



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000957322

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2238587-78.2020.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é impetrante ALEX HENRIQUE DOS SANTOS e Paciente CESAR HENRIQUE LOPES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª 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 SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES E CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 24 de novembro de 2020.

FÁTIMA GOMES

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 3404

HABEAS CORPUS nº 2238587-78.2020.8.26.0000

COMARCA: Americana - 1ª. Vara Criminal

PACIENTE: Cesar Henrique Lopes da Silva

IMPETRANTE: Alex Henrique dos Santos

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Prisão preventiva – Inteligência dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal – Requisitos objetivos e subjetivos verificados – Decisão do Juízo fundamentada – Liberdade provisória incabível – Pleito de conversão de prisão em prisão domiciliar – Paciente com filho menor – Decisão proferida pelo C. STF no Habeas Corpus (HC 165704 HC 165704/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20.10.2020) coletivo para determinar a substituição da prisão cautelar por domiciliar dos pais e responsáveis por crianças menores de 12 anos e pessoas com deficiência, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP) e outras condicionantes– Caso concreto que deveras se insere nas “situações excepcionálissimas” previstas no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP do C. STF - ORDEM DENEGADA.

Vistos.

Trata-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Alex Henrique dos Santos, em favor de **Cesar Henrique Lopes da Silva**, preso em flagrante delito pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, contra ato do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana, que indeferiu o pedido de Liberdade Provisória formulado em favor do paciente, mantendo-o no cárcere.

Sustenta, em síntese, que no presente caso concreto a discussão é sobre a legalidade da prisão efetuada pelos guardas municipais. Aduz que a jurisprudência diz que é considerada ilícita a prisão realizada por guarda municipal fora da situação de flagrante. Diz que nesse caso concreto pode-se afirmar com clareza que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o ato dos GCMs se trata de poder de polícia, uma vez que o paciente não estava em situação de flagrante ou fundada suspeita. Afirma que o fato de o acusado ter sido preso ilegalmente em 29/04/2020 nessa Comarca também por guardas municipais e sofrido diversas agressões físicas. No processo ficou comprovado que o acusado foi agredido fisicamente e que a prisão foi ilegal, e a pedido do Ministério público foi aberto inquérito em desfavor dos guardas municipais, o que pode ser suficiente para fundar suspeita de perseguição e represália contra o acusado, já que os guardas municipais estão respondendo inquérito pelas agressões e por se tratar de uma cidade pequena os guardas são amigos entre eles. Requer a revogação da prisão preventiva, com a imediata expedição de alvará de soltura.

Negada a medida liminar (fls. 45/47), foram solicitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 50/51).

A Defesa peticiona as fls.54/56, pleiteando a concessão de prisão domiciliar ao paciente, com fundamento no Habeas Corpus STJ596.603, alegando ser ele, pai de menor de nove anos de idade, cuja comprovação anexa aos autos, que necessita de seus cuidados de forma indispensável financeira e emocionalmente.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls.59/68).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ab initio, anote-se que, a alegação de ocorrência de nulidade decorrente de haver sido a abordagem efetuada por guardas municipais, fato que configuraria usurpação de função pública da Polícia Militar, não deve prosperar.

Mesmo que não especificada tal conduta entre as atribuições constitucionais previstas para a Guarda Municipal, tem-se que, nos termos do disposto no art. 301, do Código de Processo Penal, qualquer do povo pode abordar quem se achar em flagrante delito, coibindo a prática de crime. Perfeitamente legal, destarte, a abordagem realizada pelos integrantes da referida Corporação, com consequente apreensão do bem ilícito encontrado no ensejo e apresentação à autoridade policial civil (18 porções de *maconha*, 05 porções de cocaína e 02 pedras de crack). E vale lembrar que como ele estava em situação de flagrância, qualquer um do povo poderia realizar a prisão (artigo 301, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES DECISÃO FUNDAMENTADA. POSTULA O RECONHECIMENTO DE NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA É RESPONSABILIDADE DE TODOS, SENDO DEVER DAQUELES QUE COMPÕEM A SEGURANÇA PÚBLICA. PRECEDENTES. 1. O fato de estar inserido no rol dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

delitos hediondos ou equiparados não basta para a imposição da constrição cautelar, por ser necessária a existência de circunstâncias que demonstrem a adoção desta medida excepcional. 2. As Turmas componentes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já cristalizaram o entendimento de inexistir constrangimento ilegal quando a prisão, suficientemente fundamentada, retratar a necessidade da medida para as garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. 3. No caso concreto, a necessidade da segregação cautelar, encontrava-se, à época, fundamentada na participação do paciente no tráfico de entorpecentes, evidenciando a dedicação aos delitos da espécie, alicerce suficiente, à época, para a motivação da garantia da ordem pública. 4. A Quinta Turma deste Sodalício expõe que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP). 5. Ordem denegada. (HC 194392 / SP, HABEAS CORPUS 2011/0006251-5, Relator Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 16/02/2012, Data da Publicação/Fonte: DJe 15/03/2012)”. Grifei.

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. PENA APLICADA: 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM FLAGRANTE POR GUARDA MUNICIPAL E CONSEQUENTE APREENSÃO DO OBJETO DO CRIME. PACIENTE PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Embora a Guarda



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8º da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP. 2. A circunstância de ser o paciente portador de maus antecedentes, quando somada à reincidência, é suficiente para, apesar da pena total de 2 anos e 8 meses de reclusão, fixar-se o regime inicial fechado para seu cumprimento. Afastada a aplicação da Súmula 269/STJ. Precedentes. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (HC 109592 / SP, HABEAS CORPUS 2008/0139550-7, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 18/02/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 29/03/2010)". Grifei.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condenatória. 4. Ordem denegada. (HC 129932 / SP, HABEAS CORPUS 2009/0035533-0, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 15/12/2009, Data da Publicação/Fonte: DJe 01/02/2010)". Grifei.

Resta, portanto, afastado o pleiteado pela Defesa, pois não se vislumbra a alegada nulidade.

No mais, insurge-se a impetrante contra ato do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Americana, que indeferiu o pedido de Liberdade Provisória formulado em favor do paciente, mantendo-o no cárcere.

Sobre os requisitos da prisão preventiva, dispõe o Código de Processo Penal, com sua redação atualizada, pela Lei 13.964/2019:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

No caso em tela, há evidências bastantes de autoria e materialidade.

Apenas para permitir o entendimento da situação fática delineada, consta da denúncia(fl.164/166) que “*no dia 04 de agosto de 2020, por volta das 05h25, na Rua Ema, altura do*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*numeral 173, Jardim dos Lírios, no Município e Comarca de Americana, **CESAR HENRIQUE LOPES DA SILVA**, qualificado a fl. 06, trazia consigo 18 porções de maconha, 05 porções de cocaína e 02 pedras de crack, subproduto da cocaína, para fins de venda e entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 12 e laudo de constatação preliminar de fls. 14/16. Ao que se apurou, nas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, o denunciado trazia consigo 18 porções de **maconha**, 05 porções de cocaína e 02 pedras de crack, embaladas separadamente, prontas para a venda e entrega ao consumo de terceiros, quando foi surpreendido por guardas municipais. É certo que ele tentou empreender fuga e arremessou as drogas em cima do telhado de uma casa, porém foi perseguido e detido. Ato contínuo, os guardas municipais localizaram um pote, de cor roxa, contendo as drogas que ele havia dispensado. Em poder do denunciado foi apreendida a quantia de R\$ 19,00, produto do tráfico de drogas. Ele confidenciou aos guardas municipais que estava realizando o tráfico naquele lugar e, por isso, tentou se evadir.”*

Trata-se, por óbvio, de quantidade de entorpecente absolutamente superior ao normalmente necessário para o uso momentâneo.

É certo que o fato, em tese praticado pelo paciente, extravasou as elementares do tipo penal, bem como a pena prevista ultrapassa quatro de reclusão, o que permite a decretação da prisão preventiva (medida de exceção), preenchendo o requisito previsto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Ressalto que é incabível a liberdade porque estão presentes os pressupostos da prisão preventiva, conforme já fundamentado na decisão que a decretou.

Ao contrário do sustentado pelo douto Advogado, a necessidade da prisão foi devidamente fundamentada na decisão. Justificou-se que o caso é grave porque foram apreendidas porções consideráveis de entorpecentes, a indicar periculosidade e possibilidade concreta da reiteração da conduta delitiva caso seja posto em liberdade. Isso porque ninguém começa traficando uma quantia destas, a sugerir possível reiteração da conduta.

Ressalto, ainda, que segundo a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *"a natureza e a quantidade da droga apreendida evidenciam a gravidade concreta da conduta capaz de justificar a ordem de prisão preventiva"* (HC nº 129.626/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 08.05.17).

Ademais, reputo presente no caso o fundamento da necessidade da prisão cautelar sob o fundamento da garantia da ordem pública, contido no art. 312 do Código de Processo Penal.

Não é suficiente a demonstração de bons antecedentes e residência fixa definida por parte do agente do delito para a obtenção da liberdade, pois ela já ostentava tais condições quando teria se envolvido nesse fato de tamanha gravidade (STJ, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 7750/MG, Quinta Turma, rel. Min. Edson



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vidigal, j. 18.08.1998).

Assim, não é possível descartar, de plano, no apertado âmbito deste *writ*, a perspectiva, em tese, de intuito deliberado de mercancia ilícita de entorpecentes e de que haja dedicação ao delito como prática econômica. Logo, justifica-se a medida prisional para coarctar o exercício da traficância, de tão nefastas consequências sociais, de modo a garantir, assim, a ordem pública.

Com efeito, apesar dos argumentos lançados na impetração, na presente hipótese concreta a configuração dos requisitos demonstrativos do cabimento da medida prisional está evidenciada, como demonstrado, inclusive, pela decisão do Juízo *a quo*, que proferiu fundamentadamente a r. decisão combatida descendo às peculiaridades do caso concreto (fls.84/87): “[...] *Não há necessidade da prisão apenas pela gravidade do crime, que em sua forma básica é considerado pela legislação especial como hediondo, mas de consideração detida da hipótese concreta, enfatizando que o acusado tem maus antecedentes. A quantidade de drogas apreendidas (0,3 gramas de crack, 25 gramas de maconha e 3 gramas de cocaína), bem como o numerário sem comprovação de origem lícita (R\$ 19,00), denotam a ideação do autuado em levar a cabo crime grave, em período especialmente sensível da sociedade, que se recolhe no intento exatamente de prevenir e coibir a disseminação do vírus covid-19. Embora alegasse ter como profissão a função de servente, não fez prova de exercer ocupação lícita. Ademais, os seus antecedentes, bem alertou o Ministério Público, demonstram que há anos o acusado vem delinquindo, inclusive em prática de crime*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

grave, contra o patrimônio (roubo), caracterizando a sua reincidência. Outros maus antecedentes foram atestados nas folhas de fls. 54/70, o que por si expressa o perfil do agente[...].”

No presente caso, os indícios de autoria são robustos e a materialidade está estampada pelo laudo de constatação acostado. Não se verifica, pelas circunstâncias do fato e quantidade de entorpecentes apreendidos, tratar-se o paciente de mero usuário de drogas, razão pela qual a constrição cautelar, neste momento, se revela necessária.

Nítido, ademais, que a medida prisional não carece de fundamentos, sendo sobejamente sabido que na fase processual em apreço cabe que o magistrado se mantenha relativamente sucinto, reservando considerações extensas e aprofundadas para o momento do julgamento do feito.

Quanto a questões referentes ao mérito da ação penal, trata-se de matéria a ser analisada por ocasião da prolação da sentença, pelo magistrado de primeiro grau, após concluída a colheita de elementos de convicção ao longo da instrução processual.

No presente ensejo, o que efetivamente se tem é o preenchimento dos requisitos exigidos para decretação e manutenção do encarceramento cautelar dos pacientes.

Por fim, diante das circunstâncias peculiares



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do caso concreto, que demonstram a gravidade da conduta específica imputada ao paciente, bem como da situação em que flagrados, é certo que outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal se mostram insuficientes neste momento e em face dos elementos trazidos aos autos.

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

“Habeas corpus. Prisão preventiva. Prova material e indícios de autoria a respeito da prática de roubo duplamente majorado. Segregação cautelar necessária a fim de garantir-se a ordem pública. Custódia decretada em consonância aos pressupostos e fundamentos estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Insuficiência, ao menos por ora, de substituição dessa prisão por medida cautelar prevista no artigo 319 desse diploma. Ordem denegada. (HC nº 0050328-80.2013.8.26.0000, Des. Rel. Encinas Manfré, j. em 06/06/2013);

“HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. Impossibilidade. APLICAÇÃO DAS NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. Descabimento: A natureza da infração penal e a periculosidade do caso concreto refutam eventual direito de se aguardar o desfecho do processo em liberdade. Desta forma, havendo fundamentação suficiente e presentes os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, é de rigor a manutenção da decisão que a decretou, descabendo a aplicação das novas medidas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do CPP, introduzidas pela Lei nº 12.403/2011. Ordem denegada” (HC nº 0004500-31.2013.8.26.0000, Des. Rel. J. Martins, j. em 25/04/2013);

“Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Pedido de liberdade provisória. Inadmissibilidade. Existência de indícios de autoria e materialidade. Decisão fundamentada nos termos do artigo 312, do Código de Processo Penal. Aplicação de medidas cautelares. Inviabilidade, pois presentes requisitos para a prisão preventiva Ordem denegada” (HC nº 0031826-93.20138.26.0000, Des. Rel. Walter de Almeida Guilherme, j. em 25/04/2013).

Em igual rumo a orientação específica da C. 13ª Câmara Criminal: HC nº 2050097-82.2014.8.26.0000, Rel. Des. Augusto de Siqueira, j. 15/05/2014; HC nº 2039980-32.2014.8.26.0000, Rel. Des. Cardoso Perpétuo, j. 08/05/2014; HC nº 2045807-24.2014.8.26.0000, Rel. Des. Renê Ricupero, j. 08/05/2014.

Quanto ao pleito de prisão domiciliar, razão não assiste ao impetrante, pois apesar de a certidão exibida comprovar a paternidade e a menoridade da criança (fls. 56), não restou minimamente comprovado que seja o único responsável pelo cuidado conferido aos filhos. Na verdade, do que se depreende, a criança encontra-se sob a responsabilidade da genitora. Ademais, sequer foi mencionado por ele, quando de sua prisão em flagrante, possuir filha menor de 12 anos, tendo mencionando somente possuir uma filha – Beatriz de 16 anos, que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reside com a mãe Jocasta (fls.19) declarando também que faz usos de bebidas alcoólicas, crack, maconha e cocaína, demonstrando que a situação do paciente não se amolda ao disposto no art. 318, inc. V I, do Código de Processo Penal.

Correta, enfim, a imposição da medida prisional, visto que efetivamente presentes os requisitos para a prisão preventiva.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DENEGA-
SE A ORDEM.**

FÁTIMA GOMES
RELATORA