



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0001012584

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2271623-14.2020.8.26.0000, da Comarca de Socorro, em que é impetrante CRISTIANE ZAVANELLA DE SOUSA OLIVEIRA e Paciente JOSÉ CIRSO SOUZA MACIEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **concederam, por v.u., a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva a qual é substituída por medidas cautelares alternativas que serão especificadas pela autoridade judiciária. A decisão prevalece até o final do processo de conhecimento, salvaguardada a hipótese de alteração da situação jurídico-processual que, a critério da autoridade judiciária, justifique a alteração do cenário das medidas cautelares pessoais.**

Expeça-se alvará de soltura clausulado., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 11 de dezembro de 2020.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 1745

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2271623-14.2020.8.26.0000

Paciente: José Cirso Souza Maciel

Impetrante: Cristiane Zavanella de Sousa Oliveira

Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Socorro

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Constrangimento ilegal. Ilegalidade nos procedimentos de ingresso na residência. Não realização de audiência de custódia. Liminar indeferida.

1. Elementos informativos que indicam ter o ingresso no domicílio se dado após prévia autorização do morador. Situação que, a princípio, encontra assento constitucional. Ilegalidade não evidenciada.

2. Não realização de audiência de custódia. Impossibilidade diante das medidas de emergência sanitária impostas em virtude da pandemia do Coronavírus. Suspensão dos atos processuais presenciais. Resguardo da integridade física de todos os atores do processo, inclusive os réus presos. Situação excepcional. Controle judicial que se realizou de forma imediata e com observância dos procedimentos legais. Ilegalidade não reconhecida.

3. Prisão preventiva. Decisão carente de fundamentação. Não indicação dos elementos concretos que apontem para a necessidade e a indispensabilidade da custódia cautelar. Decisão que faz referência à existência de mandado de prisão expedido por outro juízo. Fundamentação insuficiente. A natureza cautelar da prisão preventiva supõe observância da instrumentalidade e vinculação ao processo que se busca resguardar com a medida extrema. Ausência completa de fundamentos para a imposição da prisão.

4. Não cabe ao Tribunal indicar os fundamentos para a imposição da prisão preventiva em sede de *habeas corpus* quando não apresentados pela autoridade judiciária. A ação constitucional é desenhada para a tutela da liberdade e enfrentamento de ilegalidade da prisão. Impossibilidade de inovação dos fundamentos do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**decreto da prisão preventiva.
5. Ordem concedida.**

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela advogada **Cristiane Zavanella de Sousa Oliveira**, em favor de **JOSÉ CIRSO SOUZA MACIEL**, contra ato do **MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Socorro**, consistente na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Segundo a impetrante, o paciente foi preso em flagrante, no último dia 08 de novembro, em razão de suposto envolvimento em crimes de tráfico de drogas e corrupção de menores. Alega que a ação teria sido conduzida por guardas civis metropolitanos que teriam adentrado à residência ocupada pelo paciente sem que estivessem munidos de mandado de prisão ou mesmo de mandado de busca e apreensão. Nesse sentido, considera ter sido a prisão em flagrante marcada pela ilegalidade. Não obstante, ataca os procedimentos que se sucederam em especial a não realização de audiência de custódia. Afirma que o ato constitui um direito subjetivo do paciente conforme consagrado pela Resolução 213 de 2015 do Conselho Nacional de Justiça e regulamentado pela Lei 13.964/19. Postula, destarte, pela concessão da ordem para revogação da prisão preventiva do paciente com a expedição do alvará de soltura (fls. 01/07).

Indeferida a liminar (fls. 79/82), a autoridade judiciária apresentou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 85). A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Jorge Assaf Maluly, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 88/104).

Eis, em síntese, o relatório.

Pelo que se infere dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no último dia 08 de novembro, em razão da suposta prática de tráfico de drogas e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

corrupção de menores. De acordo com os elementos informativos colhidos na fase preliminar da persecução, guardas civis metropolitanos receberam denúncia anônima dando conta de que o paciente, procurado pela Justiça em virtude de mandado de prisão expedido por outra unidade federativa por suposto envolvimento em estupro, encontrava-se no bairro do meio, no município de Socorro. Os guardas foram até o local onde encontraram o paciente na via pública. Ao abordá-lo, ele teria confirmado a condição de foragido, bem como o envolvimento no tráfico de drogas. Ainda de acordo com o assinalado, o paciente teria autorizado o ingresso dos guardas civis em sua residência. Em buscas pelo imóvel, os guardas localizaram 14 (catorze) porções de maconha e 23 (vinte e três) porções de crack. Na mesma oportunidade, os guardas encontraram um adolescente, que lhes informou ser ajudante do paciente no preparo das drogas para a comercialização.

O paciente foi detido e apresentado à autoridade policial que ratificou voz de prisão em flagrante, lavrando, na sequência, o respectivo auto de prisão. Comunicada da custódia, a autoridade judiciária afirmou a legalidade e acolheu o requerimento do Ministério Público, convertendo a prisão em flagrante em preventiva.

Com o encerramento do inquérito policial, o Ministério Público ofertou denúncia, imputando ao paciente a prática do crime tipificado pelo artigo 33, caput, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/06 (fls. 90/93 dos autos principais). Recebida a denúncia (fls. 95 dos autos principais), o paciente foi notificado e apresentou resposta escrita (fls. 107-114 dos autos principais). A autoridade judiciária de primeiro grau enfrentou, de ofício, a aplicabilidade do *habeas corpus* coletivo 165.704 julgado pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 101 dos autos principais), oportunidade em que afastou os efeitos da ação constitucional ao caso. Aguarda-se a designação de audiência de instrução.

A ordem é concedida.

Pelo que se infere dos elementos informativos colhidos, o ingresso no domicílio do paciente deu-se após autorização do próprio morador, situação que afasta a necessidade de prévia expedição de mandado de busca e apreensão conforme proclamação constitucional (art. 5º, inciso XI). A certeza quanto à autorização ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mesmo o exame sobre o eventual desvio de função da parte dos guardas municipais são questões que demandam aprofundamento probatório a ser concretizado no curso da instrução processual em ambiente regado pelo contraditório. No âmbito restrito de análise do remédio heroico, inviável uma análise exauriente de elementos que se colocam ainda no campo da estruturação da justa causa para a ação penal.

No mais, não se vislumbra ilegalidade na ausência de realização de audiência de custódia.

Como é sabido, o estado de emergência sanitária decorrente da pandemia do coronavírus levou à suspensão da realização dos atos processuais presenciais. Nesse sentido, a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, orientou os juízes a substituírem a realização daquele ato pelo controle do flagrante mediante comunicação por escrito por parte da autoridade judiciária. Trata-se de medida absolutamente excepcional, informada pela necessidade de preservação da integridade física de todos os atores envolvidos na persecução penal, inclusive daqueles que se encontram presos. É uma forma provisória e emergencial de redução dos riscos epidemiológicos em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

De qualquer modo, o controle judicial sob a prisão em flagrante foi concretizado graças à comunicação imediata feita pela autoridade policial. Seguiu-se a manifestação do representante do Ministério Público e a decisão judicial. Assim, o objetivo último que seria o controle sobre os atos da Administração Pública em contexto de privação da liberdade independentemente de prévia ordem judicial foi realizado, mediante adaptação do procedimento ao contexto de emergência sanitária. Não há, dessa forma, ilegalidade a proclamar.

No que se refere à legalidade da prisão preventiva, quando da comunicação da prisão em flagrante, a autoridade judiciária assim deliberou:

(...)

Igualmente, incabível a concessão da liberdade provisória. Em que pese não haver nenhum apontamento na folha de antecedentes - cuja base de dados se restringe apenas ao Estado de São Paulo -, é certo que o indiciado possui contra si mandado de prisão, expedido pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Poder Judiciário de Rondônia, por delito de cunho sexual (fls. 24).

Verifica-se, pois, os elementos autorizadores da manutenção da custódia cautelar, razão pela qual, e nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, responderá preso(a) ao processo.

Por todo aduzido, e com esteio no artigo 310, inciso II, cc. 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA, como garantia da ordem pública, da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

(...)

A decisão ora atacada não apresenta qualquer fundamentação para a manutenção da custódia do paciente pelo processo que se instaurou. De fato, a autoridade judiciária limitou-se a fazer referência ao registro de mandado de prisão expedido por outra unidade federativa sem, contudo, indicar em que medida tal circunstância tornaria necessária e indispensável a manutenção da prisão pela imputação narrada no auto de prisão em flagrante.

De fato, não há qualquer menção às circunstâncias concretas que poderiam justificar a indispensabilidade da medida extrema. Ademais, sequer a referência ao tipo penal imputado - tráfico de entorpecentes - constituiria fundamento suficiente para o embasamento da prisão preventiva como, aliás, tem sido reiteradamente decidido pelos Tribunais. Nesse sentido:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. A decisão que convolou a prisão em flagrante em custódia preventiva limitou-se a indicar, de modo genérico, a presença dos vetores contidos na lei de regência, a hediondez e a gravidade abstrata do delito em tese perpetrado. Ademais, a análise das circunstâncias fáticas descrita na denúncia permite concluir que a quantidade de drogas apreendidas (1,8



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

g de crack) não é elevada a ponto de, isoladamente, evidenciar acentuada reprovabilidade na conduta do réu.

3. Recurso provido para, confirmada a liminar deferida, tornar sem efeito a decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia provisória caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

(STJ, RHC 109.559/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 21/11/2019).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...) 2. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. In casu, não foram apontados dados concretos que justifiquem a prisão cautelar. O magistrado singular utilizou, com relação ao ora paciente, apenas fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e baseou-se em elementos inerentes ao próprio tipo penal, deixando de observar o disposto no art. 312 do CPP. Nem mesmo a quantidade de entorpecentes apreendida - 38 gramas de cocaína - pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar do paciente.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente mediante a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

(STJ, HC 531.639/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019).

Por sua vez, a existência de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária de outra unidade federativa não torna obrigatória a manutenção da prisão em outro processo. Afinal, a prisão cautelar orienta-se pela instrumentalidade e pela vinculação ao processo no qual é concretizada. Cuida-se, portanto, de medida desenhada para o resguardo das finalidades do processo e que, de alguma forma, são comprometidas em razão de elementos concretos que põem em risco a ordem pública, a instrução processual ou mesmo a futura aplicação da lei penal. Nenhum destes aspectos foi indicado pela autoridade judiciária. A carência de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentação salta aos olhos.

Por outro lado, não cabe ao Tribunal, em sede de *habeas corpus*, inovar os fundamentos que orientaram a autoridade judiciária de piso a fixar a prisão preventiva. Do contrário, haverá clara violação às garantias da ampla defesa e do contraditório. Sem contar na própria subversão da lógica que informa o *habeas corpus*. Afinal, cuida-se de ação constitucional desenhada para a proteção da liberdade. No caso, o constrangimento funda-se na ausência de fundamentação. Não se pode, reconhecendo a carência de fundamentos suplantá-los em ação que, repita-se, orienta-se pelos horizontes da liberdade. Nesse sentido, aliás, já se decidiu:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO PREVENTIVO ABSTRATO. INIDONEIDADE. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO DECRETADA APÓS 1 ANO DOS FATOS. PERÍODO DECORRIDO SEM NOTÍCIAS DE CONTATO COM A VÍTIMA OU NOVAS INTERCORRÊNCIAS. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUFICIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF). Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

3. No caso, embora presentes elementos concretos que conferem gravidade à conduta, a decisão que decretou a custódia cautelar do paciente revela-se genérica, limitando-se a considerações sobre a insegurança social e os efeitos benéficos da prisão para a sociedade, fundamentos que não são aptos a justificar idoneamente a segregação.

4. O Tribunal a quo, por sua vez, complementou o decreto preventivo, expondo as circunstâncias concretas que fundamentariam idoneamente a prisão - o fato de o paciente ter dopado filha de seu colega de trabalho, de 15 anos, que prestava serviços domésticos em sua casa, e estuprado-a. Porém, não cabe



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

à Corte, em julgamento de habeas corpus, agregar novos fundamentos ao decreto preventivo.

5. Mencionou ainda, o magistrado, que "o réu, em liberdade e ciente da gravidade de sua conduta, pode esquivar-se da Justiça", circunstância que, em um primeiro momento, pareceu de fato se confirmar, já que o decreto de prisão restou não cumprido em 3/9/2020. Porém, a defesa juntou cópia de mandado de citação cumprido em 17/9/2020, na sua residência, afastando tal fundamento.

(...)

(STJ, HC 611877/SP, 5ª Turma, 13.10.2020).

De qualquer modo, o paciente é primário e não registra antecedentes criminais (fls. 41 dos autos principais). Ademais, a quantidade apreendida de drogas não é excessiva¹. As circunstâncias assim postas não descartam a plausibilidade de reconhecimento de figuras penais mais brandas na hipótese de afirmação da responsabilidade penal do paciente.

A possibilidade de delimitação de resposta punitiva menos severa, inclusive com a possibilidade de fixação de regimes prisionais diversos do fechado, fragiliza o argumento da indispensabilidade da prisão preventiva. É a consagração do princípio da proporcionalidade em sua vertente impeditiva do excesso.

Dito de outra forma, as medidas cautelares em geral, e a prisão preventiva em especial, submetem-se ao princípio da proporcionalidade. Assim, a restrição da liberdade no curso da marcha processual não pode implicar situação mais gravosa do que aquela que se projeta na hipótese de procedência da ação penal condenatória. A homogeneidade da medida é a exata proporcionalidade que deve pautar o que se pede na pretensão acusatória e o que se indica como provável tutela jurisdicional de mérito.

A concessão da ordem é, destarte, medida que se impõe.

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, concedo a ordem para determinar a revogação da prisão preventiva a qual é substituída por medidas cautelares alternativas que serão especificadas pela autoridade judiciária. A decisão prevalece até o final do processo de conhecimento, salvaguardada a hipótese de alteração da situação jurídico-processual que, a critério da

¹ 13 invólucros de maconha (113,51g); 1 tablete de maconha (32,47g) e 23 pedras de crack (13,71g).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autoridade judiciária, justifique a alteração do cenário das medidas cautelares pessoais.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator