Bella pertence a sua sogra, sendo que esta comprou para sua esposa morar. Nada mais disse nem lhe foi perguntado. Nada mais havendo a tratar ou a relatar, determinou a Autoridade o encerramento do presente termo que, após lido e achado conforme, vai por todos devidamente assinado, inclusive por mim Escrivã de Polícia que parcialmente o digitei.

JOVAIR MARCOS GRUPPO

Delegado de Polícia GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES

Indiciado

DR. MARCO ANTONIO PALIOTTA FERRITE

Advogado." (fls. 12).

No mais, eventual outra limitação de contato reservado entre o paciente e o seu defensor nas dependências da Delegacia de Polícia, contrariando o art. 7º, III da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), dependeria de prova pré-constituída, ônus que incumbia ao impetrante, **ainda mais quando se trata de profissional habilitado ao exercício da advocacia**, não se admitindo a posterior juntada de documentos imprescindíveis à análise do pedido e que não foram anexados tempestivamente.

Neste ponto, relembro as lições de **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES**, que, com a clareza que lhes é peculiar, trazem algumas considerações sobre o cabimento da tutela, a saber:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"Questão delicada e frequentemente debatida na prática forense é a referente ao exame de provas no julgamento do *writ*.

Como anteriormente anotado, no procedimento sumário do *habeas corpus* não tem lugar uma fase de instrução probatória, mas isso não exclui a necessidade de introdução no processo de elementos aptos à demonstração dos fatos que caracterizam o constrangimento ilegal a ser reparado pela via judicial. Essas provas, como visto, devem acompanhar a inicial e as informações do coator, cabendo, excepcionalmente, sua obtenção ou complementação por determinação judicial.

É evidente, assim, que a cognição do juiz ou do tribunal não pode deixar de abranger a apreciação das provas relacionadas à existência do constrangimento, ou da ameaça, bem como de sua legalidade ou ilegalidade. Mas, para que seja concedida a ordem, é preciso que os fatos estejam indubitavelmente demonstrados – a prova dúbia, incompleta, ou que esteja contrariada por outros elementos, não autoriza um pronunciamento favorável.

A grande dificuldade que o tema enseja está relacionada às hipóteses em que se pretenda, através do *habeas corpus*, o reconhecimento da ilegalidade de uma decisão judicial que, por sua vez, está baseada no exame de provas – assim, por exemplo, quando se objetiva demonstrar a falta de justa causa para a ação penal ou para uma condenação, ou o indevido indeferimento de um benefício da execução penal. Para essas situações não é possível traçar qualquer regra definitiva, pois só as características das hipóteses concretas é que determinarão o grau de aprofundamento exigido no exame dos elementos probatórios discutidos.

Essa dificuldade fica evidente nos julgados que abordam a matéria, que são inúmeros nos repertórios de jurisprudência, dentre eles, por exemplo:

'O Supremo Tribunal Federal não examina provas no sentido de que não as submete a uma reapreciação subjetiva. Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria' (STF, rel. Victor Nunes Leal, RTJ 35/517); 'Enquanto a falta de justa causa for justificativa de permissibilidade do pedido de *habeas corpus*, sou obrigado a examinar provas. Não farei reexame de contraditório, não abrirei instância probatória no processo sumário de *habeas corpus*. Mas não posso examinar esse pedido sem examinar a prova produzida' (STF, rel. Pedro Chaves, RF 212/241); 'No exame de provas no *habeas corpus*, se o julgado depara com provas contraditórias entre si, a decisão depende da avaliação da melhor prova e de sua força; e tal operação judicante, ante a contrariedade, constitui matéria de sentença na ação penal, arredada a decisão sumária em *habeas corpus*' (STF, rel. Clóvis Ramalhete, DJU 03.07.1981, p. 6.646); 'O *habeas corpus*, mercê do procedimento, labora com fato certo, preciso. Inadequado debater provas' (STJ, RHC 3.739-3, rel. Vicente Cernicchiaro, DU 13.02.1995, p. 2.248); 'O exame da prova, que é inviável em sede de *habeas corpus*, é o que exige o cotejo da prova, para valorá-la e dimensioná-la, mas não aquele que diz respeito à sua interpretação para aferir-se de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

seu alcance, quando a prova se apresenta única e incontroversa' (TJRS, 7ª, Câm. Crim., HC 70001359009, j. 21.09.2000, Boletim IBCCrim 119/651)."
(**Recursos no Processo Penal**, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2009).

Outrossim, as lições de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"O ônus (encargo, fardo, responsabilidade) de provar o alegado na inicial é do impetrante, como autor da ação, seguindo a regra geral em processo. Embora se saiba que o interesse em jogo é a liberdade individual – direito indisponível –, tal situação não exime o autor de provar os fatos narrados em sua petição.

Tratando-se o *habeas corpus* de procedimento célere, com a inicial devem ser ofertadas provas pré-constituídas, geralmente por via documental. Colhidas as informações, tem-se material suficiente para o julgamento.

A dúvida não beneficia o paciente, pois não se trata de processo-crime, em que se está julgando-o pela prática de crime; ao contrário, analisa-se a legalidade ou ilegalidade de um ato proferido por autoridade, como regra. Em lugar da presunção de inocência do réu está-se diante da presunção de legalidade da ação de autoridade."

(**Habeas Corpus**, Gen Forense, 2014).

A respeito da impossibilidade de conhecimento do "habeas corpus" quando desacompanhado de prova pré-constituída do direito alegado, menciono os seguintes precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. JUNTADA TARDIA DE DOCUMENTOS: INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A petição inicial do habeas corpus foi protocolada desacompanhada dos documentos a evidenciarem o constrangimento ilegal apontado.

2. É inviável a análise do habeas corpus quando ausentes elementos aptos a demonstrarem o constrangimento ilegal alegado, uma vez que a impetração deve fundar-se em inequívoca prova pré-constituída.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a juntada tardia de documentos para suprir a deficiência da instrução consiste em indevida inovação recursal, insuscetível de exame em sede de agravo regimental. Precedentes.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

4. A ausência de análise pelas instâncias antecedentes de questões veiculadas no habeas corpus impede o exame delas per saltum por esta Suprema Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 214.755-AgR/SP – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE.** SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROBABILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. **A orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que constitui ônus do impetrante instruir a petição do habeas corpus com as peças necessárias ao exame da pretensão nela deduzida**

(HC 95.434, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 116.523, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 100.994, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie).

[...]"

(STF – HC 221.084-AgR/PE – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022);

"AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. Não se admite o habeas corpus, por caracterizar supressão de instância, quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator.

2. **Constitui ônus do impetrante instruir adequadamente o writ com os documentos necessários ao exame da pretensão.**

3. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 213.797-ED-AgR/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 18/10/2022 – DJe de 26/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO WRIT. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO.**

1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da inadmissão do habeas corpus quando não instruído o writ com as peças necessárias à confirmação da efetiva ocorrência do constrangimento ilegal.** Precedentes.

2. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 215.058-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 13/06/2022 – DJe de 15/06/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO FORMALIZADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM HABEAS

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

CORPUS ENDEREÇADO A TRIBUNAL SUPERIOR. APLICAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA ALEGADA ILEGALIDADE.** DESCABIMENTO DE SUPERAÇÃO SUMULAR. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A instrução deficitária inviabiliza a análise do constrangimento ilegal invocado pelo impetrante.

[...]"

(STF – HC 191.292-AgR/TO – Rel. Min. EDSON FACHIN – Segunda Turma – j. em 16/11/2020 – DJe de 07/12/2020);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PETIÇÃO INEPTA. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE.** INVIABILIDADE DO MANDAMUS PARA O EXAME DE QUESTÕES ALHEIAS AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A adequada instrução do habeas corpus, ação de rito sumário e de limitado espectro de cognoscibilidade, é ônus do impetrante, sendo imprescindível que o mandamus venha aparelhado com provas documentais pré-constituídas, as quais devem viabilizar o exame das alegações veiculadas no writ. Precedentes: HC 137.315, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 13/02/2017; e RHC 128.305-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 16/11/2018.

2. In casu, o habeas corpus teve seguimento negado mercê da maneira como foi formalizado o pedido – relato confuso e sem documentos essenciais à compreensão da controvérsia.

3. O objeto da tutela em habeas corpus é a liberdade de locomoção quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII), não cabendo sua utilização quando indissociável do reexame de pressupostos de admissibilidade de recursos de outros tribunais.

[...]

6. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 166.543-AgR/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 29/04/2019 – DJe de 08/05/2019);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL AO CONHECIMENTO DO WRIT.** PRECEDENTES. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Constitui ônus processual do impetrante do habeas corpus produzir elementos documentais consistentes e pré-constituídos, destinados a comprovar as alegações veiculadas no writ, o qual possui rito sumaríssimo e não comporta, portanto, maior dilação probatória.

II – No habeas corpus, assim como no mandado de segurança, não de ser apresentadas provas pré-constituídas do constrangimento ilegal imposto ao paciente. Não cabe ao

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

magistrado proceder à regular instrução do processo, a não ser que, da leitura da documentação juntada com a impetração, resulte dúvida fundada, a justificar a realização de diligência. Precedentes.

III – O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem, no entanto, revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias por mim proferidas.

IV – Agravo a que se nega provimento."

(STF – HC 164.414-AgR/SP – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 24/04/2019 – DJe de 15/05/2019);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. **DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO**. AUSÊNCIA DO DECRETO PRISIONAL. PRISÃO PREVENTIVA NO REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. **É ônus do impetrante instruir o habeas corpus requerido a esta Corte com cópia do ato coator, além da prova pré-constituída da aventada ilegalidade ou do abuso de poder. A deficiente instrução do writ impede o seu conhecimento.**

[...]"

(STJ – EDcl no HC 783.484/MS – **Rel. Min. Jesuíno Rissato** – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS À ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA. AÇÃO DE NATUREZA MANDAMENTAL QUE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS QUE COMPETE AO RECORRENTE.** PRECEDENTES.

[...]

2. O regimental não merece ser provido, pois, a despeito dos argumentos lançados pelo agravante, não houve a juntada da decisão faltante, qual seja, a decisão que decretou, originariamente, a prisão preventiva.

3. **Como se sabe, o rito do habeas corpus - e do recurso ordinário em habeas corpus - pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente (precedentes), o que não ocorreu no caso vertente** (HC n. 541.104/SP, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 27/2/2020).

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental improvido."

(STJ – EDcl no RHC 169.907/RS – **Rel. Min. Sebastião Reis Júnior** – Sexta Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 21/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE.**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

II - O habeas corpus deve ser instruído com as peças necessárias para confirmação da efetiva ocorrência do constrangimento ilegal, cabendo ao impetrante, o ônus processual de produzir elementos documentais consistentes, destinados a comprovar as alegações suscitadas na impetração.

III - A doutrina e a jurisprudência entendem que o habeas corpus, por constituir ação mandamental cuja principal característica é a sumariedade, não possui fase instrutória, vale dizer, "a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova" (GRINOVER, A.P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A.S. Recursos no Processo Penal, ed. Revista dos Tribunais, 2011 p. 298).

IV - In casu, o agravante não juntou sequer a cópia da decisão que decretou a segregação cautelar. Dessa maneira, a quaestio trazida à baila na exordial do writ não vislumbra o pretense quadro claro e adequado à exata compreensão da controvérsia. Ressalte-se que nem mesmo com a petição de agravo regimental foi sanada a deficiência na instrução do feito.

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 786.745/PR – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 16/12/2022);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AÇÃO DE NATUREZA MANDAMENTAL QUE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ÔNUS QUE COMPETE À DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. Em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo aos impetrantes apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.

3. In casu, não foi juntado, aos autos, o inteiro teor do acórdão proferido em sede de apelação, o qual é imprescindível para a análise da impetração, não foram juntadas aos presentes autos.

4. Agravo regimental não provido."

(STJ – AgRg no HC 774.358/PE – Rel. Min. Ribeiro Dantas – Quinta Turma – j. em 12/12/2022 – DJe de 15/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ausente o inteiro teor do acórdão hostilizado - a saber, relatório, ementa e voto(s) -, não há como se conhecer do writ em razão de sua instrução deficiente.

2. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 770.978/PR – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 14/11/2022 – DJe de 18/11/2022);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. **INSTRUÇÃO DEFICIENTE.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. **Ação constitucional de natureza mandamental, o habeas corpus tem como escopo precípua afastar eventual ameaça ao direito de ir e vir, cuja natureza urgente exige prova pré-constituída das alegações, não comportando dilação probatória.**

2. **É cogente ao impetrante, sobretudo quando se tratar de advogado constituído, apresentar elementos documentais suficientes para se permitir a aferição da alegada existência de constrangimento ilegal no ato atacado na impetração, iniciativa que não se desincumbiu o impetrante.** Pelo contrário, ao invés de juntar o decreto preventivo, o que poderia ensejar a reconsideração da decisão ora impugnada, preferiu limitar-se a sustentar, neste agravo, que o decreto preventivo não é necessário.

3. A lealdade processual é dever das partes, a quem se impõe conduta compatível com o dever de cooperação e com a boa-fé durante a prática de atos postulatorios. **Assim, espera-se que a defesa, que suporta o ônus de bem instruir essa ação mandamental que é o habeas corpus, ofereça todos os elementos necessários para que a autoridade judicial possa contextualizar devidamente o alegado constrangimento ilegal, sem omissões que possam comprometer a justa e correta prestação jurisdicional.**

[...]."

(STJ – AgRg no RHC 160.277/SP – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma – j. em 13/09/2022 – DJe de 19/09/2022).

Portanto, ao menos pela prova pré-constituída, não se verifica qualquer violação ao direito do paciente ser assistido por um defensor.

3. Verificação da existência (ou não) de provas relacionadas à mercancia, a comprometer a custódia cautelar do paciente.

A impetração afirmou que estariam ausentes os elementos necessários para tipificar o crime de tráfico de drogas, pois "*a quantidade ínfima da droga apreendida, o contexto de uso pessoal admitido em interrogatório, e a inexistência de registros concretos de transação comercial no momento da abordagem afastam a tipificação do art. 33 da Lei 11.343/06*".

Então.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

No caso em tela, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão foi encontrada substância entorpecente (uma porção de "maconha", com peso aproximado de 2,19g) e constatada a presença de outros elementos indiciários que poderiam, em tese, tipificar o crime de tráfico de drogas (um maço de papel de seda para cigarros, um recipiente plástico colorido, tesoura, dinheiro em notas diversas e um aparelho celular), lembrando que o crime de tráfico de entorpecentes é de perigo abstrato, punindo-se a conduta pelo risco que ele representa para a saúde pública, de modo que não há necessidade de efetiva prática de ato de comércio, bastando que o agente seja apanhado trazendo consigo, guardando ou mantendo em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Ao fim e ao cabo, eventual análise envolvendo a existência de provas (ou não) quanto à autoria do crime de tráfico de drogas, sobretudo acerca do caráter mercantil da droga apreendida em poder do paciente, é matéria que deverá ser deduzida perante o Juízo Natural competente, oportunidade em que a defesa do paciente poderá trazer provas, arrolar testemunhas e comprovar as suas alegações, discutindo a matéria de forma vertical, esta ação constitucional não se prestando para tal fim, salvo em casos excepcionais, do que não se cogita nestes autos.

Isso porque, a análise na matéria de fundo demandaria a incursão sobre a matéria fático-probatória, providência incompatível com a via estreita do "writ", que não comporta revolvimento fático-probatório ou mesmo dilação probatória, uma vez que a ação constitucional é de rito célere e de cognição sumária. Nesse sentido, relembro as lições de **ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES**, a saber:

"Questão delicada e frequentemente debatida na prática forense é a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

referente ao exame de provas no julgamento do *writ*.

Como anteriormente anotado, no procedimento sumário do *habeas corpus* não tem lugar uma fase de instrução probatória, mas isso não exclui a necessidade de introdução no processo de elementos aptos à demonstração dos fatos que caracterizam o constrangimento ilegal a ser reparado pela via judicial. Essas provas, como visto, devem acompanhar a inicial e as informações do coator, cabendo, excepcionalmente, sua obtenção ou complementação por determinação judicial.

É evidente, assim, que a cognição do juiz ou do tribunal não pode deixar de abranger a apreciação das provas relacionadas à existência do constrangimento, ou da ameaça, bem como de sua legalidade ou ilegalidade. Mas, para que seja concedida a ordem, é preciso que os fatos estejam indubitavelmente demonstrados – a prova dúbia, incompleta, ou que esteja contrariada por outros elementos, não autoriza um pronunciamento favorável.

A grande dificuldade que o tema enseja está relacionada às hipóteses em que se pretenda, através do *habeas corpus*, o reconhecimento da ilegalidade de uma decisão judicial que, por sua vez, está baseada no exame de provas – assim, por exemplo, quando se objetiva demonstrar a falta de justa causa para a ação penal ou para uma condenação, ou o indevido indeferimento de um benefício da execução penal. Para essas situações não é possível traçar qualquer regra definitiva, pois só as características das hipóteses concretas é que determinarão o grau de aprofundamento exigido no exame dos elementos probatórios discutidos.

Essa dificuldade fica evidente nos julgados que abordam a matéria, que são inúmeros nos repertórios de jurisprudência, dentre eles, por exemplo:

'O Supremo Tribunal Federal não examina provas no sentido de que não as submete a uma reapreciação subjetiva. Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria' (STF, rel. Victor Nunes Leal, RTJ 35/517); 'Enquanto a falta de justa causa for justificativa de permissibilidade do pedido de *habeas corpus*, sou obrigado a examinar provas. Não farei reexame de contraditório, não abrirei instância probatória no processo sumário de *habeas corpus*. Mas não posso examinar esse pedido sem examinar a prova produzida' (STF, rel. Pedro Chaves, RF 212/241); 'No exame de provas no *habeas corpus*, se o julgado depara com provas contraditórias entre si, a decisão depende da avaliação da melhor prova e de sua força; e tal operação judicante, ante a contrariedade, constitui matéria de sentença na ação penal, arredada a decisão sumária em *habeas corpus*' (STF, rel. Clóvis Ramalheira, DJU 03.07.1981, p. 6.646); 'O *habeas corpus*, mercê do procedimento, labora com fato certo, preciso. Inadequado debater provas' (STJ, RHC 3.739-3, rel. Vicente Cernicchiaro, DU 13.02.1995, p. 2.248); 'O exame da prova, que é inviável em sede de *habeas corpus*, é o que exige o cotejo da prova, para valorá-la e dimensioná-la, mas não aquele que diz respeito à sua interpretação para aferir-se de seu alcance, quando a prova se apresenta única e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

incontroversa' (TJRS, 7ª, Câm. Crim., HC 70001359009, j. 21.09.2000, Boletim IBCCrim 119/651)."
(**Recursos no Processo Penal**, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2009).

A propósito, alguns julgados do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. **NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO**. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. **Não se admite, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – configuração do tráfico privilegiado –, do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 222.272-AgR/SP – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 01/03/2023 – DJe de 17/03/2023);

"Agravo regimental nos embargos de declaração no habeas corpus. 2. Alegação de que a condenação deve ser anulada porquanto fundamentada em prova inexistente nos autos. Inocorrência. 3. Pedido de absolvição. **Indispensável ampla dilação probatória para acolhimento do pedido. Procedimento inexistente no rito do habeas corpus.** 4. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 220.867-ED-AgR/SP – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE PECULATO. CONTINUIDADE DELITIVA. **FATOS E PROVAS**. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a via estreita do habeas corpus é 'inadequada para a incursão em aspectos fáticos ou para promover dilação probatória** tendente a comprovar a existência dos requisitos objetivos e subjetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva' (RHC 103.170, Rel. Min. Dias Toffoli). Precedentes: RHC 181.404-AgR, de minha relatoria; RHC 120.324, Redator para o acórdão o Min. Alexandre de Moares; e RHC 190.133-AgR, Relª. Minª. Cármen Lúcia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STF – RHC 220.999-AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 27/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RISCO À

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. **REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.** INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DE GRAVIDEZ. GÊMEOS SIAMESES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO ADERÊNCIA AO OBJETO DA ADPF Nº 54/DF. 'ABORTO NECESSÁRIO'. HIPÓTESE LEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (ART. 128, INC. I, DO CÓDIGO PENAL): DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

[...]

4. **A superação do entendimento das instâncias antecedentes quanto ao inegável grau de complexidade e à inevitável necessidade de dilação probatória para apreciação do mérito demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável pela via estreita do habeas corpus.** Precedentes.

[...]

7. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 220.431-AgR/RS – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 13/10/2022 – DJe de 30/11/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. **PROGRESSÃO ESPECIAL DE REGIME. BENEFÍCIO INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO.** VIA IMPRÓPRIA.

1. A decisão que negou a concessão do benefício da progressão especial de regime prisional (art. 112, §3º, da Lei de Execução Penal) está lastreada em fundamentação idônea, sobretudo porque a paciente não exercia a guarda de fato da criança, que permanece aos cuidados da avó paterna, além de ter utilizado sua residência para a prática de crimes.

2. **A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, de forma a infirmar o entendimento da instância ordinária, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual.**

3. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 217.283-AgR/SC – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 22/08/2022 – DJe de 24/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ABERTURA DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CONTRA PARLAMENTAR FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO MONOCRÁTICA. **INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS EM SEDE DE HABEAS CORPUS.** MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. O agravante não trouxe fundamentação apta a infirmar a decisão monocrática. **A jurisprudência desta Suprema Corte, em sede de habeas corpus, veda a dilação probatória.**

4. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 205.275-AgR/DF – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Turma – j. em 22/04/2022 – DJe de 08/06/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. REEDUCANDO QUE APRESENTOU HISTÓRICO PRISIONAL CONTURBADO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME DO COTEJO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Não configura constrangimento ilegal que ampare pedido de habeas corpus decisão que, de forma fundamentada, determina a realização de exame criminológico.

2. **Concluir de forma contrária à decisão na qual se entendeu que o paciente não teria atendido aos pressupostos subjetivos necessários à progressão demandaria o reexame do cotejo fático-probatório dos autos, o qual é inviável na via estreita do habeas corpus.**

3. Agravo regimental não provido."

(STF – HC 207.740-AgR/SP – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 04/04/2022 – DJe de 26/05/2022).

Igualmente, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. DESOBEDIÊNCIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FALTA MÉDIA OU LEVE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. VIA INADEQUADA. PERDA DOS DIAS REMIDOS. LIMITAÇÃO A 1 (UM DIA). DECISÃO DE 1º GRAU QUE NADA MENCIONA A RESPEITO DO TEMA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. **Revisar os elementos de prova para concluir pela atipicidade ou pela desclassificação da falta grave exigiria o revolvimento do contexto fático-probatório, procedimento incompatível com a estreita via do habeas corpus, na qual não se admite dilação probatória.**

3. Não há interesse de agir no que diz respeito à alegação defensiva quanto à perda dos dias remidos, não determinada pela Jurisdição Estadual.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no HC 748.272/MS – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023);

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OCORRIDA NA SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. ART. 571, VIII, DO CPP. ART. 563 DO CPP. PRINCÍPIO DO PAS DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

NULLITÉ SANS GRIEF. SÚMULA N. 523 DO STF. DISCORDÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFESA ANTERIOR. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. PARCIALIDADE DO JUIZ-PRESIDENTE EM PLENÁRIO DO JÚRI. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE IMPARCIALIDADE VERIFICADA DE PLANO. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE ESTADUAL. **REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

8. **A desconstituição da conclusão alcançada pelo Tribunal estadual, a fim de concluir pela suposta nulidade, qual seja, parcialidade do Juiz, exigiria a toda evidência, ampla e profunda valoração de fatos e provas, o que é sabidamente incompatível com a via estreita do habeas corpus.** Precedentes.

9. Habeas corpus não conhecido."

(STJ – HC 780.310/MG – **Rel. Min. Ribeiro Dantas** – Quinta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 22/02/2023);

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. HISTÓRICO DE ATOS INFRACIONAIS. ELEMENTO IDÔNEO A AMPARAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

III - Ademais, **qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.**

Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 772.536/MG – **Rel. Min. Messod Azulay Neto** – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 22/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBOS MAJORADOS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS AUSENTES. INEXISTÊNCIA DE HOMOGENEIDADE NA MANEIRA DE EXECUÇÃO DOS DELITOS. **REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. **Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder ao amplo reexame dos fatos e das provas para reconhecer a continuidade delitiva, sobretudo se a instância a quo, soberana na análise da matéria fática dos autos, ficou convicta quanto à existência de reiteração na prática criminosa, como verificado no caso em apreço.**

4. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 755.624/RS – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 02/12/2022).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

4. Prisão preventiva. Da presença (ou não) dos pressupostos da prisão preventiva. Cabimento. Reiteração criminosa.

Por fim, a impetração sustentou estarem ausentes os requisitos para a manutenção do paciente no cárcere e que a decisão teria sido carente de fundamentação, além de ter informado que o paciente possui residência fixa e que não há indício de reiteração criminosa.

Fundamento.

Com efeito, em razão do princípio da presunção de inocência, postulado constitucional, vigora no Direito brasileiro a dicotomia existente entre prisão-pena e prisão processual. Como cediço, aplicando-se o princípio da não culpabilidade, por meio do qual *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"* (art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988), aquele que se encontra encarcerado se considera preso provisório para fins penais.

Isso significa que, enquanto perdurar a fase investigatória, instrutória e recursal, aquele que estiver preso, por força de prisão preventiva ou prisão em flagrante (ou antigamente até mesmo pela famigerada prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou pela prisão decorrente de sentença de pronúncia), considerar-se-á preso provisório.

Aliás, não se pode olvidar que em nosso sistema vigora o modelo de que *"a liberdade é a regra, a prisão exceção"*. Por tal motivo a prisão nunca deverá ser decretada ou mantida quando possível a instrução do processo sem a privação da liberdade individual (no caso, com a imposição de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

medidas cautelares diversas da prisão), até porque analisando, ainda que perfunctoriamente, o princípio do estado de inocência, não se pode partir do pressuposto de que todo suspeito da prática de um crime foi realmente aquele que o praticou.

Tanto isso é verdade que a prisão processual no Brasil, pelo menos didaticamente falando, não pode ser vista como antecipação de pena. Deve, por outro lado, na medida do possível, ser vista sob a óptica do binômio "necessidade" x "proporcionalidade", para que ela não seja vista como sinônimo de "pena", pois esta última somente ocorre posteriormente ao trânsito em julgado.

Logo, como o Direito Penal não reprova o ser humano, mas sim uma conduta típica, antijurídica e culpável, por meio do Estado, o Direito Processual Penal, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio da presunção de inocência, está legitimado a utilizar todos os seus meios de coerção para buscar a verdade real e aplicar o direito material. Daí porque se falar nos institutos cautelares, dentre eles as prisões cautelares e, no caso que se está a tratar, mais especificadamente, da prisão preventiva.

E, aqui, ressalto que a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória admitida no direito processual brasileiro, de longe a mais importante de todas as prisões cautelares, somente podendo ser decretada por ordem escrita do Magistrado, durante a fase de inquérito policial ou durante a instrução processual, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime, de indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, nos exatos termos do art. 312, do Código de Processo Penal.

Ademais, à luz do sistema acusatório (art. 129, da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Constituição Federal) a prisão preventiva poderá ser decretada pelo Juiz, mediante pedido expresso do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, conforme previsão legal do art. 311, do Código de Processo Penal (com as modificações impostas pela Lei n. 13.964/19), podendo ser decretada tanto na fase de inquérito policial ou na fase processual.

Nesse ponto, ensinam **PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN** e **JORGE ASSAF MALULY**:

"A prisão preventiva é uma medida cautelar, restritiva da liberdade do indivíduo, de natureza processual. É decretada por ordem escrita do juiz e pode incidir em qualquer fase do inquérito ou do processo, para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência cautelar, a prisão preventiva exige a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*."

(**Curso de Processo Penal**, 6ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Forense, 2010).

Assim, consoante acima fiz constar, a prisão preventiva poderá ser decretada (ou convertida) por "garantia da ordem pública", "garantia da ordem econômica", "conveniência da instrução criminal" ou para "assegurar a aplicação da lei penal", desde que presentes a "prova da existência do crime" e "indícios suficientes de autoria", de sorte a inexistir violação ao princípio do estado de inocência, pois aqui a prisão é apenas prisão processual. A esse respeito, trago as brilhantes considerações do **Min. CELSO DE MELLO**:

"Impõe-se observar, de outro lado, no tocante ao pleito subsidiário **deduzido** pela parte *ora agravante*, que a privação cautelar da liberdade individual é **sempre** qualificada pela nota da excepcionalidade. **Não obstante** o seu caráter extraordinário, a prisão cautelar **pode** efetivar-se, **desde** que o ato judicial formalizador de sua decretação **tenha** fundamentação substancial, **apoando-se em elementos concretos e reais** que se ajustem aos requisitos abstratos – **juridicamente definidos** em sede legal – **autorizadores** da utilização dessa modalidade de tutela cautelar penal (**RTJ 134/798**, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamentos sobre a matéria (**RTJ 64/77**, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, v.g.), tem acentuado, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, '**Código de Processo Penal Interpretado**', p. 688, 7ª ed., 2000, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, '**Curso Completo de Processo Penal**', p. 250, item n. 3, 9ª ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, '**Manual de Processo Penal**', p. 274/278, 4ª ed., 1997, Saraiva), que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria – e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, torna-se legítima, presentes razões de necessidade, a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar:

[...]

É inquestionável, portanto, que a antecipação cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, **prisão preventiva**, prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (**RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.)".

(STF – HC 176.553-AgR/RS – **Rel. Min. CELSO DE MELLO** – Segunda Turma – j. em 03/10/2020 – DJe de 07/10/2020).

No duro, tais pressupostos e condições nada mais são do que os requisitos cautelares "fumus commissi delicti" e "periculum libertatis", respectivamente.

O "fumus commissi delicti" está consubstanciado na prova da existência do crime, de indícios suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, não havendo a necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, mas apenas a demonstração da existência de um fato típico.

Já o "periculum libertatis" está consubstanciado nos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, todos descritos na primeira parte do art. 312, do Código de Processo Penal, os quais já fiz menção acima e explicarei pormenorizadamente a seguir.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

O primeiro deles, garantia da ordem pública, a meu sentir, é explicado com esmero por **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, a saber:

"A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente. Um simples estelionato, por exemplo, cometido por pessoa primária, sem antecedentes, não justifica histeria, nem abalo à ordem, mas um latrocínio repercute negativamente no seio social, demonstrando que as pessoas honestas podem ser atingidas, a qualquer tempo, pela perda da vida, diante de um agente interessado no seu patrimônio, elementos geradores, por certo, de intranquilidade."

(**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2014).

Deste modo, a ordem pública é a paz, a tranquilidade no meio social. Isso significa que, se o indiciado ou o réu estiver demonstrando que praticará novas infrações penais – demonstrando alta periculosidade –, procedendo à apologia do crime, reunindo-se em quadrilha ou organização criminosa, enfim, haverá, sem maiores dificuldades de constatação, perturbação à ordem pública, o que ensejará a sua custódia cautelar. Por todos, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA POR INSTRUÇÃO DEFICIENTE. POSTERIOR JUNTADA DE PEÇAS PROCESSUAIS PERTINENTES. ECONOMIA PROCESSUAL. DECISÃO AGRAVADA RECONSIDERADA. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA PELO USO DE ARMA DE FOGO. CRIME LAVAGEM DE DINHEIRO MAJORADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NEGADO. **GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE INTERRUÇÃO DAS ATIVIDADES CRIMINOSAS DA ORGANIZAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO. PRECEDENTES.** EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. RECOMENDAÇÃO AO DESEMBARGADOR RELATOR DA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

APELAÇÃO PARA QUE ENVIDE ESFORÇOS NO SENTIDO DE GARANTIR CELERIDADE NO JULGAMENTO DO FEITO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, de forma reiterada, registra entendimento no sentido de que a gravidade concreta da conduta, reveladora do potencial elevado grau de periculosidade do Agente e consubstanciada na alta reprovabilidade do modus operandi empregado na empreitada delitiva, é fundamento idôneo a lastrear a prisão preventiva, com o intuito de preservar a ordem pública.

2. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior no sentido de que 'a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva'** (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 20/2/2009)" (RHC 148.872/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021; sem grifos no original).

[...]"

(STJ – AgRg no HC 687.840/MS – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 13/12/2022 – DJe de 19/12/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. NEGATIVA DE AUTORIA. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA PRONÚNCIA. GRAVIDADE DA CONDUTA. IDONEIDADE. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319/CPP. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE.

[...]

2. Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, consoante prevê o art. 312 do CPP.

3. Consta do decreto prisional fundamentação idônea consubstanciada na gravidade da conduta, registrando o juízo de origem que "[o] crime imputado é de natureza grave, praticado em via pública, em local de amplo acesso ao público e diante de diversos populares, com severa violência consistente em atropelamento contra o ofendido", destacando-se, ainda, que "o investigado tentou se desvencilhar do ato cometido, evadindo-se do local com o veículo que, em tese, foi utilizado no ato criminoso e que deu ré no veículo e saiu em alta velocidade e foi para cima da vítima, atropelando-a em alta velocidade".

4. **É firme o entendimento jurisprudencial de que "a segregação cautelar para a garantia da ordem pública se mostra fundamentada no caso em que o modus operandi empregado revela especial desvalor da conduta", (AgRg no HC 582.326/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020), a evidenciar a periculosidade real, propensão à prática delitiva e conduta violenta, como no caso.**

5. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porquanto insuficientes para resguardar a ordem pública.

6. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 743.598/SP – **Rel. Min. Olindo Menezes** –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Sexta Turma – j. em 04/10/2022 – DJe de 07/10/2022).

Ressalto, ademais, que a garantia da ordem pública não se confunde com o "clamor público", embora este esteja inserido na expressão ora analisada. O clamor público pode ser entendido como "a grande indignação que crimes perpetrados em circunstâncias extraordinárias causam na sociedade, gerando considerável repercussão no meio social", isto é, relaciona-se com a repercussão social do crime (clamor e comoção causados na sociedade, não apenas local).

O segundo pressuposto, garantia da ordem econômica, foi introduzido pelo art. 86, da Lei n. 8.884/94, que trata da prevenção dos chamados "white collar crimes" (ou, "crimes do colarinho branco"), que foram intitulados como tais em razão de pessoas de destaque social utilizarem-se de cargos importantes, sobretudo públicos e do alto escalão, para praticar atos ilícitos contra o patrimônio coletivo ou individual.

Aqui, novamente trago os ensinamentos de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** sobre o tema:

"Não é possível permitir a liberdade de quem retirou e desviou enorme quantia dos cofres públicos, para a satisfação de suas necessidades pessoais, em detrimento de muitos, pois o abalo à credibilidade da Justiça é evidente. Se a sociedade teme o assaltante ou o estuprador, igualmente tem apresentado temor em relação ao criminoso do colarinho branco."

(**Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 11ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2014).

O terceiro, conveniência da instrução criminal, possui carácter instrumental (procedimental), vale dizer, existe para preservar a realização da instrução criminal, em todos os seus aspectos. É dizer: são os abalos causados pelo réu visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, especialmente quanto à colheita de provas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Nesse passo, o saudoso **HÉLIO TORNAGHI** traz a seguinte definição:

"Melhor seria que se houvesse dito: necessidade para instrução criminal. De qualquer modo, tratando-se de providência restritiva da liberdade, deve entender-se conveniente a prisão para a instrução criminal somente quando estritamente necessária, isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia. Assim, por exemplo, se o acusado, em liberdade, está destruindo provas, corrompendo testemunhas, influenciando peritos etc., a prisão é conveniente à instrução criminal."

(**Curso de Processo Penal**, Volume 2, 9ª edição, atualizada, Editora Saraiva, 1995).

Outrossim, **ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES**:

"A prisão por conveniência da instrução criminal serve para garantir a produção da prova, como sucede nos casos em que há ameaça a testemunhas ou há risco de o acusado fazer desaparecer importantes fontes de prova."

(**Processo Penal Constitucional**, 7ª edição, revista, atualizada, ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2012).

Por fim, o último pressuposto para a decretação da prisão preventiva, assegurar a aplicação da lei penal, não significa preservar uma possível audiência de instrução, debates e julgamento, tal como ocorre no fundamento anterior ("conveniência da instrução criminal"). Aqui, a situação correlaciona-se com a possibilidade de "fuga" do acusado, de sorte que o decreto preventivo busca assegurar que a execução de eventual sentença condenatória não fique prejudicada pela fuga do réu.

O próprio **CESAR BONESSANA**, Marquês de Beccaria, em seu famoso livro "Dei delitti e delle pene" já sustentava, com acerto, que:

"O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(**Dos Delitos e das Penas**, tradução: Torrieri Guimarães, 2ª edição, Editora Martin Claret, 2008).

Adiante.

Superada a análise dos pressupostos da prisão preventiva, relembro que as hipóteses de cabimento da referida prisão cautelar, anteriormente à Lei n. 12.403/11, eram estas: **(a)** crimes punidos com reclusão; **(b)** crimes punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; **(c)** se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único, do art. 46, do Código Penal; e, **(d)** se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Entretanto, por força da Lei n. 12.403/11, de 04 de maio de 2011, alterou-se o entendimento supracitado, o legislador modificando as hipóteses e reduzindo ainda mais o seu cabimento com o escopo de se alinhar à ideia de prisão como "ultima ratio", consoante acima já aponte. Confirmam-se as novas hipóteses:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)."

"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."

Posteriormente, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como "Pacote Anticrime", aperfeiçoou a legislação (penal e processual penal) e promoveu singelas alterações nos dispositivos e nas hipóteses de cabimento, que passaram a constar com a seguinte redação:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º).

§2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada."

"Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

§1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

recebimento de denúncia."

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."

"Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."

Todavia, necessários alguns esclarecimentos importantes envolvendo as mudanças da legislação processual penal sobre o tema.

Explico.

O primeiro deles é que o legislador pretendeu positivar a ideia, de há muito pacificada, acerca da excepcionalidade da prisão cautelar, especialmente para os crimes com penas inferiores há quatro anos e consagrar a faculdade do Magistrado aplicar as "medidas alternativas à prisão", previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, que são essas:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades; (b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (f) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; (h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e, (i) monitoração eletrônica.

A inserção das medidas cautelares diversas da prisão, bem ou mal, veio em boa hora, afinal a doutrina vinha tecendo críticas ao então Código de Processo Penal que apenas trazia a "fiança" como medida cautelar diversa da prisão, deixando de inovar em outros aspectos. Nesse passo, trago a arguta visão de **ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES** sobre o tema:

"Há necessidade de ser reformado o Código de Processo Penal no tratamento dado às medidas cautelares. Antes, estava centrado em duas medidas: a prisão e a fiança. Era constante a ligação entre elas, com previsões de que o acusado ficaria preso quando não fosse possível a fiança. Exigências no sentido de ajustar o Código aos estudos de processo penal constitucional atenuaram o seu rigor, admitindo a liberdade sem fiança quando não devesse ser decretada prisão preventiva, possibilitando a liberdade após a pronúncia até o julgamento e a apelação em liberdade se o acusado fosse primário e tivesse bons antecedentes."

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

(As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal, Revista de Informação Legislativa n. 183, Ano 46, 2009).

E conclui:

"As demais alterações são ajustes também necessários: melhor regulamentação da prisão preventiva, atualização do instituto da fiança, possibilidade de prisão domiciliar para situações especialíssimas da pessoa acusada, fixação de prazo certo para a prisão, exigência de o juiz reexaminar periodicamente a necessidade de a medida ser mantida."

O segundo ponto é que, embora o intuito do legislador tivesse sido o de não permitir, ao menos diretamente, a prisão preventiva nos crimes menos graves, tais como sequestro e cárcere privado (art. 148, do Código Penal), furto simples (155, do Código Penal), extorsão indireta (art. 160, do Código Penal), apropriação indébita (art. 168, do Código Penal), duplicata simulada (art. 172, do Código Penal), receptação dolosa (art. 180, do Código Penal), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A, do Código Penal), rufianismo (art. 230, do Código Penal), associação criminosa (art. 288, do Código Penal), peculato mediante erro de outrem (art. 313, do Código Penal), contrabando ou descaminho (art. 334, do Código Penal), reingresso de estrangeiro expulso (art. 338, do Código Penal) e coação no curso do processo (art. 344, do Código Penal), dentre outros, não é preciso desgastar-se muito intelectualmente para saber que a prisão preventiva continua sendo possível de ser decretada. E o caso que enseja o permissivo legal é aquele decorrente do descumprimento de qualquer medida cautelar aplicada anteriormente, independentemente do "quantum" da pena, nos termos do atual art. 312, §1º, do Código de Processo Penal (*"a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)"*).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Nesse sentido, a doutrina de **GUILHERME DE SOUZA**

NUCCI:

"Acrescentou-se o parágrafo único para consolidar a viabilidade de se utilizar a prisão preventiva como fato intimidativo a quem está sob medida cautelar diversa. Por isso, para que se obtenha êxito na aplicação de medidas provisórias alternativas ao cárcere, torna-se essencial que o indiciado ou réu compreenda a sua relevância e não despreze a chance que lhe é conferida.

Se a medida cautelar alternativa foi conferida, é preciso honrá-la, cumprindo-a à risca. Não o fazendo, resta ao Estado a opção pela ultima ratio processual: a prisão preventiva."

(Prisão e Liberdade, As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 2011).

O terceiro ponto é que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada no receio de perigo e na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Em relação à contemporaneidade da prisão preventiva, vale destacar que ela não se relaciona com o momento/data da prática do crime, mas sim à situação de risco concreto com a manutenção da liberdade do agente, isto é, a partir da concreta constatação de que somente a prisão impedirá a prática de novos delitos, tal como já decidido, por diversas vezes, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO INDIVIDUAL DE MINISTRO DO STJ. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. CONTEMPORANEIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS: INVIABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA.

[...]

4. O Supremo Tribunal Federal entende que a contemporaneidade relaciona-se com os motivos ensejadores da prisão preventiva, e não com o momento da prática supostamente criminosa em si, ou seja, é desimportante que o fato ilícito tenha sido praticado há lapso temporal longínquo, sendo necessária, no entanto, a efetiva demonstração de que, mesmo com o transcurso de tal período, continuam presentes os requisitos autorizadores da custódia. Precedentes.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

[...]"

(STF – HC 212.647-AgR/PB – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 05/12/2022 – DJe de 10/01/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS, PORTE DE ARMA DE FOGO USO RESTRITO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. INTERRUÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FORAGIDO DO DISTRITO DA CULPA. CONTEMPORANEIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A contemporaneidade da prisão preventiva não está necessariamente ligada à data da prática do crime, mas sim à subsistência da situação de risco que justifica a medida cautelar. Nesse sentido: HC 206.116-AgR, Rel^a. Min^a. Rosa Weber.

[...]"

(STF – HC 221.485-AgR/CE – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022).

O quarto e último ponto envolve a necessidade de reavaliação da prisão preventiva durante o prazo nonagesimal (90 dias), sob pena de tornar a prisão ilegal. Observo que antes da mudança promovida pela Lei n. 13.964/19 não havia previsão para a reavaliação periódica da custódia cautelar, o réu apenas contando com a possibilidade de soltura quando a defesa provocasse o juízo (o que, na prática, nem sempre era realizado pelos defensores), situação que culminava na impetração de inúmeros pedidos de "habeas corpus" escritos de próprio punho por presos provisórios. Assim, a medida legislativa teve o objetivo de evitar que a prisão preventiva perdurasse por mais tempo do que o necessário e que fosse revogada acaso não persistissem mais os pressupostos para a prisão cautelar.

Após muito debate na doutrina e na jurisprudência acerca da "revogação automática" da prisão preventiva caso superado o prazo de 90 dias, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pacificou a questão, firmando a seguinte tese:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

"A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos."

(STF – SL 1395 MC-Ref/SP – Rel. Min. LUIZ FUX – j. em 15/10/2020 – DJe de 04/02/2021).

Deste modo, entendeu-se que a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316, do Código de Processo Penal, **não implica em revogação automática da prisão preventiva**, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos, orientação que vem sendo seguida pela CORTE:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

[...]

3. **O entendimento do Plenário desta SUPREMA CORTE, do qual o Superior Tribunal de Justiça não se distanciou, é no sentido de que 'A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316, do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos'** (SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, DJe de 4/2/2021). 4. Embargos de declaração recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 222.686-ED/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 08/02/2023);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. **PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INTERRUÇÃO. REVISÃO. REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA. NÃO IMPLICAÇÃO.** CONTEMPORANEIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. **A jurisprudência desta Corte é de que 'a inobservância do prazo nonagesimal previsto no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos'** (SL 1.395-MC-Ref, Rel. Min. Luiz Fux).

[...]"

(STF – HC 205.164-AgR/SP – Rel. Min. ROBERTO BARROSO –

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 180, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. INADMISSÍVEL SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **REVISÃO DA PRISÃO NO PRAZO DE 90 DIAS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA ILEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA DE DESÍDIA DO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. **Inexiste, na espécie, flagrante ilegalidade, mormente considerando-se a posição do Plenário no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta automaticamente a revogação da prisão preventiva** (SL nº 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13/11/20).

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – RHC 199.854-AgR/RJ – **Rel. Min. DIAS TOFFOLI** – Primeira Turma – j. em 17/05/2021 – DJe de 17/06/2021);

"HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. SINGULARIDADE E RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA. PRISÃO PREVENTIVA. **INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO AUTOMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA EM ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.**

[...]

4. Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, consequentemente, a concessão de liberdade provisória.

5. Habeas corpus indeferido."

(STF – HC 191.836/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – **Redator p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 23/11/2020 – DJe de 01/03/2021).

Então.

Superada a análise preliminar sobre o tema da prisão preventiva, passo à análise do mérito deste "habeas".

Deveras, deflui da impetração que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois no dia 04 de abril de 2025 foi preso em flagrante

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pela prática do crime previsto no art. 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, certo que após ser comunicado dos referidos fatos, o MM. Juiz de Direito Plantonista da Comarca de Araçatuba, ora autoridade coatora, verificou a presença dos requisitos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e converteu a sua prisão.

Levando-se em consideração o conteúdo da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, verifico que ela foi fundamentada na garantia da ordem pública e para evitar a reiteração criminosa, o que basta para justificar a necessidade da sua custódia cautelar. Confira-se, em síntese:

"Vistos. O flagrante encontra-se formal e materialmente em ordem, não havendo motivos para relaxá-lo. Durante a abordagem envolvendo o autuado, foram apreendidos 01 porção de maconha, pesando 2,19 gramas, material para o embalo/preparo da droga, além de R\$ 182,00 em dinheiro. Tais circunstâncias demonstram, em sede de cognição sumária, que o autuado está envolvido com a prática do tráfico de entorpecentes. Os policiais que atenderam a ocorrência deram detalhes da conduta do autuado, informando que cumpriram mandado de busca e apreensão na residência deste, uma vez que realizaram diversas "campanas" na proximidade do local e o avistaram em atitude típica de comercialização de entorpecentes. Tais depoimentos estão embasados, inclusive, nos relatórios de investigação de fls. 13/19 e 32/41. A acusação que pesa contra o autuado é grave, de crime de tráfico de entorpecentes, que traz efeitos nefastos para a sociedade, na medida em que incentiva a criminalidade e destrói a base desta que é a família, sendo necessária sua custódia para garantia da ordem pública. A folha de antecedentes do autuado (fls. 75/78), aliás, revela que ele já foi condenado pela prática do mesmo crime. Ademais, nada obstante a Lei 11.464/07 permita eventual concessão de liberdade provisória, neste momento processual, parece prematura decisão nesse sentido. Assim, estando presentes os requisitos necessários, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva de **GUILHERME HENRIQUE NUNES MENEZES**. Expeça-se mandado de prisão. Por fim, determino que se informe à Autoridade Policial competente que fica deferida a destruição da droga apreendida nos autos, de acordo com Provimento nº 45/2018 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Art. 524-A, §1º, devendo resguardar pequena quantidade para fins de contraprova, servindo-se a presente decisão como ofício. INT. **Encerrada a audiência de custódia, eventuais pedidos devem ser apreciados pelo Juízo competente.** Tratando-se de audiência registrada em sistema audiovisual e de processo digital, o presente Termo de Audiência de Custódia é assinado eletronicamente pelo Juiz. Ficam todos cientificados de que eventuais contradições deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão. Dou este por publicado em audiência. Após, distribua-se livremente e aguarda-se a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

vinda dos autos principais. Não havendo óbice na utilização de sistema de gravação audiovisual em audiência, todas as ocorrências, manifestações, declarações entrevistas foram captados em áudio e vídeo. Nada mais." (fls. 13/14).

Pois bem.

Logo, pela simples leitura da decisão proferida, parece-me que a custódia cautelar do paciente se encontra devidamente justificada, pois presentes o "fumus comissi delicti" e o "periculum libertatis", este sob a perspectiva da garantia da ordem pública, paciente que foi preso pela prática do crime de tráfico de drogas, espécie de crime que vem intranquilizando a sociedade, gerando clamor público, estando o Estado de São Paulo infestado, em ordem crescente, de crimes desta natureza, que trazem insegurança social e ceifam inúmeras famílias (aqui, foram apreendidos uma porção de "maconha", com peso aproximado de 2,19g, um maço de papel de seda para cigarros, um recipiente plástico colorido, tesoura, dinheiro em notas diversas e um aparelho celular – cf. boletim de ocorrência a fls. 08/11), **tanto mais porque deflui da impetração que esta não foi a primeira vez que o paciente se viu diante da prática de crimes, tal como afirmado pela autoridade coatora, ao apontar que "a folha de antecedentes do autuado (fls. 75/78), aliás, revela que ele já foi condenado pela prática do mesmo crime" (fls. 14)**, motivos estes que sem sombra de dúvida são mais do que suficientes para a manutenção da sua custódia cautelar e impedem, "ipso facto", a escolha por medidas cautelares diversas da prisão. Inteligência do art. 282, §6º, do Código de Processo Penal: *"A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada"*.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Por todos, o entendimento pacífico dos nossos Tribunais Superiores:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA ESTE FIM. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. **A quantidade de droga, a natureza dos entorpecentes e o contexto em que verificada a prática do crime sinalizam a gravidade concreta da conduta, ensejando a prisão para fins de garantia da ordem pública.** Precedentes.

2. A existência de registro de procedimentos investigatórios ou ações penais em desfavor do réu são motivos idôneos para a decretação da prisão preventiva, pois indicam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delituosa.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 219.069-AgR/SP – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 19/12/2022 – DJe de 14/02/2023);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA. FATOS E PROVAS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. **O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a gravidade em concreto do crime, a periculosidade do agente, a fundada probabilidade de reiteração delitiva e a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa constituem fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva.** Precedentes: HC 137.234, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 136.298, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 136.935-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli.

[...]"

(STF – HC 219.664-AgR/SP – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 28/11/2022 – DJe de 01/12/2022);

"SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DE 'LAVAGEM' OU OCULTAÇÃO DE BENS DIREITOS E VALORES, DE TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ARTIGO 2º DA LEI Nº 12.850/13, ARTIGO 1º DA LEI 9.613/98, ART. 33 C/C ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTORIA E DE CONTEMPORANEIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A decretação da custódia preventiva para garantia da ordem**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

pública que tem como fundamento a gravidade concreta do crime, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta, bem como pelo risco de reiteração delitiva, encontra amparo na jurisprudência desta Corte. Precedentes: HC 215144-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. André Mendonça, DJe de 19/09/2022; HC 218.632-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 08/09/2022; HC 215816-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 19/08/2022; HC 216428-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 16/08/2022.

[...]"

(STF – HC 218.475-AgR-segundo/RO – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 03/11/2022 – DJe de 14/11/2022);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE PEÇA SUFICIENTE PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1. **O STF possui entendimento no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida evidenciam a gravidade concreta da conduta capaz de justificar a ordem prisional** (HC 115.125, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 113.793, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; HC 110.900, Rel. Min. Luiz Fux).

[...]"

(STF – HC 217.330-AgR/RJ – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INAPLICABILIDADE.

1. **Conforme já decidiu esta CORTE, 'a quantidade de droga apreendida evidencia a gravidade concreta da conduta capaz de justificar a ordem de prisão preventiva'** (HC 138.574-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 16/3/2017).

2. Sobressai, no caso, a periculosidade social do paciente, apontado como integrante de associação criminosa voltada ao tráfico ilícito de entorpecentes. Além disso, a expressiva quantidade de droga apreendida (mais de 22 kg de cocaína) também evidencia a necessidade da custódia para resguardar a ordem pública. Precedentes.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STF – HC 218.551-AgR/SP – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 05/09/2022 – DJe de 08/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. **SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELAVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de droga apreendida (627,10 gramas de maconha, consoante acórdão), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

(Precedentes)

[...]"

(STJ – AgRg no HC 785.562/SP – Rel. Min. Messod Azulay Neto – Quinta Turma – j. em 07/02/2023 – DJe de 22/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA DE ALTO PODER VICIANTE E DE VÁRIAS MUNIÇÕES.** FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUPOSTA DESPROPORÇÃO ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E A PENA DECORRENTE DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA, NA HIPÓTESE. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Na hipótese, a prisão preventiva foi devidamente decretada em razão da gravidade concreta da conduta, evidenciada pela apreensão de considerável quantidade de droga, de alto poder viciante, e de várias munições. Tais circunstâncias são aptas a justificar a segregação cautelar para garantia da ordem pública.

[...]"

(STJ – AgRg no RHC 170.959/RJ – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Redator p/ Acórdão Min. Ministra Laurita Vaz – Sexta Turma – j. em 14/02/2023 – DJe de 22/02/2023);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE CAPITAIS. **PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA.** MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA. ILICITUDE DAS PROVAS EXTRAÍDAS DO CELULAR. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DIVULGAÇÃO INFORMAÇÕES SIGILOSAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência ao fato de o acusado ser membro influente de organização criminosa especializada na prática de tráfico de drogas e lavagem de capitais ligada ao grupo Comando Vermelho, e de possuir condenação criminal anterior. Assim, a prisão se faz necessária para garantir a ordem pública, evitando o prosseguimento das atividades criminosas desenvolvidas.

3. Conforme magistério jurisprudencial do Pretório Excelso, "a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC n. 95.024/SP, relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJe 20/2/2009).

[...]"

(STJ – AgRg no RHC 171.255/CE – **Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro** – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023).

Além disso, a possibilidade de reiteração na prática criminosa constitui fundamento idôneo não só para a decretação da prisão preventiva, como também para a manutenção da custódia cautelar. Por todos:

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decretação da custódia preventiva para garantia da ordem pública que tem como fundamento a necessidade de se evitar a reiteração delitiva, encontra amparo na jurisprudência desta Corte. Precedentes: HC 152.912-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30/11/2018; HC 137.131-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 17/5/2017; HC 170.393-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6/8/2019.

[...]"

(STF – HC 220.818-AgR/SP – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 10/11/2022 – j. 18/11/2022);

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

PEÇA SUFICIENTE PARA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA.
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

[...]

2. E mais: a orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que a fundada probabilidade de reiteração delitiva constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva (HC 137.234, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 136.298, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 136.935-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

[...]"

(STF – HC 217.330-AgR/RJ – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA.** MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Insta consignar que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (fumus commissi delicti), estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, nos termos do art. 312 do CPP.

2. Na espécie, a prisão foi decretada em decorrência do modus operandi empregado na conduta delitiva, revelador da periculosidade do acusado, que seria membro de organização criminosa armada com a finalidade de obtenção de vantagem patrimonial por meio da prática de roubo de cargas de alto valor transportadas por caminhões.

3. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente possuir maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade.

4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ – AgRg no HC 777.428/SP – Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro – Sexta Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 16/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. **PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA, NA HIPÓTESE. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A decretação da prisão preventiva está suficientemente

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

fundamentada, tendo sido amparada no risco concreto de reiteração delitiva, pois, a despeito da pequena quantidade de drogas, o Agravante é reincidente pela prática do crime de tráfico, responde a outro processo pelo crime de tráfico e estava em gozo de liberdade provisória quando do cometimento do delito, o que justifica a segregação cautelar para garantia da ordem pública.

[...]

4. Considerada a real possibilidade de reiteração delitiva, não se mostra suficiente, no caso, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental desprovido."

(STJ – AgRg no HC 788.123/SP – **Rel. Min. Laurita Vaz** – Sexta Turma – j. em 7/2/2023 – DJe de 14/02/2023).

Seguindo e concluindo.

De outro vértice, nada interessa eventual primariedade, residência certa ou emprego fixo do paciente, que são irrelevantes e não constituem razão suficiente para a revogação da sua prisão preventiva. Aliás, segundo já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

2. Esta Corte tem entendimento de que 'condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese' (HC 161.960-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – RHC 217.679-AgR/SC – **Rel. Min. ROBERTO BARROSO** – Primeira Turma – j. em 03/10/2022 – DJe de 06/10/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

3. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 'Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese' (HC 161960 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05.04.2019).

4. Agravo regimental desprovido."

(STF – HC 214.290-AgR/SP – **Rel. Min. EDSON FACHIN** – Segunda Turma – j. em 23/05/2022 – DJe de 06/06/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE POR SUPOSTOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CP), DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP) E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/1993). PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONTEMPORANEIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA NOS AUTOS. INVIABILIDADE DE REEXAME DE QUESTÕES QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRISÃO DOMICILIAR. RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ. ANÁLISE PELO JUIZ DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

IV – A custódia cautelar encontra-se devidamente lastreada em requisitos autorizadores descritos no art. 312 do Código Processual Penal, qual seja, para garantir a ordem pública, não sendo adequado, por conseguinte, fixar outras cautelares alternativas previstas no art. 319 do mesmo Diploma Processual.

V – A primariedade, a residência fixa e os bons antecedentes não obstam a decretação da custódia cautelar quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes."

(STF – HC 206.147-AgR/RS – **Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI** – Segunda Turma – j. em 09/10/2021 – DJe de 25/10/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, PETRECHOS PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. [...]

3. A circunstância de o Paciente ostentar primariedade, ocupação lícita, residência fixa e bons antecedentes, não constitui óbice à decretação ou manutenção da prisão preventiva, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]"

(STF – HC 200.832-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 08/06/2021 – DJe de 14/06/2021).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Mais não se precisa dizer.

5. Dispositivo.

Logo, com essas considerações, **conheço parcialmente** deste "habeas corpus" e, no ponto em que conhecido, **denego-o liminarmente**.

Intimem-se a Procuradoria-Geral de Justiça e a defesa.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator