



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000175070

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2021471-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante ROSANGELA APARECIDA DO NASCIMENTO SOUZA e Paciente ANDERSON AMARO PASSOS, é impetrado MMJD DO PLANTÃO JUDICIÁRIO DE FORO PLANTÃO - 32ª CJ BAURU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Denegaram a ordem. V. U.**, 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, 10 de março de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 2144

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2021471-09.2021.8.26.0000

Impetrante: Rosangela Aparecida do Nascimento Souza

Paciente: Anderson Amaro Passos

Juízo de Direito da Vara Plantão da Comarca de Bauru

Habeas Corpus. Tráfico de Entorpecentes. Decisão impositiva da prisão preventiva. Alegação de motivação insuficiente. Argumentos genéricos. Reprodução das elementares da figura penal típica. Liminar indeferida.

1. Não há nulidade pela não apresentação do paciente em audiência de custódia, em face do sistema especial de trabalho instituído pelo Provimento CSM nº 2.545/2020, bem como do teor do Comunicado nº 232/2020 da Corregedoria Geral da Justiça e do artigo 8º, caput, da Recomendação CNJ nº 62/2020, em caráter excepcional, como forma de reduzir a disseminação do Covid-19.
2. Decisão impositiva da prisão preventiva fundada em argumentos concretos. Motivação idônea.
3. *Fumus comissi delicti* dado pelos indícios de autoria que emergem dos elementos informativos colhidos em sede preliminar de persecução e que subsidiaram o oferecimento de denúncia.
4. *Periculum libertatis*. Gravidade concreta dos fatos. Quantidade expressiva de drogas. Cenário revelador da necessidade de resguardo da ordem pública pela via da prisão preventiva. Precedentes. Insuficiência das medidas cautelares alternativas.
5. Ausência de provas de que o paciente seja o único responsável pelos filhos menores, critério subjetivo fixado no HC nº 165.704 do STF. Precedentes.
6. Ausência de provas que coloquem o paciente no grupo de risco para a Covid-19.
7. Ordem denegada.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela advogada **Rosangela**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aparecida do Nascimento Souza, em favor de **ANDERSON AMARO PASSOS**, contra ato do **MM. Juízo de Direito do Plantão Criminal – 32ª CJ - da Comarca de Bauru**, consiste em decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Segundo a impetrante, o paciente foi preso em flagrante, no último dia 29 de janeiro, em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas, prisão esta convertida em preventiva. Afirma que a decisão atacada baseou-se apenas na gravidade dos fatos e na garantia de ordem pública. Alega que a conduta do paciente não oferece risco a sociedade. Salienta que o paciente é primário, não ostenta antecedentes criminais, possui endereço fixo e trabalho lícito e que não há nos autos indícios de que o paciente integre organização criminosa. Assinala que a decisão atacada utilizou fundamentação inidônea e genérica. Aduz que a decisão limitou-se a reproduzir os elementos constantes do tipo penal, não destacando a gravidade concreta do delito. Frisa que o paciente não foi pego em flagrante comercializando drogas. Considera que pela ausência de audiência de custódia está configurado o constrangimento ilegal por ser procedimento obrigatório. Ressalta que o sistema prisional não tem a função ressocializadora e, nesse sentido, a manutenção da custódia do paciente torna um risco pelo contato com outros detentos de crimes mais graves. Alega que o paciente possui dois filhos menores de 12 anos, os quais dependem economicamente dele. Postula, destarte, pela concessão da ordem, para que seja revogada a prisão preventiva do paciente com, ou sem, a imposição de medidas cautelares diversas (fls. 01/11).

Indeferida a liminar (fls. 126/129), a autoridade apontada como coatora ofertou informações que lhe foram solicitadas (fls. 131/133). A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Walter Paulo Sabella, opinou pela denegação da ordem (fls. 172/176).

Eis, em síntese, o relatório.

Pelo que se infere dos autos, o paciente foi preso em flagrante, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

último dia 28 de janeiro, em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas. De acordo com os elementos informativos colhidos na fase preliminar da persecução, policiais militares em patrulhamento de rotina, avistaram dois indivíduos defronte a um terreno baldio, um deles conduzindo uma motocicleta. Com a aproximação dos policiais o indivíduo, que estava na motocicleta, recebeu algo do paciente e evadiu-se. Abordado, o paciente trazia consigo uma porção de maconha. Durante a abordagem, o aparelho celular do paciente recebeu diversas mensagens e chamadas relacionadas com tijolos de maconha. Indagado, o paciente indicou aos policiais o local onde foram encontrados sete tijolos de maconha, uma balança e uma faca.

A autoridade policial, para quem o paciente foi apresentado, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura do respectivo auto. Com a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária afirmou a sua legalidade e, na mesma oportunidade, converteu a prisão em flagrante em preventiva. Com a finalização do inquérito, o Ministério Público ofertou denúncia contra o paciente, imputando-lhe a prática, em tese, do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06. A denúncia foi recebida no último dia 24 de fevereiro (fls. 126 dos autos originários). Por ora, aguarda-se a citação do paciente.

A ordem é denegada.

Conforme já consignado em sede de liminar, inexistente ilegalidade na decisão impositiva da prisão preventiva, independentemente da realização de audiência de custódia.

Com efeito, o estado de emergência estabelecido no contexto da pandemia do Coronavírus levou à adoção de medidas de isolamento social que levaram à suspensão dos atos processuais presenciais. Trata-se, portanto, de situação excepcionalíssima que justifica a adoção de medidas preventivas de resguardo da integridade física de todos os atores processuais, bem como daqueles que estão com a liberdade restringida. De qualquer modo, o controle da legalidade da prisão em flagrante, garantia constitucional, foi assegurado. Não há, portanto, ilegalidade no procedimento. Nesse sentido, convergem os precedentes deste E. Tribunal de Justiça:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

HABEAS CORPUS. Pretendido relaxamento da custódia ou liberdade provisória. Impossibilidade. Ausência de audiência de custódia autorizada pelo CNJ (Recomendação, nº 62) e posterior Comunicado da Corregedoria e Provimentos do CSM. Decisão devidamente fundamentada, com indicação dos requisitos do CPP, arts. 282, II, 310, § 2º, 312, caput e 313, II. Paciente reincidente. Situação excepcional ocasionada pela pandemia de covid-19 que não justifica sua soltura. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2296558-21.2020.8.26.0000; Relator (a): Eduardo Abdalla; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - DIPO 4 - Seção 4.2.2; Data do Julgamento: 19/02/2021; Data de Registro: 19/02/2021)

HABEAS CORPUS – Tráfico ilícito de drogas – Irresignação quanto a não realização da audiência de custódia - Ato não realizado, haja vista a pandemia provocada pela COVID-19, a teor do art. 8º da Recomendação nº 62 do CNJ – Revogação da prisão preventiva, por ausência de requisitos legais – Não acolhimento - Constrangimento ilegal não configurado - Ordem denegada.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2296657-88.2020.8.26.0000; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021)

HABEAS CORPUS – Dupla Tentativa de Homicídio Qualificado – Art. 121, § 2º, II, c.c. o art. 14, II, por duas vezes, na forma art. 69, todos do Código Penal. Insurgência contra a conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem a realização de audiência de custódia e embora estivessem ausentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP – INADMISSIBILIDADE - Não há qualquer nulidade pela não apresentação do paciente em audiência de custódia, em face do sistema especial de trabalho instituído pelo Provimento CSM nº 2.545/2020 e 2.548/2020, bem como o teor do artigo 8º, caput, da Recomendação CNJ nº 62/2020, em caráter excepcional, como forma de reduzir a disseminação do Covid-19. De outro lado, a decisão se encontra suficientemente fundamentada, demonstrando de forma adequada a presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar do paciente em consonância com disposto artigo 93, inciso IX, da Carta Magna. Não vislumbrado qualquer constrangimento – de outra parte, remanescem os requisitos da prisão preventiva. Ordem denegada.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2296566-95.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ourinhos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/02/2021; Data de Registro: 01/02/2021)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

'Habeas corpus' – Tráfico de Drogas – Relaxamento da prisão em flagrante – Audiência de Custódia – Não realização – Pandemia – Ausência de prejuízo à Defesa – Respaldo no artigo 8º, 'caput', da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada. 'Habeas corpus' – Tráfico de Drogas – Pedido de liberdade provisória – Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva – Impossibilidade – Insuficiência das medidas cautelares alternativas – Reconhecimento Pandemia de Covid-19 que não tem o condão de alterar a imprescindibilidade da medida extrema – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2005955-46.2021.8.26.0000; Relator (a): Klaus Marouelli Arroyo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São José dos Campos - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021)

No tocante aos requisitos da prisão preventiva, por ocasião do exame da legalidade da prisão em flagrante, a autoridade judiciária assim deliberou (fls. 27/31):

(...)

Nos termos da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, fica dispensada a apresentação do autuado para entrevista em audiência de custódia, passando-se à análise do auto de prisão em flagrante.

(...)

O auto de prisão em flagrante encontra-se regular e formalmente em ordem, não existindo nulidades, ilegalidades ou irregularidades aptas a justificar o relaxamento da prisão. As demais providências que se seguem à prisão em flagrante foram regularmente tomadas (em especial nota de culpa e laudo de constatação provisória), sendo respeitados, ainda, os direitos individuais e as garantias fundamentais previstos no artigo 5ª da Constituição Federal.

(...)

Infere-se que a prisão em flagrante foi legal, não havendo qualquer motivo apto a justificar o seu relaxamento. IV. Conforme disposto no art. 282 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares penais serão aplicadas com a observância da necessidade de aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução penal e para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evitar a prática de infrações, devendo a medida em questão, ainda, ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do averiguado. A prisão preventiva será determinada quando as outras cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas para o caso concreto (§6º). De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, para a custódia cautelar, exige-se a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), além da demonstração da necessidade da garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a eficiência da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*). No caso em apreço, verifica-se que estão presentes os requisitos da prisão preventiva: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. **Verifica-se o *fumus comissi delicti* do auto de prisão em flagrante, do boletim de ocorrência, do auto de exibição e apreensão, do laudo de constatação provisória, dos depoimentos dos policiais e demais documentos constantes dos autos. Também está presente o *periculum libertatis*, por força da gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade de entorpecentes apreendida**, uma vez que, segundo consta do laudo de constatação, houve apreensão de 8,33 kg de maconha. Desta feita, como se pode observar, revela-se necessária a garantia da ordem pública

(...)

Diversamente do assinalado pelo impetrante, a decisão ora atacada não se valeu de fundamentação genérica e tampouco limitou-se a invocar as elementares do tipo penal. Ao contrário, a autoridade judiciária destacou aspectos concretos que reforçam o quadro de gravidade impositivo da prisão cautelar.

Deveras, o *fumus comissi delicti* é dado pelos elementos informativos colhidos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante. Foram, ademais, reforçados pelos elementos probatórios colhidos no curso da investigação criminal.

Encontra-se demonstrado, igualmente, o *periculum libertatis*. Com efeito, conforme assinalado pela autoridade judiciária, a excessiva quantidade de drogas – 8 kg de maconha¹ – revelou a extensão dos fatos praticados e, portanto, a gravidade concreta. Nesse cenário, a custódia cautelar é justificada diante para resguardo de ordem pública.

Nesse ponto, vale lembrar o consolidado entendimento jurisprudencial segundo o qual a concessão de liberdade, ou mesmo de medidas cautelares alternativas, é incompatível quando evidenciada, pelas circunstâncias do caso

¹ a saber, laudo de constatação – fls. 14/16 autos originais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concreto, a gravidade concreta dos fatos imputados. São hipóteses em que a forma de execução, os motivos aparentemente determinantes e outras circunstâncias ligadas à prática delituosa apontem para a necessidade da prisão para o resguardo da ordem pública. Nesse sentido, converge a jurisprudência:

Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública

(STF/HC n. 97.688, Relator o Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009 e publicado em 27/11/2009).

Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública

(STJ/RHC n. 41.516/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20/11/2013).

Se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade

(STJ, HC 296.381/SP, 5ª Turma, rel. Marco Aurélio Bellizze, 26.08.2014, v.u.).

Por outro lado, a presença de circunstâncias subjetivas favoráveis, por si só, não impede a imposição de prisão preventiva. A questão encontra-se assentada na jurisprudência: STF/HC 96.182; STF/HC 130709/CE; STF/HC 127486 AgR/SP; STF/HC 126051/MG; STJ/ RHC 94.056/SP; STJ/HC 454.865/MG; STJ/HC 379.187/SP; STJ/AgRg no HC 545110/MG; STJ/HC 521277/SP; RHC 119957/MG; STJ/HC 461979/SC; STJ/HC 539022/MG; STJ/RHC 120329/SP; STJ/HC 536341/RJ; STJ/RHC 118247/MG; STJ/RHC 116048/CE; STJ/HC 547239/SP.

Não se vislumbra, ademais, perspectiva evidente de tratamento punitivo mais brando, na hipótese de condenação, a indicar a desproporcionalidade da medida.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No que se refere ao pedido de concessão de prisão domiciliar, a despeito dos documentos juntados (fls. 18/19), não há elementos claros que apontem ser o paciente imprescindível aos cuidados de seus filhos. Nesse sentido, a ausência de uma clara situação de excepcionalidade inviabiliza a flexibilização da regra prevista no artigo 117 inciso III da Lei de Execuções Penais². É o que já se decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. PLEITO DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO AGRAVADA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda relacionadas naquele feito. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, sendo certa a inaplicabilidade do referido entendimento aos casos de cumprimento de pena definitiva.** 2. **In casu, i) a paciente cumpre pena definitiva de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06; e ii) o Superior Tribunal de Justiça destacou, conforme concluiu o Tribunal de origem, que “não foi constatada situação excepcional que permita flexibilizar a regra disposta no art. 117 da Lei de Execuções Penais – notadamente porque não foi demonstrada situação de desamparo da criança”.** 3. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 4. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovidimento do agravo regimental. Precedentes: HC 137.749-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 17/05/2017; e HC 133.602-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 8/8/2016. 5. A reiteração dos argumentos trazidos pela parte agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo

²Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; e RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015. 6. Agravo regimental desprovido. (STF, HC 179914 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020).

Por fim, não há provas indicativas de que o paciente integre grupo de risco ou que seja portador de comorbidade preexistente que pudesse conduzir ao agravamento de seu quadro geral de saúde a partir de eventual contágio. Ademais, as disposições da Resolução 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça fixam orientações para a adoção de medidas preventivas para a propagação da pandemia no sistema penitenciário. Não fixam direito subjetivo à liberdade. Tampouco impedem a ponderação entre a urgência da situação emergencial e os requisitos das cautelares na singularidade dos casos.

Dessa forma, a fundamentação exposta pela autoridade apontada como coatora encontra amparo nos juízos de urgência e necessidade que são próprios das cautelares pessoais e em especial da prisão preventiva, consubstanciados, no caso em apreço, pela necessidade de resguardo da ordem pública, da garantia da instrução e para futura aplicação da lei penal. Isso porque, as circunstâncias concretas do fato, conforme delineado alhures, indicam ser insuficiente a aplicação medidas cautelares alternativas. A prisão preventiva do paciente, destarte, constitui medida de rigor, ao menos por ora, para a garantia da eficácia instrumental do processo.

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, denego a ordem de *habeas corpus*.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator