



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000779905

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2189599-55.2022.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é paciente BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA e Impetrante DIEGO VIDALLI DOS SANTOS FAQUIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram da impetração em favor do paciente BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA, e concederam a ordem, confirmando-se a liminar concedida nas folhas 153/161 dos autos, mantendo-se a liberdade provisória do paciente e as medidas cautelares fixadas no despacho supramencionado, das quais, por certo, já foi intimado, com início de cumprimento (alvará de soltura cumprido, às folhas 203/205 dos autos principais) 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), SÉRGIO MAZINA MARTINS E JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 26 de setembro de 2022.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus Criminal nº 2189599-55.2022.8.26.0000

Impetrante: Diego Vidalli dos Santos Faquim – Adv.

Paciente: BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA

Comarca: São José do Rio Preto – 2ª Vara Criminal

Voto nº 6204

Habeas Corpus – Tráfico de entorpecentes – Paciente primário – Quantia expressiva de drogas apreendidas, sozinha, não pode motivar uma prisão preventiva – Decreto prisional com fundamentação relacionada apenas à gravidade abstrata do delito – PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – Liminar confirmada, mantendo-se as medidas cautelares anteriormente fixadas – ORDEM CONCEDIDA.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Advogado, Dr. Diego Vidalli dos Santos Faquim, OAB/SP nº 449.406, em favor de **BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA**, que figura como paciente, no qual aponta como autoridade coatora o(a) MM. Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, nos autos de nº 1501433-68.2022.8.26.0559, pela conversão do flagrante em prisão preventiva do paciente, com alegação de que a prisão é desnecessária e ilegal.

Relata que o paciente foi preso em flagrante, junto a outros indivíduos, acusado da suposta prática do delito capitulado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 (folhas 01/94 dos autos principais).

Sustenta, em apertada síntese, e inicialmente, que o flagrante foi ilegal, pois o paciente não teve suas garantias constitucionais asseguradas, especialmente o direito ao silêncio; que a ação e abordagem policial não foi gravada em vídeo; que o paciente negou ser comerciante ilícito de drogas; que, também, a prisão foi baseada, principalmente, na gravidade abstrata do delito; que os requisitos da prisão preventiva não estão presentes; que trata-se de paciente primário, com residência fixa e ocupação lícita; que, no caso, a prisão é desproporcional, em razão da quantidade de droga apreendida; que os indícios são frágeis; que está presente a presunção de inocência; que as medidas cautelares diversas sequer foram aventadas; que a gravidade dos fatos está dentro da normalidade do tipo penal; que a decisão pela prisão não se mostra fundamentada; que uma futura e eventual pena a ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aplicada no caso concreto já indica a desproporcionalidade da medida restritiva de liberdade; que, ainda, no tocante aos outros acusados, houve invasão de domicílio pelos policiais.

Pleiteia a concessão de liminar, relaxando-se o flagrante, em razão das inconstitucionalidades e ilegalidades acima apontadas; ou, para que o paciente aguarde em liberdade o término do processo, vez que demonstrada a ilegalidade do constrangimento imposto, ou sejam aplicadas medidas cautelares diversas, concedendo-se, ao final, a ordem de *Habeas Corpus*.

A liminar foi deferida nas folhas 153/161 deste feito, com imposição de medidas cautelares diversas; oportunidade em que determinei a requisição de informações à autoridade coatora, sendo que as informações foram prestadas nas folhas 166/167.

Em seguida, os autos foram remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que em seu parecer de folhas 170/175, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

A situação fática denota que era mesmo o caso de se conceder a ordem, devendo a liminar ser confirmada, em que pesem os judiciosos argumentos da Douta Procuradoria Geral de Justiça.

O Advogado Impetrante insurgiu-se contra ato do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto, consistente na irregularidade da prisão em flagrante do paciente e na conversão desse flagrante em prisão preventiva, alegando que esta se mostra desnecessária no presente caso, por não estarem presentes os requisitos legais, vez que o decreto prisional não se encontra devidamente fundamentado, baseando-se na gravidade abstrata do delito.

Sobre a prisão preventiva, assim dispõe o Código de Processo Penal:

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,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Admite-se a prisão preventiva, dentre outras hipóteses, no seguinte caso:

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;

Inicialmente, no caso em tela, passa-se à apreciação dos fatos de acordo com sua dinâmica, pois, primeiramente houve a abordagem policial ao paciente **BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA** que estava acompanhado, num veículo, pelo indiciado **GABRIEL PEREIRA DE MOLLA**, este ao volante do carro; depois, em continuidade investigativa, por indicação de Breno e Gabriel Pereira, os policiais compareceram à residência do indiciado GABRIEL FERREIRA DE SOUSA, este acompanhado do indiciado **HUGO LEONARDO DA SILVA**. Assim, como primeira parte, tratamos da abordagem ao paciente e ao outro indivíduo Gabriel Pereira.

Nesse ponto, **não** há que falar em ilegalidades ou inconstitucionalidades na abordagem policial e na prisão em flagrante. **Todas** as garantias constitucionais foram apresentadas e asseguradas ao paciente e aos outros indivíduos, no auto flagrancial, perante a Autoridade Policial. De logo, adianta-se que a referida **gravação da atuação policial será sempre efetuada, quando possível**, não sendo este um mandamento constitucional. Sua falta não acarreta nulidade do flagrante. Aqui, observa-se nas peças do auto flagrancial que **perante o Delegado de Polícia, no Distrito Policial**, momento correto de oferecimento e garantia de direitos, pois é nesse momento que o indivíduo pode, livremente, oferecer sua versão dos fatos, repita-se, todas as garantias constitucionais e processuais penais foram **asseguradas e claramente apresentadas ao paciente (folha 13 dos autos principais)** e aos outros três indivíduos (folhas 09, 11 e 14 dos autos principais):

*“Sabendo ler e escrever. Preliminarmente **foi o(a) interrogado(a) cientificado(a) pela Autoridade Policial quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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(a) da imputação que lhe é feita e das provas contra si existentes, ao ser interrogado(a) pela Autoridade Policial, às perguntas respondeu: QUE Que possui o telefone celular 17-99251-9969. Possui email, mas não sabe informar neste momento. Que ratifica integralmente seus dados qualificativos e de endereço, acima informados. Não possui advogado para constituir e lhe acompanhar neste ato. Mesmo assim foram disponibilizados ao interrogando todos os meios existentes para que assim o fizesse. Solicitou que sua mãe fosse avisada a respeito de sua prisão, o que foi feito através do telefone 17-99107-9526, sendo cientificada a sua mãe DANIELE. Da mesma forma, foram disponibilizados ao interrogando todos os meios existentes nesta Delegacia para que pudesse avisar um outro familiar ou qualquer outra pessoa. Foi cientificado a respeito de todos os seus direitos constitucionais, inclusive o de permanecer em silêncio. Foi cientificado que os policiais militares que efeturam sua prisão condução são OSVALDO BROLINI JUNIOR e MARCELO PEREIRA PINTO” (grifamos – folha 13 da origem).

Visto isso, como já disposto no despacho de folhas 153/161, trata-se de paciente **preso em flagrante, junto a outros indivíduos** (folhas 01/94 da origem), sob acusação da prática do delito do **artigo 33 da Lei nº 11.343/06**. Contudo, em análise aos autos, verifica-se que **para o paciente BRENO**, se encontram presentes os elementos necessários para a concessão da soltura processual.

Isto porque o paciente é **primário (folhas 95/97 da origem)**, e a cena delituosa descrita e registrada pelos policiais, é que (folhas 05/06 e 07/08 da origem):

*“estava em serviço junto com a sua equipe, compondo o BAEP 32 (viatura E09103), e estavam **em patrulhamento** pelo Bairro Mais Viver, e quando passaram pela Avenida Jovita Nogueira de Azevedo, percebeu que havia um HB20 cor branca, com placas FDB2F88 parado com dois indivíduos em seu interior. Pararam a viatura próximo e aí sentiu um cheiro estranho, parecendo maconha, quando os indivíduos perceberam a viatura policial e ficaram nervosos, olhando para os lados, demonstrando inquietação; que foram abordados e logo eles confirmaram que estavam fumando um baseado; foram identificados **Gabriel Pereira Molla**, apresentando-se como proprietário do veículo e o outro, que estava do lado do passageiro, identificou-se como **Breno Victor Lobanco da Silva**; que não encontraram ali naquele momento resquício ou fragmento de maconha, apesar do **cheiro característico**. Ambos disseram que já havia consumido a droga; que perguntaram se havia mais algo de ilícito, acabaram confirmando que tinha droga, citando que eram dois tijolos*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de maconha e que estavam ali para fazer a entrega, sem dizer para quem e receberia duzentos reais para fazer essa entrega; que em vistoria veicular encontram numa bolsa de cor preta e cinza, que estava no banco de trás, contendo dois tabletes de substância com aparência de maconha; que em revista pessoal com Gabriel encontrou um invólucro transparente tipo zip-lock contendo substância com aparência de maconha no bolso de sua bermuda. No carro estava a carteira pertencente a Gabriel contendo trezentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos, e também seu aparelho celular uma marca Redmi note, modelo 10; sobre a origem do dinheiro Gabriel nada informou; na revista pessoal a Breno nada de ilícito foi encontrado, apenas seu aparelho celular Redmi note de cor azul modelo 7A; que em conversa com Gabriel ele acabou indicando, de forma espontânea, que tinha acabado de pegar a droga de BÊ, que era seu conhecido. Breno confirmou que receberia o dinheiro e fez porque estava precisando; disseram que ele morava num predinho na Rua Direitos Humanos; que perguntou a Gabriel como era esse tal de BE, ele respondeu somente que se tratava de um rapaz moreno e alto. O declarante então fez contato com o sargento Marcelo e sua equipe (BAEP33 – Viatura E09102) se ele tinha como ir até lá no predinho e tentar encontrar a pessoa conhecida como BE e confirmar ou não a situação, ele concordou; que continuado nas suas diligências, e com a localização do entorpecente, deram voz de prisão a ambos e foram eles conduzidos ao Plantão Policial; que fizeram upo de algemas para evitar o risco de fuga e preservar a integridade física dos envolvidos; que o veículo foi trazido e apresentado para deliberação; que enquanto se deslocava segundo Marcelo lhe contou que percebeu que próximo a um bar de frente ao predinho tinha dois rapazes, e logo que viram a viatura se levantaram e foram sentido ao fundo do bar e o que chamou sua atenção foi que um deles estava vestindo uma camiseta de cor azul com um escrito na baixo na parte a traz “#BEE#”, ao que logo percebeu que poderia ser a pessoa indicada; que conseguiram abordar os dois, sendo identificados Gabriel Ferreira de Souza, conhecido pelo apelido de “BEE” e o outro Hugo Leonardo da Silva; que em entrevista eles responderam que ambos moravam nos predinhos ali próximos e assim que foram indagados sobre a existência de algo de ilícito no local eles acabaram confirmando que havia droga; que autorizada a entrada eles foram até lá e indicaram onde estava a droga, sendo no interior do apartamento, um tijolo de maconha e mais alguns fragmentos, e ainda uma balança; que eles também indicaram o quarto de BEE dizendo que haveria uma arma de fogo. Fizeram a busca e encontraram uma arma de fogo tipo revólver calibre 38 inox e munição. Que logo que terminaram as diligências encaminharam os dois averiguados para a delegacia; consigna o depoente que todos os quatro indivíduos tiveram suas integridades físicas preservadas e não ostentam qualquer ferimento; quanto aos dois primeiros abordados pela sua equipe não foram encontrados registro criminais, e quanto aos outros dois soube que já possuíam passagem criminal. Diante dos fatos e situação apresentada, realizaram uso de algemas visando evitar a fuga, bem como para preservar a integridade física dos envolvidos, permanecendo ele algemados durante a apresentação nesta Central de Flagrantes” (grifamos).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ouvido, após lhe terem sido assegurados seus direitos, **Breno admitiu** os fatos como acima narrados, dessa forma (folha 13 dos autos principais):

“Quanto aos fatos, o interrogando informa que nesta data, estava com seu conhecido GABRIEL PEREIRA DE MOLA, e iriam efetuar a entrega de dois tijolos de maconha. Informa que iriam ganhar duzentos reais cada um, para fazer a entrega dos tijolos de droga. Informa que “pegaram a droga” com um conhecido, de apelido BE, no apartamento dele. Estavam com o carro de GABRIEL, um HB 20 branco. Quando pegaram a droga com BE, ele estava sozinho no apartamento dele. Não sabe o nome completo de BE. Não conhece o outro homem que foi preso com BE. Nunca foi preso ou processado. Esta é a primeira vez que realiza transporte de drogas. Nunca vendeu drogas antes. Indicaram aos policiais o local onde BE reside. Nega fornecer qualquer outra informação a respeito dos fatos”.

O co-acusado **Gabriel Pereira** da Molla, no auto flagrancial, após lhe terem sido assegurados seus direitos, **confirmou a versão de Breno** (folhas 14/15 da origem).

Ponto de toque da impetração e que deve ser apontado, é o fato de **não** se observar, a princípio, uma ligação maior entre o paciente e o co-acusado Gabriel Pereira com os outros dois acusados, Gabriel Ferreira e Hugo, estes detidos em continuidade de investigações, a partir da prisão do paciente Breno e do co-acusado Gabriel Pereira. Aqui, destaca-se que **não** se trata de invadir a apreciação e valoração probatória, mas de verificação de indícios suficientes para manutenção de uma prisão cautelar. **Não** se observa, num primeiro momento, que os quatro indivíduos estavam agindo de forma organizada na busca de vantagem mútua no comércio ilícito de entorpecentes.

Quanto aos co-acusados Gabriel Ferreira de Sousa e Hugo Leonardo da Silva, ambos **negaram** qualquer traficância de drogas, sendo que Gabriel Ferreira apenas admitiu a posse da arma de fogo (folhas 09/10 e 11/12 da origem).

Assim, passa-se à apreciação da situação do paciente.

É certo que não se demonstrou ocupação lícita do paciente Breno; contudo, também **não** se detecta nenhum ato efetivo de traficância **habitual e recorrente** por parte do paciente. **Não** se vislumbram elementos aptos a indicar uma gravidade concreta que justifique o cárcere, como um envolvimento **profundo e**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relevante de Breno Victor com o tráfico, por exemplo, ainda que **com ele** tenha sido apreendida quantidade relativamente expressiva de drogas (02 tabletes de maconha, com peso aproximado de 1.900 gramas – auto de apreensão e laudo de constatação de folhas 28/30 e 36/41 da origem), além de uma quantia em dinheiro.

A outra parte da maconha – cerca de 490 gramas (auto de apreensão e laudo de constatação de folhas 28/30 e 36/41 da origem) – foi apreendida no apartamento do co-acusado Gabriel Ferreira de Sousa, onde também foram apreendidos petrechos usados para embalagem e individualização da droga e uma arma de fogo.

Além disso, a decisão impugnada (**folhas 148/149**), **nada** aduziu que efetivamente demonstrasse, de forma concreta, a presença de alguma situação específica que pudesse servir de base para a medida prisional cautelar **do paciente**, justificando a necessidade do cárcere pela **gravidade em abstrato do delito de tráfico**, o que não se admite. Apenas o fato do paciente ter **admitido** que seria pago para entregar a droga apreendida a um terceiro, também não é suficiente para a manutenção da prisão.

Em situação semelhante, recentemente decidiu o Eminentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao conceder a ordem, de ofício, no *Habeas Corpus* nº 543.761-SP:

"(...) Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015; e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.

No particular, em uma análise do inteiro teor da decisão singular (e-STJ fls. 78/91), não se verifica a presença de elementos concretos, colhidos dos autos, valorados pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade. Como visto, o paciente foi preso na posse de diversas porções dos entorpecentes, totalizando 35,9g de maconha, 7,3g de cocaína e 19,8g de crack. Nesse contexto, embora a quantidade e variedade de drogas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreendidas e as demais circunstâncias do fato acenam para a existência de indícios de cometimento do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, não se pode deixar de levar em consideração que, em sede de segregação cautelar, não bastam a materialidade do crime e os indícios de autoria. Devem ser ponderados, especialmente, os critérios da necessidade e adequação.

Assim, em que pese o breve relato das circunstâncias fáticas que supostamente envolveram o fato criminoso, efetivamente não foram apontados elementos concretos relevantes que demonstrassem uma periculosidade exacerbada do paciente e a imprescindibilidade da medida para a garantia da ordem pública. Ademais, afirmações genéricas e abstratas a respeito da intranquilidade que o delito em questão causa na sociedade não são bastantes para justificar a custódia preventiva."

Em que pese a existência de indícios de autoria e de materialidade delitiva, esses não são os únicos elementos necessários para se decretar a prisão preventiva de uma pessoa. Conforme dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, o decreto pode ser realizado para "*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*", contudo, é necessário que seja **devidamente fundamentado com base na gravidade do caso concreto, não na gravidade em abstrato do tipo penal imputado ao paciente**, como definido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático HC nº 98.821-CE, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, e como reiteradamente tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (vide HC nº 448.362/SP, e HC nº 531.614 /SP, ambos de relatoria do E. Min. Nefi Cordeiro).

Não faria sentido, desta forma, estando ausentes os requisitos para a custódia cautelar, manter o paciente no cárcere, vez que é primário e sem maus antecedentes, encontrando-se preso sem que estejam efetivamente presentes os requisitos legais. E o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal determina que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões [...]*".

O mesmo se extrai da doutrina:

"No que toca ao periculum libertatis, a fundamentação deve contemplar explicitamente os fatos em que se assenta a necessidade da adoção da medida, [...] a mera repetição das palavras da lei ou o emprego de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coadunam com a gravidade e o caráter excepcional da medida" (GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; FERNANDES, Antonio Scarance; e FILHO, Magalhães Gomes: As Nulidades no Processo Penal, 10ª ed., RT, S. Paulo, 2008, pág. 349/350).

Nos presentes autos, era mesmo caso de se conceder a liminar,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a qual será confirmada, pois o decreto prisional apresentou fundamentos genéricos, baseando-se na gravidade em abstrato do delito imputado ao paciente. Nas já mencionadas informações, também não constam dados suficientes que pudessem indicar no sentido oposto (folhas 166/167), tampouco foram apresentados outros motivos para a manutenção do paciente no cárcere.

Aqui, repete-se: a decisão impugnada (folhas 148/149) nada aduziu que efetivamente demonstrasse, de forma **concreta**, a presença de alguma situação específica e atual que pudesse servir de base para a medida prisional cautelar do paciente. A conduta imputada ao paciente foi observada **num único dia, em uma oportunidade**. Ou seja, não se mostra, com suficiência, a necessidade imperiosa da manutenção da prisão preventiva.

Também, é de bom alvitre repetir que **não** se detecta nenhum ato efetivo de traficância **habitual e recorrente** por parte do paciente.

Portanto, **não** há elementos que indiquem a prática da traficância reiterada, de modo qualificado ou mais gravoso, tampouco há informação de que o paciente integraria organização criminosa ou se dedicasse a atividade criminosa.

A conduta imputada ao paciente não externou gravidade diferenciada da prevista no tipo penal, sendo que a hediondez equiparada do delito por si só não justifica a manutenção no cárcere.

Deve-se observar que a medida cautelar a ser adotada seja proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor da ação penal, não sendo admissível que a restrição de liberdade, durante um processo em que não se vislumbra uma gravidade concreta, seja mais severa que a sanção que será aplicada no final do processo, caso o pedido formulado pelo autor da ação penal seja julgado procedente, exigindo-se proporcionalidade entre o que está sendo dado e o que será concedido.

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende adequada a fixação de medidas cautelares diversas da prisão quando se trata de indiciado primário com imputação da prática de tráfico de drogas, como no caso. Isto conforme julgamento ocorrido em 17/09/2019, nos autos do *Habeas Corpus* nº 525.761/PR, cuja a ementa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

segue abaixo transcrita:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, DESOBEDIÊNCIA E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARGUMENTOS GENÉRICOS. GRAVIDADE ABSTRATA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. VALORAÇÃO POSITIVA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. O exame de ofício do constrangimento ilegal indica que o decreto prisional carece de fundamentação idônea. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação individualizada e concreta, apta a justificar a segregação, tendo se limitado a descrever a adequação típica da conduta do paciente e a necessidade de garantia da ordem pública, além da gravidade abstrata do delito. 4. A necessidade de garantia da ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociadas de quaisquer elementos concretos e individualizados que indicassem a necessidade da rigorosa providência cautelar, não constituem fundamentação idônea para justificar a medida extrema, especialmente diante das (i) condições pessoais favoráveis do paciente (primariedade) e da (ii) quantidade de substância entorpecente apreendida (48 gramas de maconha). Constrangimento ilegal configurado. 5. As condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, como ocorre no caso em apreço. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, sob a imposição da medida cautelar diversa da prisão previstas no art. 319, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo local, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, bem como da decretação de nova custódia, desde que devidamente fundamentada".

Assim, o que se observa, até o momento, é que em caso de eventual condenação, o paciente pode vir a ser apenado de maneira que não permaneça no sistema prisional, **fato que não pode ser ignorado pelo julgador**, não se justificando a excessiva cautela de manter preso o paciente, mostrando-se desproporcional e ilegal, portanto, mantê-lo no cárcere até o julgamento do processo.

Este é o entendimento firmado por esta Colenda 12ª Câmara



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Criminal em diversos feitos, destacando-se os seguintes, para demonstração:

"*In casu*, conforme se verifica no sistema *Intinfo* nesta data, o paciente é primário, de bons antecedentes, com endereço certo nos autos e exercendo o labor de marceneiro. Respeitado o entendimento do d. juízo *a quo*, não foi apreendida exagerada quantidade de entorpecentes em seu poder. Logo, em hipótese de condenação, o prognóstico de pena a ser aplicada é favorável, o que certamente acarretará a fixação de regime diverso do fechado, de modo que demonstrada a desproporcionalidade da segregação cautelar. Nesses termos, entendo que, excepcionalmente, mostra-se recomendável a substituição da prisão preventiva pela medida cautelar prevista no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal (comparecimento mensal em juízo e proibição de se ausentar da Comarca sem autorização do juízo)." (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2171409-49.2019.8.26.0000; Relator (a): Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Hortolândia - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 11/09/2019);

"Assim, nada havendo nos autos a infirmar a primariedade do paciente e pouco expressiva a quantidade de entorpecentes apreendida, é de se presumir que, em eventual condenação, faça jus à causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e, por conseguinte, não permaneça encarcerado, já que cabível, em tese, o benefício ora autorizado. Diante disso, parece evidente que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e, em decorrência, possível a concessão da liberdade provisória.

A custódia cautelar, medida excepcional que é, deve sempre estar fundada nos critérios de utilidade e necessidade, consoante balizas fornecidas pelo art. 312 do Código de Processo Penal, sem os quais adquirirá feição de inegável constrangimento ilegal. Ora, não se percebe qual seria a utilidade ou necessidade de manutenção da prisão de acusado que se sabe não permanecerá detido após eventual e desfavorável pronunciamento judicial definitivo, a não ser que se confira inaceitável caráter punitivo à prisão provisória, com flagrante violação a garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, incisos LXI, LXII, LXV, LXVI, da Constituição Federal)." (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2163989-90.2019.8.26.0000; Relator (a): Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Monte Mor - Vara Única; Data do Julgamento: 28/08/2019; Data de Registro: 28/08/2019);

"Inegável que o crime em questão é grave. Contudo, conforme se constata, não há indicação de um dado concreto sequer apto a justificar a decretação da medida. Evidente que se deve considerar a paciente é primária, tendo sido com ela apreendido pouco entorpecente, havendo a possibilidade de, caso condenada, o regime prisional imposto seja o mais brando ou, ainda, a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos." (TJSP; *Habeas Corpus* Criminal 2076132-06.2019.8.26.0000; Relator (a): João Morengi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araraquara - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019).

Além de todos esses elementos, não sobreveio qualquer situação que justificasse a cassação da liminar. Ou seja, não se observam impedimentos à soltura processual. Tudo isso indica que sua permanência em liberdade não apresenta risco à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal, ao menos por ora.

Por fim, no tocante a mencionada invasão de domicílio
Habeas Corpus Criminal nº 2189599-55.2022.8.26.0000 -Voto nº 6204 12



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

relativamente à segunda parte da atuação policial, já na incursão ao apartamento do co-acusado Gabriel Ferreira de Sousa, esta **não** se verifica; nesse ponto, **não** se observa qualquer ilegalidade ou irregularidade. Houve **fundadas suspeitas e razões**, para a entrada na residência de Gabriel Ferreira, na busca de mais droga e/ou outros objetos relacionados ao delito, pois **foi após abordagem e prisão em flagrante do paciente e outro indivíduo, os quais indicaram aos policiais tal local e quem lhes havia entregado a droga para posterior entrega a um terceiro. Ou seja, havia uma fundada suspeita para a abordagem e ingresso na residência de Gabriel Ferreira**, assim como narrado pelos policiais (declarações acima compiladas).

Não obstante, as medidas cautelares fixadas no despacho de folhas 153/161 serão integralmente mantidas, para garantir a vinculação do paciente com o distrito da culpa.

Ante o exposto, **conhece-se** da impetração em favor do paciente **BRENO VICTOR LOBANCO DA SILVA**, e **CONCEDE-SE a ordem, confirmando-se a liminar concedida nas folhas 153/161 destes autos**, mantendo-se a liberdade provisória do paciente e as medidas cautelares fixadas no despacho supramencionado, das quais, por certo, já foi intimado, com início de cumprimento (alvará de soltura cumprido, às folhas 203/205 dos autos principais).

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator