



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379430

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2093133-91.2025.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é paciente RAFAEL FELIX DE SOUZA, Impetrantes EVERTON APARECIDO DE SOUZA SILVA e MARCELO ALVES PEREIRA.

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

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

São Paulo, 16 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

***Habeas Corpus* nº 2093133-91.2025.8.26.0000 – Comarca de
São José dos Campos/SP**

**Impetrantes: Dr. Everton Aparecido de Souza Silva e Dr. Marcelo
Alves Pereira**

Paciente: Rafael Felix de Souza

**Impetrado: MMº Juízo de Direito da Vara Regional das Garantias
TJSP – 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL
VOTO Nº 51.676**

HABEAS CORPUS – Tráfico ilícito de drogas e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, em concurso material de crimes (Artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, e Artigo 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal).

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

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* Criminal impetrado em favor de Rafael Felix de Souza, com pedido liminar, apontando como autoridade coatora o d. Juiz de Direito da Vara Regional das Garantias - 9ª RAJ, da Comarca de São José dos Campos/SP, nos autos do processo nº 1500708-94.2025.8.26.0617.

Sustentam os impetrantes que o paciente foi preso em flagrante, juntamente com o indiciado Cássio, em 26/03/2025, por supostos crimes incursos no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas e art. 16 da Lei de Armas.

Alegam o constrangimento ilegal, decorrente da conversão da prisão em flagrante em preventiva pela autoridade impetrada, mediante decisão carente de fundamentação concreta.

Sustentam que estão ausentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, porque o paciente é primário, possui residência fixa, ocupação lícita, é genitor de 3 filhas que dependem financeiramente para a subsistência, além da declaração do indiciado Cássio, que assumiu a propriedade dos ilícitos, declarando que o paciente não tinha conhecimento.

Aduzem que, caso o paciente seja condenado, este terá aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, permitindo a fixação de regime inicial diverso do fechado, com possibilidade de substituição da pena privativa liberdade pela restritiva de direitos.

Requerem a concessão da ordem, precedida de liminar, para que seja deferida a liberdade provisória ao paciente, ainda que com fixação das medidas cautelares alternativas ao cárcere, expedindo-se alvará de soltura em seu favor (fls. 1/13).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 104/105).

Prestadas informações pela autoridade judiciária apontada como coatora (fls. 108/109), pronunciou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, pela denegação da ordem (fls. 115/117).

É o relatório.

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 01 de abril de 2025, que o paciente foi preso em flagrante delito em 26 de março de 2025, sob a acusação de crime de tráfico de drogas e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. A comunicação da prisão foi recebida e processada em sede de Audiência de Custódia, onde converteu-se em prisão preventiva a custódia do ora paciente. Quand dos informes, o feito aguardava em Cartório do Ofício Regional das Garantias da 9ª RAJ, sede São José dos Campos, a remessa do Relatório Policial, para ulterior envio ao Ministério Público (fls. 108/109).

Mediante acesso ao sítio eletrônico deste E. Tribunal de Justiça, em consulta aos autos de origem, verifica-se que foi oferecida denúncia pelo Ministério Público, a qual foi protocolada em 06/04/2025.

Para melhor compreensão da controvérsia, passa-se a narrar os fatos descritos na referida exordial acusatória, *verbis*:

“Consta do inquérito policial que, no dia 26 de março de 2025, por volta das 08h20min, na Rua Expedicionário Heitor Armando Bagatine, 126, Jardim Yolanda, CEP: 12316420, Jacareí-SP, RAFAEL FELIX DE SOUZA, qualificado a fls. 02, 04/05, 15/16, 34, e CÁSSIO DOS SANTOS, qualificado a fls. 02, 05, 12/14, 33, guardavam e tinham em depósito as seguintes drogas: 4 tijolos de cocaína, com massa líquida de 3.999 gramas; e 2 tijolos de “maconha”, com massa líquida total de 1.899 gramas, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (auto de exibição e apreensão às fls. 20/21 e laudo de constatação provisória às fls. 24/28).

Consta, por fim, do inquérito policial que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local mencionadas no parágrafo anterior, RAFAEL FELIX DE SOUZA, qualificado a fls. 02, 04/05, 15/16, 34, e CÁSSIO DOS SANTOS, qualificado a fls. 02, 05, 12/14, possuíam 1 arma de fogo com numeração suprimida, consistente em um revólver calibre 38, municiado com 2 munições dentro de seu tambor, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, Policiais Civis receberam uma informação privilegiada, narrando que Rafael Felix, vulgo “Fael”, seria o responsável pelo tráfico de drogas no Bairro Jardim Paraíso, na cidade de Jacareí e que residia na Rua Expedicionário Heitor Armando Bagatine, nº252, sendo que também havia outra pessoa de prenome Cássio, o qual seria o responsável pelo armazenamento das drogas em sua residência, situado na mesma rua descrita, porém no numeral 126.

Diante disso, a equipe de Policiais Civis iniciou campanhas

veladas pelo local e, no dia dos fatos, por volta de 08:00h, montaram palco de observação em viatura descaracterizada, momento em que visualizaram os dois denunciados abrindo o portão da residência de nº 126, então resolveram fazer a abordagem de imediato.

Após os denunciados serem questionados sobre drogas dentro da casa eles confessaram e disseram que as substâncias ilícitas estavam na cozinha.

Assim, os policiais adentraram no local e localizaram 04 barras de cocaína no chão, uma balança digital e 02 tijolos de maconha, sendo que tais drogas eram guardadas e mantidas em depósito pelos denunciados nas circunstâncias de tempo e local mencionadas no primeiro parágrafo desta denúncia.

Ainda dentro da casa os policiais localizaram 1 arma de fogo com numeração suprimida, consistente em um revólver calibre 38, municiado com 2 munições dentro de seu tambor, a qual era possuída pelos denunciados nas circunstâncias de tempo e local mencionadas no segundo parágrafo desta denúncia.

Informalmente os denunciados confessaram os fatos e acrescentaram que as drogas tinham chegado naquele mesmo dia e que seriam destinadas ao Estado de Minas Gerais.

Então, os policiais proferiram voz de prisão em flagrante delito em desfavor dos denunciados e os conduziram à Delegacia de Polícia.

Diante da denúncia prévia, da natureza, da quantidade, da

forma de acondicionamento das drogas, bem como as circunstâncias e do local da apreensão, afigura-se quadro seguro a apontar que as drogas apreendidas seriam destinadas à entrega a consumo alheio.

Ante o exposto, denuncio RAFAEL FELIX DE SOUZA e CÁSSIO DOSSANTOS como incursos no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/2006, e artigo 16, §1º, IV, da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 69 do Código Penal (concurso material de crimes” (fls. 133/135 do feito de origem).

Esta é a síntese dos fatos.

Inicialmente, ressaltados os argumentos apresentados pela ilustre Defesa, no sentido de que, conforme declaração do autuado Cássio, este assumira a propriedade dos ilícitos, guardando a droga para um terceiro, e que o paciente estava no local apenas para consumir um cigarro de maconha, *data venia*, ressalte-se que a análise da matéria, *in casu*, requer o exame aprofundado da prova, confundindo-se com o próprio mérito da ação penal, a qual será examinada oportunamente pelo Juízo de Primeiro Grau, sendo esta via inadequada para tal pretensão.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas Criminais:

“Quanto à suposta ausência de provas a respeito do envolvimento e da autoria do acusado, ou à suposta inidoneidade dos depoimentos testemunhais e dos demais elementos de provas, trata-se de matéria cuja comprovação exigiria exame do contexto fático-probatório, providência notoriamente incompatível com o rito célere do

habeas corpus” (STJ, EDcl no RHC 106.864/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 12/03/2019).

“Para examinar a tese defensiva de que não estaria demonstrado o envolvimento dos pacientes com os delitos narrados nos autos, seria necessária a análise dos elementos informativos colhidos durante a realização do inquérito policial, o que é inviável na via estreita da ação constitucional, dada a necessidade de dilação probatória.” (STJ, HC nº 47.461/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. em 13/12/2018).

Outro não é o entendimento do Pretório Excelso:

“Como se sabe, a ocorrência de iliquidez quanto aos fatos alegados na impetração basta, por si só, para inviabilizar a utilização adequada da ação de “habeas corpus”, que constitui remédio processual que não admite dilação probatória, nem permite o exame aprofundado de matéria fática, nem comporta a análise valorativa de elementos de prova produzidos no curso do processo penal de conhecimento.” (STF, HC 117.856-AgR/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. 13/05/2014, DJe 03/06/2014).

Ademais, quanto ao asserte de que o paciente estaria no local tão somente para consumir entorpecente, tal circunstância não afasta a possibilidade de que, mesmo que se trate de “usuário”, ainda assim, exerça o paciente a traficância ilícita, até porque muitos dependentes de tóxicos utilizam desse expediente para financiar o próprio vício.

A propósito:

“No que pertine à tese da Defesa acerca da ocorrência de fragilidade probatória, mormente no que tange à ausência de indícios de autoria, bem como em relação à asserção de que o agravante seria usuário, tenho que maiores incursões acerca da questão demanda aprofundado exame de material fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. (...) Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 695574/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, j. em 17/11/2021).

“Quanto à tese de que o agravante é mero usuário de drogas, consiste em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório” (AgRg no RHC 146.397/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. em 04/05/2021).

Ainda que no momento da prisão os policiais não tenham presenciado o paciente entregando a outrem a droga, basta que sua conduta, com a mera intenção de repassá-la a terceiros, se encaixe em um dos múltiplos verbos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 para que o crime seja configurado, pois a tradição da droga é mero exaurimento do delito.

O delito definido no mencionado dispositivo legal descreve dezoito tipos de comportamento, sendo que alguns destes caracterizam infrações permanentes, tais como a exposição à venda, o transporte, a guarda e o depósito.

Assim, enquanto perdurou a ação, estava o agente em flagrante delito e, dessa forma, restou delineada a situação de flagrante, contemplada nos artigos 302, inciso I, e 303, ambos do Código de Processo Penal, sendo o paciente preso quando, em tese, praticava a infração penal.

Nesse sentido:

“Ressalto que não se faz necessária a mercancia para que se configure o delito em tela. O crime de tráfico de entorpecentes é de múltiplas ações e de perigo abstrato. No caso dos autos, o delito consumou-se pelo simples fato de ter em depósito ou guardar droga. Nessas circunstâncias a mercancia consubstancia mero exaurimento do crime” (TJSP, Apelação Criminal nº 911.741.3/0, Rel. Des. Fábio Gouveia).

Tem-se que para a segregação cautelar – que por sua natureza, possui um conteúdo provisório – não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta que, pelo cotejo dos elementos que instruem os autos, se fazem presentes.

Nesse sentido, precedentes dos Tribunais Superiores:

“O exame da questão atinente à negativa de autoria implicaria, necessariamente, aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa, o que, como se sabe, não é possível nesta estreita via do habeas corpus, instrumento que exige a demonstração do direito alegado de plano e que não admite dilação probatória.” (STF, HC nº

197.646-AgR/RJ, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, j. em 15/03/2021).

"Em razão do necessário revolvimento do conteúdo fático probatório, é inadmissível a análise das teses de negativa de autoria, bem como de seus indícios, e da existência de prova robusta da materialidade delitiva, na estreita via do habeas corpus" (STJ, AgRg no HC nº 702.599/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 14/12/2021).

"A tese de fragilidade das provas quanto à participação do agente nas práticas ilícitas é questão que não pode ser dirimida em sede de habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal, vedado na via sumária eleita." (STJ, HC nº 281.882/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 18/06/2014).

Assim, guardando o fato descrito enquadramento típico e, não havendo prova cabal de que o paciente não guarde relação alguma com o fato que lhe é imputado, as circunstâncias recomendam aguardar o prosseguimento da persecução penal, cumprindo salientar que a avaliação aprofundada da matéria em questão caberá ao magistrado de Primeira Instância, acompanhada de demais elementos e aperfeiçoada sob o crivo do contraditório, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Noutro ponto, quanto a alegação de que a decisão monocrática que converteu a prisão em flagrante em preventiva seria carente de fundamentação idônea, com a devida vênia, não comporta

acolhimento, pois adequadamente motivada.

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

No caso, em sede de audiência de custódia realizada aos 27/03/2025, a d. autoridade impetrada observou a regularidade do flagrante, e que os indícios de autoria decorrem da própria situação de flagrância, pois os autuados, dentre eles o ora paciente, foram detidos em circunstâncias que denotam a realização da conduta ilícita descrita nos autos, havendo indícios suficientes da prática da infração penal. O d. Juiz plantonista fez consignar em sua decisão, com relação ao ingresso no imóvel, que o ora paciente, Rafael, bem como o indiciado Cássio, foram abordados, em tese, na rua e local em que Cássio teria confirmado a existência de drogas no interior de sua residência. Assim, tem-se que, em razão da situação de flagrância de crime permanente, justificativa, para o presente fim, o ingresso dos policiais civis no imóvel. No mais, em relação ao ora paciente, Rafael, muito embora se trate de indivíduo primário, com residência fixa e profissão definida, não há como, neste momento, conceder a liberdade provisória, considerando-se que a infração apurada é gravíssima, revelando desde logo a periculosidade do autuado, tendo em vista a quantidade de drogas encontradas, sendo que, de acordo com os policiais civis, ele seria o responsável pela distribuição de drogas no Jardim Paraíso, na cidade de Jacareí, enquanto que o outro indiciado, Cássio, armazenaria as drogas em sua residência. Entendeu

assim o magistrado de base, que a natureza do crime, possivelmente cometido, e as circunstâncias concretas de sua execução, geram fundada suspeita de que, solto, possa o paciente praticar novas transgressões ou mesmo prejudicar a coleta de provas, cuidando-se, portanto, de preservar a incolumidade pública, dando desde logo uma resposta para a violação da ordem jurídica, com a retirada do suspeito do convívio com os semelhantes, em prol da manutenção da estabilidade social. Concluiu que a detenção provisória assegura, ainda, a aplicação da lei penal, deixando desde logo o autuado à disposição da Justiça, já que, em caso de eventual condenação, provavelmente não será possível a concessão de qualquer benefício, em vista da pena prevista para o tipo ora analisado, considerando a quantidade e a variedade de drogas, o que pode fundamentar, em tese, o afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sendo a custódia imperativa para a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal (fls. 67/70 do feito de origem).

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

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

Assim, “(...) não é necessário que o despacho que decreta a

prisão preventiva seja extenso, ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e materialidade, além da indispensabilidade da segregação do agente” (STJ, HC nº 2678/ES, 5ª Turma, p. 231 e RHC 3801-2/MT).

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

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

Nesse sentido:

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

Ainda: *“(…) muito embora a gravidade do crime seja*

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

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

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

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

No mais, a ordem deve ser denegada.

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

Não bastasse, é de se ter presente que está sendo investigado pela prática de crime grave – tráfico ilícito de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), além de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/2003), em concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal) – e que, sabido à sociedade, é fomento da prática de crimes gravíssimos como furtos, roubos, latrocínios e homicídios, provocando pânico e temeridade social, a recomendar a observância das medidas assecuratórias da aplicação da lei penal, não sendo recomendado que responda em liberdade o processo.

De qualquer forma, em virtude da imprescindibilidade de sua custódia cautelar, sobretudo, para a garantia da ordem pública, que certamente restaria comprometida, caso fosse colocado em liberdade, assertiva que se faz com base na indiscutível periculosidade, diagnosticada, concretamente, a partir do grave fato imputado e, em especial, das particulares circunstâncias que os permeiam, dentre as quais merecem destaque, a significativa quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, consistentes em 3.999g (três mil e novecentos e noventa e nove gramas) de cocaína, em massa líquida, na forma de 4 (quatro) "tijolos", e 1.899g (mil, oitocentos e noventa e nove

gramas) da substância *tetrahydrocannabinol* (THC), vulgarmente conhecida como “maconha”, compactadas na forma de 2 (dois) "tijolos" (auto de exibição e apreensão, laudo de constatação e fotografias às fls. 31, 36/37 e 38/39, respectivamente), contexto que justifica a manutenção da medida extrema.

Por pertinente:

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

Assim, a despeito da primariedade do paciente (fls. 86/87), desde que a permanência em liberdade possa dar motivo a novos crimes ou cause repercussão danosa no meio social, cabe ao magistrado manter a custódia cautelar como garantia da ordem pública, constituindo em verdadeira medida de segurança.

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

Cabe anotar que a pena máxima - cominada em abstrato aos

delitos em questão - ultrapassa quatro anos de reclusão, o que autoriza a custódia cautelar para assegurar a aplicação da lei penal.

Aliás, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

“(...) as recentes modificações introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 nos dispositivos que regulam a prisão cautelar não constituem óbice à permanência do paciente no cárcere, uma vez que está sendo acusado da prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.” (HC nº 2213413-77.2014.8.26.0000, Rel. Marco Antônio Marques da Silva, 6ª Câmara Criminal, j. 04/12/14).

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

De acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal, se em caso de prisão em flagrante, não se evidenciarem os elementos que autorizam a prisão preventiva, será concedida liberdade provisória. A prisão só será mantida pela autoridade judicial se necessária, o que será decidido conforme os critérios estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Se presentes os elementos que autorizariam a prisão processual preventiva.

A regra constitucional é que os indivíduos fiquem em liberdade até que sobre eles recaia sentença condenatória transitada em julgado. Para que esse direito individual seja afastado é imperioso que

exista um quadro fático a demonstrar que a prisão (processual) do indivíduo é necessária, imprescindível, inadiável, ainda que tenha sido preso em flagrante. No flagrante, o *fumus boni iuris* via de regra está presente, sendo a própria razão desta modalidade de prisão. Com o *periculum libertatis*, a prisão processual, medida cautelar que é, demanda a presença simultânea dos dois requisitos, de modo que, ausente um, é ela incabível.

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

Assim:

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

"As circunstâncias da primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa, por si só, não constituem motivos bastante para elidirem a decretação da medida extrema, quando esta se reveste

dos elementos necessários e devidamente fundamentada na lei penal e na conveniência da instrução criminal." (STJ, HC 991/TO, Rel. Ministro Flaquar Scartezzini, Quinta Turma, DJU 09/03/1992).

Acerca disso, o Pretório Excelso também já decidiu:

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

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

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

A propósito:

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

26/04/94, DJ 16/09/94, p. 24267).

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

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

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

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não é ilegal o encarceramento provisório

decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto dos fatos delituosos, cifrada na quantidade e variedade da droga apreendida (...). 2. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública. 3. "Impossível asseverar ofensa ao 'princípio da homogeneidade das medidas cautelares' em relação à possível condenação que o paciente experimentará, findo o processo que a prisão visa resguardar. Em habeas corpus não há como concluir a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado" (RHC 74.203/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016). 4. Recurso desprovido." (STJ, HC nº 91.944/MG, Rel.^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 07/12/2017, DJe de 15/12/2017).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. [...] PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODUS OPERANDI. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 3. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A SOLTURA DO ACUSADO. 4. MEDIDAS CAUTELARES. LEITURA DO ART. 310, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE. 5. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...] 4. *As condições pessoais favoráveis do agente, tais como primariedade e residência fixa não são suficientes para garantir a revogação da custódia cautelar, se há nos autos elementos que recomendam a sua manutenção.* 5. *Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico.* 6. *Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.*” (STJ, HC nº 222.887/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 29/03/2012).

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

É o que se extrai da jurisprudência do Colendo STJ:

“Como é de curial sabença, não cabe a esta Corte Superior, em um exercício de futurologia, determinar, de antemão, eventual pena ou regime a ser fixado em desfavor do paciente. A concreta aplicação da pena, em caso de condenação, é um exercício que compete ao magistrado por ocasião da prolação da sentença, com a devida análise do conjunto probatório, inviável de ser realizado nesta estreita via,

motivo pelo qual a decretação da prisão preventiva não acarreta, por si só, violação ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares.” (AgRg no RHC nº 141.140, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. em 23/02/2021).

Ainda:

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

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

“Não há que se falar em desproporcionalidade da medida constritiva com base em futura e hipotética pena a ser fixada em regime mais brando, na medida em que somente após a instrução do feito é que poderá o magistrado de piso, em caso de condenação, estabelecer o regime inicial sendo de todo descabida a aferição neste momento

processual e na presente via.” (AgRg no HC 741145/SP, Ministro Relator JESUINO RISSATO [Desembargador Convocado do TJDF], QUINTA TURMA, j. em 07/06/2022).

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

Noutro vértice, quanto ao fato de o paciente ser pai de 3 (três) meninas, que dependem financeiramente dele, para subsistência (certidões de nascimento e RG às fls. 101 e 102), tal circunstância não infirma a necessidade da segregação cautelar.

É cediço que a presença paterna é importante ao desenvolvimento afetivo e emocional dos filhos, contudo, insta salientar que não restou comprovada, de forma inequívoca, a imprescindibilidade da presença do paciente no cuidado das crianças, sendo insuficiente para esse fim, com todo respeito, a simples apresentação de certidões de nascimento, não havendo evidências de que seja o único provedor de sua família.

Assim, não obstante o louvável esforço dos ilustres defensores, incabível, à hipótese, a liberdade provisória ou mesmo a concessão da prisão domiciliar ao paciente.

Conquanto se trate de delito, em tese praticado, levado a cabo sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, inviável a revogação da custódia cautelar, visto que as circunstâncias do caso concreto justificam a manutenção da prisão preventiva como meio de garantir a ordem pública, não se vislumbrando a coação ilegal capaz de justificar a concessão da ordem.

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

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

PAULO ANTÔNIO ROSSI
RELATOR