



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000978651

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2265335-50.2020.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é impetrante JOSÉ MÁRCIO MANTELLO e Paciente GERSON GARCIA NETO.

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) E GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 30 de novembro de 2020.

OSNI PEREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aux. Des. Otávio de Almeida Toledo VOTO nº 15540 (digital) JV

Habeas Corpus nº 2265335-50.2020.8.26.0000

Impetrante: JOSÉ MÁRCIO MANTELLO

Paciente: GERSON GARCIA NETO

Interessado: ALAN PATRICK DA SILVA

Autoridade apontada como coatora: Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba (FAB)

Habeas Corpus – Corréu Gerson Garcia Neto que, nos autos da ação penal nº 1501439-45.2019.8.26.0603, foi condenado como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11343/2006, a cumprir pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como a pagar 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo-lhe negado o apelo em liberdade – Impetração pleiteando a concessão da benesse ou, pelo menos, da prisão domiciliar, com fundamento (1) na ausência de requisitos legais para manutenção da custódia cautelar; (2) na impossibilidade de execução provisória da pena; (3) na grande possibilidade de se desclassificar o delito para tráfico privilegiado, fixando-se a reprimenda no mínimo legal, em regime inicial aberto, substituindo-a por restritivas de direitos; e (4) no artigo 318 do CPP, bem como no entendimento firmado pelo Col. STF no HC coletivo nº 165.704/DF – Descabimento – Custódia cautelar devidamente fundamentada na gravidade concreta do delito (equiparado a hediondo) – Embora sejam favoráveis as condições pessoais do paciente, não se pode deslembrar que ele foi flagrado juntamente com o corréu Alan Patrick guardando expressiva quantidade de drogas [(18) porções de “maconha”, com peso total líquido de 7,31kg (sete quilogramas, trezentos e dez gramas); e 12 (doze) porções de “cocaína”, com peso total líquido de 24,72g (vinte e quatro gramas e setenta e dois centigramas)], forte indicativo de que se dedica ao comércio espúrio como meio de vida, ao menos alternativo. Ademais, não há sentido em que o paciente, que permaneceu preso durante toda a fase instrutória, seja solto quando da prolação da sentença condenatória que fixou o regime inicial fechado para cumprimento da pena corporal, na qual se materializam, ainda mais, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade – Questões de mérito que serão devidamente apreciadas quando do julgamento do recurso de apelação já interposto – Remédio heroico que não se presta para acelerar o trâmite



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de processos – Necessária manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal – Não há que se falar em descumprimento do entendimento preconizado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nas ADC's 43, 44 e 54, pois, no caso em apreço, a hipótese é de prisão cautelar, e não execução provisória da pena – Paciente que não se encaixa em nenhuma das hipóteses de excepcional concessão de liberdade provisória ou prisão domiciliar previstas na Recomendação nº 62 do CNJ – Ausência de prova da indispensabilidade do paciente para com o cuidado do filho menor – Requisito previsto no artigo 318 do CPP e no HC coletivo nº 165.704/DF não preenchido – Constrangimento ilegal não configurado – ORDEM DENEGADA.

O advogado José Márcio Mantello impetra o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de GERSON GARCIA NETO, alegando que o paciente sofre constrangimento ilegal por ato do Meritíssimo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba, nos autos da ação penal nº 1501439-45.2019.8.26.0603.

Alega o impetrante que, na sentença proferida dia 09/10/2020, o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/2006, a cumprir pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como a pagar 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo-lhe negado o apelo em liberdade.

Sustenta, em suma, a ausência dos requisitos para manutenção da custódia cautelar, sob o argumento de que ela foi mantida sem fundamentação idônea, com base na gravidade abstrata dos delitos, mormente porque são favoráveis as condições pessoais do paciente. Ademais, o crime pelo qual ele foi condenado em primeira instância não envolve violência e/ou grave ameaça contra pessoa, não está demonstrado o efetivo “*periculum libertatis*” e existe grande possibilidade de se desclassificar o delito para tráfico privilegiado, fixando-se a reprimenda no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mínimo legal, em regime inicial aberto, substituindo-a por restritivas de direitos.

Argumenta que a prisão do paciente implica manifesta violação do entendimento preconizado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nas ADC's 43, 44 e 54.

Procura demonstra que, caso esta Colenda Câmara entenda de modo diverso, o paciente faz jus ao benefício da prisão domiciliar, pois é genitor de 02 (duas) crianças que contam, respectivamente, com 02 (dois) e 03 (três) anos de idade, de modo que a pretensão encontra amparo no artigo 318 do CPP, bem como no entendimento firmado pelo Col. STF no HC coletivo nº 165.704/DF.

Pede, liminarmente, seja concedida a liberdade provisória ou, pelo menos, o benefício da prisão domiciliar ao paciente, com a consequente expedição de alvará de soltura em benefício dele, mediante imposição, se necessário, de medidas cautelares diversas da prisão.

Pela decisão proferida a fls. 29/33, foi indeferida a liminar pleiteada, bem como dispensadas as informações de praxe, considerando a possibilidade de acesso integral aos autos de primeiro grau pelo SAJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 37/42).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

A despeito dos argumentos deduzidos pelo combativo impetrante, o *habeas corpus* é via célere de conhecimento e, como tal, não se destina a substituir a investigação criminal ou definir a responsabilidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

penal do paciente, tarefa esta reservada à investigação criminal e instrução processual penal.

Nesse sentido: *“A via estreita do habeas corpus não comporta o exame de alegações concernentes à ausência de provas de autoria e materialidade do fato criminoso, se tais questões reclamam uma profunda análise do contexto fático-probatório carreado aos autos”* (STJ, HC 25.779/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. em 06/03/2003).

Nesta estreita via eleita cabe analisar a regularidade da manutenção da prisão preventiva, sob o prisma de seus requisitos, os quais estão devidamente demonstrados, nos termos dos artigos 312 e 387, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Em consulta processual realizada aos autos originários¹, verifica-se que, na sentença proferida dia 09/10/2020, o paciente Gerson Garcia Neto foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11343/2006, a cumprir pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como a pagar 700 (setecentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo-lhe negado o apelo em liberdade (fls. 375/381 dos autos originários).

Com efeito, ainda que não tenha sido expressamente suscitado pelo combativo impetrante, observo que as medidas emergenciais para contenção e enfrentamento da pandemia de COVID-19 (novo coronavírus) estão sendo adotadas por toda sociedade, sendo que, no âmbito do sistema de Justiça Penal foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação nº 62/2020, que tem por precípua finalidade garantir a saúde e integridade física das pessoas privadas de liberdade, bem como a ordem interna e segurança nos estabelecimentos prisionais.

¹ Consulta processual realizada no dia 11/11/2020 ao site www.tjsp.jus.br > Processos > Consulta processual > Consulta de processos de 1º grau > Consulta pelo número do processo 1501439-45.2019.8.26.0603.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ressalte-se que se trata, exclusivamente, de recomendações de medidas a serem consideradas pelos juízes com competência para as fases de conhecimento e execução penal, não havendo, ainda que implicitamente, ordem para imediata colocação de custodiados em liberdade. Não foi – e nem poderia ser – diminuída ou retirada competência dos respectivos magistrados para avaliação individualizada, caso a caso, das pessoas privadas de liberdade em condições de serem prontamente liberadas, diante de particular situação e da pandemia de COVID-19 (novo coronavírus). Ou seja, não se garantiu, ainda que abstratamente, direito líquido e certo para imediata colocação em liberdade de todos os custodiados.

No caso em apreço, inexistente prova de que o paciente pertença ao chamado “grupo de risco” em caso de contaminação pela COVID-19 (novo coronavírus). Assim, não obstante o contido na Recomendação nº 62/2020² do Conselho Nacional de Justiça, a manutenção da custódia cautelar se impõe.

Embora sejam favoráveis as condições pessoais do paciente, não se pode deslembrar que ele foi flagrado juntamente com o corréu Alan Patrick guardando expressiva quantidade de drogas [(18) porções de “maconha”, com peso total líquido de 7,31kg (sete quilogramas, trezentos e dez gramas); e 12 (doze) porções de “cocaína”, com peso total líquido de 24,72g (vinte e quatro gramas e setenta e dois centigramas)], forte indicativo de que se dedica ao comércio espúrio como meio de vida, ao menos alternativo.

Como bem ponderado pelo Meritíssimo Juiz da causa, *“(...) o réu Gerson é primário e não tem antecedentes; todavia, a quantidade de entorpecente apreendida foi bastante expressiva e tem-se que ele era*

² <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

um dos líderes do tráfico de drogas em Araçatuba” (fl. 379 dos autos originários).

As questões de mérito, tais como a desclassificação do delito, o redimensionamento da reprimenda imposta, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e o abrandamento do regime prisional serão devidamente apreciadas quando do julgamento do recurso de apelação já interposto, sendo incabível antecipar a discussão da matéria, principalmente em sede de *habeas corpus*, onde não cabe dilação probatória. Ademais, não se presta o remédio heroico para acelerar o trâmite de processos.

Nesse sentido: *“Não é o remédio heroico instrumento adequado para apressar a tramitação de processos ou a prática de atos processuais”* (Julgados do TACRIM 25/142; 36/99; 38/91).

A custódia cautelar está devidamente fundamentada na gravidade concreta do delito (equiparado a hediondo), pois a soltura do paciente colocará em risco a ordem pública, sendo certo que não se pode assegurar que ele não irá se evadir caso seja colocado em liberdade, tornando imperiosa a sua prisão também para assegurar futura aplicação da lei penal.

Ademais, não há sentido em que o réu, que permaneceu preso durante toda a fase instrutória, seja solto quando da prolação da sentença condenatória que fixou o regime inicial fechado para cumprimento da pena corporal, na qual se materializam, ainda mais, a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade, mesmo que provisoriamente. Na hipótese dos autos, permaneceram inalterados os requisitos da prisão cautelar.

Nesse sentido já decidiu o Col. STJ:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REITERAÇÃO DELITIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente - preso quando portava aproximadamente 252g (duzentos e cinquenta e dois gramas) de maconha e 1,66 (um grama e sessenta e seis decigramas) de cocaína - a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era reiterada, o que evidencia a perniciosidade da ação ao meio social. Precedentes.

2. Superveniência de sentença que condenou o Recorrente, pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, negado o direito de apelar em liberdade.

3. O Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento 'de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar' (STF - HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DJ de 28/08/08). 4. Recurso em habeas corpus desprovido” (RHC 31.279/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. em 28/05/2013).

Ressalte-se que *“a existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela”* (RHC 43239/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 21/08/2014), de modo que a manutenção do paciente em cárcere não significa pré-julgamento da causa, tampouco ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Também não há que se falar em descumprimento do entendimento preconizado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal nas ADC's 43, 44 e 54, pois, no caso em apreço, a hipótese é de prisão cautelar, e não execução provisória da pena.

Por fim, o pleito de concessão do benefício da prisão domiciliar igualmente não prospera.

Isso porque, embora o paciente seja genitor de 02 (duas) crianças que contam, respectivamente, com 02 (dois) e 03 (três) anos de idade, não está demonstrada a sua imprescindibilidade para com os cuidados dos aludidos menores, de modo que não está preenchido um requisito elementar previsto no artigo 318, incisos III e V, do CPP, bem como no entendimento firmado pelo Col. STF no HC coletivo nº 165.704/DF. E, sendo o *habeas corpus* ação constitucional de natureza mandamental, exige-se prova pré-constituída das alegações do *mandamus*, sem a possibilidade de dilação probatória.

Em suma, remanesce o mesmo panorama que ensejou a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

decretação e manutenção da custódia cautelar da paciente, revelando-se inviável a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, inadequadas ao caso em comento.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A ORDEM** de *habeas corpus*.

OSNI PEREIRA
Relator