



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000546819

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2123290-86.2021.8.26.0000, da Comarca de Panorama, em que é paciente ALEXANDRE JOSÉ FERNANDES e Impetrante ELIENAI NOGUEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

EDISON BRANDÃO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2123290-86.2021.8.26.0000
Autos de origem nº 1500280-75.2021.8.26.0416
Impetrado: MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da
Comarca de Panorama
Impetrante: Elienai Nogueira da Silva
Paciente: **ALEXANDRE JOSÉ FERNANDES**

Voto nº 42114

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Pleito de revogação da prisão preventiva – Impossibilidade – Decisão suficientemente fundamentada - Inteligência dos artigos 312 e 313, I do CPP - Presentes os requisitos ensejadores da decretação da medida - Necessidade de garantia da ordem pública - Condições pessoais favoráveis que não inviabilizam o cárcere - Inaplicabilidade de quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal – Prisão domiciliar em razão da condição de genitor – Questão não analisada pelo MM. Juízo de origem – Supressão de instância – Não conhecimento - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem parcialmente conhecida e, nesse âmbito, denegada.

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Elienai Nogueira da Silva, em favor de **ALEXANDRE JOSÉ FERNANDES**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Panorama.

Narra, de início, que o paciente se encontra preso preventivamente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Sustenta, em síntese, a ausência dos requisitos que autorizam a manutenção da custódia, bem como que a decisão combatida carece de fundamentação idônea, principalmente em relação ao pedido de concessão da prisão domiciliar.

Ressalta que o paciente possui



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ocupação lícita, não tentou se evadir e é genitor de duas crianças menores de 12 anos de idade. Ademais, alegou, desde o início, ser apenas usuário de drogas.

Aponta a necessidade de distinção com o decidido no RHC 117.332, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, destacando o princípio da presunção de inocência.

Requer, assim, a revogação da prisão preventiva e, alternativamente, a substituição do cárcere por medidas cautelares alternativas ou prisão domiciliar (fls. 01/09).

A liminar foi indeferida, em sede de Plantão Judiciário, pelo eminente Desembargador Heitor Donizete de Oliveira, à fls. 29/32.

Os autos vieram conclusos a este Relator, que manteve o indeferimento (fls. 34). Foram prestadas as informações de estilo (fls. 36/37), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 43/48).

Relatei.

O presente *habeas corpus* comporta parcial conhecimento, devendo, no mais, ser denegado.

Segundo consta dos autos, em síntese, no dia 28 de maio de 2021, por voltadas 00:50h, Policiais Militares realizavam patrulhamento de rotina na cidade de Panorama, e enquanto transitavam nas proximidades do trevo principal da cidade, avistaram um veículo GM/CELTA, placas KIO-2203 de Três Lagoas-MS, conduzido por um indivíduo. Passaram, então, a acompanhar o automóvel pela Avenida Rodion Podolsky. O condutor do referido veículo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

notou o acompanhamento e, na esquina da Prefeitura Municipal, acessou a Alameda Tancredo Almeida Neves, sentido ao local conhecido por "ferragens", às margens do Rio Paraná. Considerando a atitude suspeita, os policiais sinalizaram ao condutor a fim de proceder à sua abordagem, no entanto, ele empreendeu fuga.

Contudo, o veículo em que estava passou a apresentar problema mecânico vindo a parar alguns metros adiante. Ao iniciar o procedimento de abordagem, os policiais notaram que o condutor havia dispensado algum item embaixo do veículo. Durante revista pessoal, nada foi localizado. Ao ser indagado sobre a presença de algo ilícito no veículo, o indivíduo afirmou que nada havia de ilegal. Porém, ao verificarem o que havia sido dispensado, os policiais encontraram, no asfalto, embaixo do veículo, um invólucro de plástico filme contendo substância esverdeada, aparentando ser *maconha*. Por cautela, foram realizadas buscas no interior do veículo e, debaixo do banco do motorista foram encontrados mais 02 (dois) pequenos tablets embrulhadas no mesmo tipo de plástico filme contendo a mesma substância, bem como a quantia de R\$ 110,00 em espécie.

Ao ser indagado acerca da origem daquela substância, o indivíduo apresentou versões conflitantes afirmando que havia adquirido a substância entorpecente na cidade de Três Lagoas-MS. Informou, ainda, que reside naquela cidade, porém, encontra-se residindo temporariamente neste município prestando serviços.

Pois bem.

Em atenta análise dos autos, não se verifica qualquer ilegalidade na decisão combatida, que se encontra devidamente fundamentada, em observância aos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preceitos legais e às circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, destacou que: "(...) Em cognição sumária, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se que há prova da materialidade delitiva, conforme as substâncias apreendidas (fls. 10/11) e laudo de constatação provisória (fls. 15/19), e indícios suficientes de autoria. Destacando-se que o acusado foi detido portando aproximadamente 68 gramas de "maconha". Em razão das circunstâncias da prisão – tentativa de fuga –, da forma de acondicionamento do entorpecente encontrado, bem como da própria suposta prática de tráfico interestadual, justificada a manutenção de sua custódia cautelar como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. (...) No caso, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo insuficiente a fixação de medidas cautelares alternativas. Trata-se de delito cuja pena máxima é superior a 4 (quatro) anos. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. Nesse contexto, o crime em tela é daquele que abala a tranquilidade de toda a sociedade, tirando-lhe o merecido sossego e colocando em risco a ordem pública que não pode ficar à mercê de condutas de indivíduos que não se enquadram em uma sociedade que intenta viver em paz." (fls. 85/93).

Não há que se falar, portanto, em ausência de motivação adequada ou ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A propósito:

"A manutenção da custódia pela Magistrada na Primeira Instância foi devidamente justificada, não havendo como se cogitar de falta de fundamentação que pudesse inquinar de nula a respectiva decisão que abordou com objetividade a ausência dos requisitos para a obtenção da liberdade" (TJSP, Habeas Corpus nº 1.026.377.3-2, 14ª Câmara Criminal, Rel. DES. DÉCIO BARRETTI, j. 08/02/2007).

Não se olvida que o art. 313, do Código



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de Processo Penal, dispõe que será admitida a prisão preventiva nos casos em que o crime imputado seja doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos.

E, aqui, a lei penal prevê sanção de 05 a 15 anos de reclusão, estando a paciente, portanto, enquadrado na condição do inciso I, do mencionado artigo do Estatuto Processual.

Cabe salientar que o comércio ilícito de entorpecentes, ainda que cometido sem violência e grave ameaça, fomenta, em tese, a prática de outros delitos tão ou mais graves, o que provoca, com frequência alarmante, intranquilidade para o seio da comunidade, justificando-se a prisão cautelar, pois indispensável à garantia da ordem pública.

Note-se, ainda, que tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Nessa esteira, vejamos o que preconiza o art. 282, do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título [dentre elas, a prisão em flagrante e a prisão preventiva] deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). [g. n.]

Registra-se o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores de que a vedação da concessão da liberdade provisória em casos de crimes hediondos e a eles equiparados decorre da previsão constitucional da inafiançabilidade.

Destaca-se a jurisprudência dominante:

"A vedação da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º, LXVI, da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º da Lei 8.072/90, operada pela lei 11.464/07, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte. Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referido óbice apresenta-se reforçado pelo disposto no art. 44 da lei nº 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que a proíbe expressamente" (STJ, 5ª Turma, HC nº 86642/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 25.02.2008).(g.n)

E mais:

A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Litude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (STF, HC 93229, Rel. Min. Carmen Lúcia, 01/04/2008). (g.n.)

Por outro lado, não se descuida ter o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Supremo Tribunal Federal reconhecido, em sede de repercussão geral, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei de Drogas (RE 1038925/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, sessão de 18 de agosto de 2017).

Contudo, além de tal decisão não possuir efeito vinculante, é sabido que o próprio STF admite a prisão cautelar em casos de tráfico de drogas, agora com fundamento no artigo 312 do CPP:

"(...) PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. ART. 44 DA LEI 11.343/06: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO HC 97.256. SUBSISTÊNCIA, NO ENTANTO, DA JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. (...). 1. O artigo 44 da Lei 11.343/06 – que veda a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 10 de maio de 2012. Naquela ocasião, o Pleno desta Corte decidiu que o referido dispositivo afronta os princípios da presunção de não culpabilidade e da dignidade humana, *determinando, todavia, o retorno dos autos ao juízo de origem para que fosse apreciada a existência, ou não, dos requisitos da prisão preventiva, à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal.* 2. *In casu, contudo, o indeferimento da liberdade provisória não se deu com respaldo na vedação legal declarada inconstitucional por esta Corte, mas, sim, com fundamento na necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e por conveniência da*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

instrução criminal. Isso porque o magistrado singular concluiu que há elementos concretos que indicam que, caso seja posto em liberdade, o paciente continuará praticando a traficância. Acrescentou, ainda, que a custódia facilitará o reconhecimento do acusado pelas testemunhas. (HC 119554 AgR / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 05/11/2013).

Ressalta-se que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a decretação da custódia e nem têm força para alcançar a sua revogação, mormente quando presentes os motivos autorizadores da medida, como no caso em tela.

Ora, referidas condições não têm o condão de, por si sós, garantir a concessão de liberdade provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção do cárcere.

Neste sentido:

"Habeas Corpus - Tráfico de Entorpecentes - Liberdade Provisória - Impossibilidade de deferimento - Menores atingidos pela ação do paciente que promovia evento chamado 'mata aulas' - Primariedade e bons antecedentes - Requisitos que não obstam a manutenção do encarceramento - Artigo 44, da Lei 11.343/06 - Constitucionalidade - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem Denegada." (TJSP, HC 990.10.049714-6, 2ª Câmara, Rel. Almeida Sampaio, j. 29/03/10).

"A primariedade, os bons antecedentes, além da residência fixa e do emprego definido, não impedem a constrição cautelar quando está se mostrar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessária. Inteligência desta Corte e do Pretório Excelso." (STJ, HC nº 24.544/MG – Rel. Min. Jorge Scartezzini).

Ademais, as medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, só poderão ser aplicadas quando ausentes os requisitos para a prisão preventiva, o que não ocorre no caso em comento.

Verifique-se a redação do art. 321, do Código de Processo Penal:

"Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código" (g.n.).

Frise-se que o direito de responder ao processo em liberdade não é irrestrito nem absoluto. Não obstante a liberdade constitua a regra determinada pela Constituição da República, admite-se a sua privação em caráter precário antes da sentença condenatória definitiva, o que não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Neste sentido:

"Demonstrada a necessidade da medida cautelar constitutiva 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,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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) (g.n.).

E, em relação ao mencionado acórdão proferido no RHC 117.332, registra-se que se trata, aqui, de situação fático-processual bastante diversa daquela analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ressaltando-se que o paciente possui maus antecedentes (fls. 33/35 dos autos de origem) e tentou se evadir no momento da abordagem dos policiais. Além disso, ao que parece, se encontrava em local incerto e não sabido, após a concessão da liberdade provisória em outro processo, o qual se encontrava suspenso nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal (fls. 35 dos autos de origem).

Importante consignar, nesse ponto, que a prática do crime pelo qual foi denunciado, bem como dos fatos e provas constantes do processo, só poderão ser examinados em sede de cognição exauriente, o que é incompatível esta estreita via do *habeas corpus*.

É a jurisprudência dominante:

"Inviável se mostra a análise da tese relativa à insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, visto que o habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento" (STF; HC 71372/MS; Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 21.02.2008).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"Exame de provas em habeas corpus é cabível desde que simples, não contraditória e que não deixe alternativa à convicção do julgador" (STF; HC; rel. Min. Clóvis Ramalhete; DJU 18.9.81, p. 9.157).

Por fim, no que tange à alegada substituição do cárcere por prisão domiciliar, da análise dos autos, não há notícias de que a questão tenha sido analisada pelo MM. Juízo de origem. Sendo assim, eventual análise por este E. Tribunal caracterizaria inegável supressão de instância.

Registra-se, por oportuno, que a condição de genitor, por si só, não enseja a substituição do cárcere por prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 318, que o juiz poderá substituir o cárcere preventivo quando presente hipótese ali elencada. Trata-se, pois, de uma faculdade do Juízo, que deve analisar a conveniência da medida.

Nesse ponto, de rigor ressaltar que a aplicação do entendimento perfilhado no *Habeas Corpus* 165.704/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, exige, "(...) (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de deficiente, nos termos acima descritos;" (g.n.).

Destarte, não se vislumbra a presença de constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem.

Isto posto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** a impetração e, no mais, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDISON BRANDÃO
Relator