



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000310328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2061099-05.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante FABIANA MENDES DOS SANTOS e Paciente EMILY GONÇALVES MENDES.

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), LEME GARCIA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 27 de abril de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 2454

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2061099-05.2021.8.26.0000

Impetrante: Fabiana Mendes dos Santos

Paciente: Emily Gonçalves Mendes

Juízo de Direito da Vara Plantão da Comarca da Capital

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Porte de armas e munição. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Alegação de constrangimento ilegal. Gravidade em abstrato do delito. Liminar indeferida.

1. Decisão impositiva da prisão preventiva que não se ateve à gravidade abstrata da infração. Considerações sobre a quantidade e natureza da droga apreendida.
2. *Fumus comissi delicti* que é dado pelos elementos colhidos quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e que apontam para a visibilidade e imediatidade da prática delituosa.
3. *Periculum libertatis*. Gravidade concreta dos fatos. Quantidade e variedade de entorpecentes encontrados, bem como petrechos utilizados habitualmente para a mercancia que, por ora, indicam quadro de gravidade concreta. Cenário revelador da necessidade de resguardo da ordem pública pela via da prisão preventiva. Precedentes. Insuficiência das medidas cautelares alternativas.
4. Ausência de provas de que a paciente seja a única responsável pelos filhos menores, critério subjetivo fixado no HC nº 165.704 do STF. Precedentes.
5. A Recomendação 62/2020 do CNJ não fixa direito subjetivo à liberdade. Estabelece critérios que orientam os juízes na apreciação dos pedidos de liberdade e/ou concessão de benefícios aos detentos como medidas de prevenção para a pandemia do coronavírus.
6. Ordem denegada.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pela Advogada **Fabiana Mendes dos Santos**, em favor de **EMILY GONÇALVES MENDES**, contra ato do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MM. Juiz de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de São Paulo, consistente em decisão que converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva.

Segundo a impetrante, a paciente foi presa em flagrante no último dia 18 de março em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas, prisão esta convertida em preventiva. Alega que a paciente é primária, possui ocupação lícita e residência fixa, além de possuir uma filha de 05 anos de idade e ser responsável por seus cuidados. Aduz que o crime, supostamente cometido, não se deu mediante violência ou grave ameaça. Sustenta que a paciente é inocente, como por ela assinalado quando do interrogatório em solo policial. Frisa a excepcionalidade da prisão cautelar e elenca medidas alternativas previstas na legislação pátria. Assinala que a autoridade judiciária não apresentou as razões pelas quais as medidas cautelares diversas da prisão preventiva não seriam suficientes no caso concreto. Acrescenta, ainda, que não foram expostos argumentos idôneos que justificassem a medida extrema imposta. Salienta que não há provas nos autos que indiquem que a paciente, se posta em liberdade, irá atentar contra a ordem pública, interferir no correto andamento da instrução criminal, tampouco furtar-se à aplicação da lei penal. Entende, assim, que não foram preenchidos os requisitos exigidos pela lei, sendo a prisão da paciente ilegal e arbitrária. Afirma, nesse sentido, ser evidente o constrangimento ilegal. Menciona, ainda, o HC coletivo nº 143.641/SP que determinou que todas as mulheres gestantes e mães de filhos com até 12 anos de idade, submetidas a prisão provisória, tenham a custódia cautelar substituída por prisão domiciliar. Postula, destarte, pela revogação da prisão preventiva da paciente ou, subsidiariamente, pela substituição da prisão preventiva pela domiciliar (fls. 01/20).

Indeferida a liminar (fls. 135/138), a autoridade apontada como coatora ofertou informações que lhe foram solicitadas (fls. 141/142). A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Maria Aparecida Berti Cunha, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 145/158).

Eis, em síntese, o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pelo que se infere dos autos a paciente encontra-se presa desde o último dia 18 de março em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas. De acordo com os elementos informativos colhidos, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina, em local já conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando sentiram um forte odor característico de entorpecentes vindo da casa da paciente. Subiram uma escada ao final da rua, que dava acesso ao imóvel de onde emanava o cheiro. Uma vez no local, notaram que a porta estava entreaberta e puderam ver a paciente dentro do imóvel manuseando um saco de cocaína. A paciente, ao notar a presença dos policiais, levantou as mãos. Indagada, acabou confessando que guardava mais drogas no local, mas que todas eram de propriedade de seu marido. Em buscas pelo local, foram encontradas 6224 porções e 1 tijolo de cocaína, 969 porções e 6 tijolos de maconha, 2 tijolos e 1 porção de “crack”, além de 5,7kg de entorpecentes cuja complexidade da análise não permitiu que tivesse sua natureza revelada no laudo de constatação. Além dos entorpecentes, foram localizados R\$ 1.100,00 (hum mil e cem reais) em espécie, 02 balanças de precisão, um revólver, calibre 38, de uso permitido, contendo 02 cartuchos íntegros e uma arma de fogo, tipo carabina, de uso permitido.

A autoridade policial, para quem a paciente foi apresentada, 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 ocasião, converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva. Finalizado o inquérito, o Ministério Público ofertou denúncia contra a paciente, imputando-lhe, em tese, o crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006 e nos artigos 14 e 16, §1º, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea 'j', do Código Penal. A ré foi citada e apresentou resposta escrita. Por ora, aguarda-se a realização de audiência de instrução, debates e julgamento, designada para o próximo dia 27 de abril.

A ordem é denegada.

Quando do exame da legalidade da prisão em flagrante e apreciação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessidade de prolongamento da custódia, sob o título da prisão preventiva, a autoridade judiciária assim deliberou (fls. 109/119):

(...)

No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria dos crimes previstos no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 e nos artigos 12 e 16, §1º, IV, da Lei nº 10.826/03 encontram-se evidenciados pelos elementos de convicção constantes das cópias do Auto de Prisão em Flagrante, em especial as declarações colhidas, o auto de apreensão e o laudo de constatação da droga (fls. 32/38). Trata-se, na hipótese, da apreensão de 6215 microtubos de cocaína (1.607,1g), 9 invólucros de cocaína (7,7kg), 1 tijolo de cocaína (262,2g), 633 porções de maconha (247,5g), 334 porções de maconha (743,1g), 2 invólucros de maconha (334,3g), 6 tijolos de maconha (4,4kg), 2 tijolos de crack (1993,3), 1 porção de crack (200,4g), 5,7kg de substância que depende de laudo definitivo, 2 balanças de precisão, R\$1.100,00 em dinheiro, uma carabina e um revólver calibre .38 com numeração suprimida e municiado com dois cartuchos íntegros.

(...)

A expressiva quantidade, diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas, mais de 5,5kg de maconha, 9,5kg de cocaína e 2kg de crack, demonstram a gravidade concreta da conduta e evidenciam o estreito envolvimento da autuada com organização criminosa, fornecedora das substâncias para preparação e venda a terceiros, de modo que há risco concreto de que a autuada, em liberdade, torne a delinquir, haja vista a engrenagem na qual está envolvida.

Não bastasse, além das drogas, a autuada guardava na residência duas armas de fogo, uma delas com numeração suprimida e municada, circunstâncias que evidenciam a sua ligação com o crime organizado de atuação armada, de modo que a custódia cautelar se faz necessária para a garantia da ordem pública.

(...)

Apesar de o delito de tráfico de drogas não envolver ameaça ou violência, é crime equiparado a hediondo pela legislação vigente e que, por determinação constitucional, merece tratamento diferenciado, causando vários danos à saúde pública e à ordem pública, na medida em que fomenta a violência e criminalidade, atingindo, principalmente, os jovens nas cidades.

Nem se pode cogitar, nesta análise preliminar, da aplicação do benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 os requisitos necessários para o seu reconhecimento devem ser aferidos durante a instrução processual, pelo Juiz Natural, desde que comprovada a não dedicação a atividades criminosas (requisito cumulativo e que não se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

confunde com os bons antecedentes).

Por fim, nos termos do artigo 310, § 2º, do CPP (redação dada pela Lei nº 13.964/2019): "se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares".

(...)

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, no seu entender, reforçavam o quadro impositivo da prisão cautelar.

O *fumus comissi delicti* é, por ora, dado pelos elementos informativos colhidos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, reforçados pelos elementos probatórios colhidos no curso da investigação criminal e que subsidiaram o oferecimento da denúncia.

Encontra-se demonstrado, por ora, o *periculum libertatis*. Com efeito, a autoridade judiciária destacou a expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas¹, bem como a apreensão de apetrechos usualmente para o comércio ilegal e de arma de fogo e munição², também em posse da paciente. São fundamentos que destacam a gravidade concreta dos fatos justificando a imposição da medida extrema para resguardo da 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 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:

¹ A saber, massa líquida: 11,763kg de cocaína, 5,724kg de maconha e 5,7kg de substância ainda não identificada. – fls 173/179 dos autos originais.

² A saber: uma arma marca CBC, calibre 38, municada e sem numeração; uma arma marca Boito, calibre 28, com numeração 6704 – fls. 201/209 dos autos originais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

Ademais, ressalte-se a perspectiva de encerramento breve da persecução, com audiência marcada para o próximo dia 27 de abril.

No que se refere ao pleito subsidiário de concessão de prisão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

domiciliar, em que pesem os documentos juntados (fls. 105) não há elementos claros que apontem ser a paciente imprescindível aos cuidados de sua filha. Nesse sentido, a ausência de prova reveladora da situação excepcional inviabiliza a flexibilização da regra prevista no artigo 117 inciso III da Lei de Execuções Penais³. Nesse sentido, 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 desprovimento 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 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-

³Art. 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

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).

Não há, igualmente, provas indicativas de que a paciente integre grupo de risco ou que seja portadora 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 desenvolvida pela autoridade apontada como coatora encontra amparo nos juízos de urgência e de necessidade que são próprios das cautelares pessoais e, em especial, a prisão preventiva, consubstanciado pela necessidade de resguardo da ordem pública. Isso porque, as circunstâncias concretas do fato, conforme delineado alhures, indicam ser insuficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas.

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

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator