



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000763325

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2204209-62.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante FRED SHUM e Paciente PAULO SÉRGIO SIMÕES DOS SANTOS FILHO, é impetrado MMJD DA VARA PLANTÃO CAPITAL CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA BARRA FUNDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 CESAR MECCHI MORALES (Presidente), ÁLVARO CASTELLO E LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

CESAR MECCHI MORALES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Habeas Corpus nº: 2204209-62.2021.8.26.0000
Comarca: São Paulo
Impetrante: Fred Shum
Paciente: Paulo Sergio Simões dos Santos Filho

Voto nº: 18.254

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Pretensão de reformar decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva – Descabimento – Indícios de autoria e de materialidade delitiva – Circunstâncias do caso concreto que justificam a manutenção da custódia cautelar – Pedido de prisão domiciliar rechaçado – Não restou demonstrada a imprescindibilidade do paciente aos cuidados dos filhos menores – Ausentes indicativos de que o paciente se enquadre no chamado grupo de risco para contágio pelo novo *coronavírus*, ou que, por qualquer outro motivo, apresentem especial vulnerabilidade frente à pandemia – Inaplicabilidade de medidas alternativas (CPP, art. 319) – Constrangimento ilegal não verificado.

ORDEM DENEGADA.

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Fred Shum em favor **Paulo Sergio Simões dos Santos Filho**, alegando que este sofreria constrangimento ilegal por ato do E. Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Capital, ao converter a prisão em flagrante em preventiva.

Sustenta o impetrante que a decisão carece de fundamentação idônea, pois baseada apenas na gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente (tráfico de drogas) e em sua reincidência. Aduz que estão ausentes os elementos autorizadores para a decretação da prisão preventiva, eis que

o paciente possui residência fixa no distrito da culpa e um filho menor de 12 anos. Ressalta a necessidade de se observar a Recomendação n. 62/2020, do CNJ, diante do perigo de contágio pelo novo coronavírus a que o paciente está exposto no interior do estabelecimento penal.

Requer, pois, a revogação da prisão preventiva (fls. 1/6). Junta os documentos de fls. 6/92.

A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 94/96).

Dispensadas as informações, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 100/111).

É o relatório.

2 Consta dos autos que em 26/08/2021 o paciente foi detido em flagrante por tráfico de drogas, sendo no dia seguinte convertido o flagrante em custódia preventiva (fls. 84/88), decisão contra a qual se insurge por meio do presente *writ*.

3. A decisão impugnada mostra-se devidamente fundamentada, pois, além de apontar indícios de materialidade e autoria, analisou as condições pessoais da paciente e salientou a necessidade da segregação provisória, bem assim a inviabilidade de sua substituição por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto, nos seguintes termos:

“no caso em tela, os elementos até então coligidos apontam a materialidade e indícios de autoria do cometimento do crime de tráfico de drogas, cuja pena privativa de liberdade máxima ultrapassa o patamar de 4 (quatro) anos. De fato, o laudo de constatação de substância entorpecente confere a prova da materialidade. A quantidade e a variedade de drogas (172 invólucros de Cocaína 62,9 gramas de Cocaína; 51 invólucros de Maconha 16,6 gramas de Tetrahydrocannabinol Laudo fls. 09/12), o modo de

acondicionamento, R\$38,00 (trinta e oito reais) em dinheiro indicam envolvimento com o tráfico e, por conseguinte, o risco à ordem pública. (...) Saliente-se que embora estejamos em situação de pandemia, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ não pode ser utilizada como salvo-conduto para a prática de crimes, sobretudo em caso de autuados reincidentes. Anoto, ainda, que o autuado supostamente praticava crime contra a saúde pública em meio a uma pandemia, sendo muito mais grave e reprovável sua conduta. Não bastasse isso, há REINCIDÊNCIA específica para ambos os autuados (fls.63/68), circunstância impeditiva, nos termos da lei e na eventualidade de condenação, da concessão de regime menos gravoso. Outrossim, assentada a recalcitrância em condutas delituosas, cumpre prevenir a reprodução de novos delitos, motivação bastante para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente a prática criminosa. (...) Os agentes evidentemente quebraram a confiança que lhes foi depositada pela Justiça Criminal, pois estavam em cumprimento de pena (fls.63 e 67), situação em que deveriam ficar longe de quaisquer problemas com a lei. Só isso já autoriza presumir que as medidas diversas da prisão não se apresentam suficientes na hipótese, ante o desdém demonstrado para com o cumprimento das ordens judiciais e a recalcitrante inobservância da legislação penal. Por essas razões, tenho que a segregação cautelar é de rigor” (fls. 84/88).

4. Por expressa *determinação* constitucional (art. 5o., XLIII), o crime de tráfico é *inafiançável*, além de insuscetível de graça ou anistia. A interpretação desse dispositivo, a rigor, não oferece nenhuma dificuldade, como bem aponta César Dario Mariano da Silva:

" (...) quando a Magna Carta proíbe a concessão da fiança, está englobada a liberdade provisória sem fiança. Seria incongruente proibir a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança (mais grave) e permitir a liberdade provisória sem fiança (menos grave). Com efeito, seria inconstitucional a legislação ordinária que viesse a conceder liberdade provisória a delitos em relação aos quais a Constituição veda a fiança" (STF, HC n. 93.940/SE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1a. Turma, m. v., j. 06/05/2008)" (Lei de Drogas Comentada, 2a. ed., APMP, 2016, p. 158).

Bem por isso, e apesar da declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão "liberdade provisória" no art. 44, *caput* da Lei 11.343/2006, tal dispositivo continua em vigor (TJSP, HC n. 2091944-64.2014.8.226.0000, 8a. Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Alcides Malossi Júnior, v. u., j. 21/08/2014), servindo como significativo referencial para manutenção da jurisprudência majoritária, inclusive desta Câmara:

"Os Pacientes foram presos em flagrante delito por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Primeiramente insta consignar que a r. decisão que converteu a prisão em flagrante dos Pacientes em preventiva, acostada às fls. 8/10, encontra-se devidamente fundamentada, atendendo perfeitamente ao quanto exigido pelo art. 93, IX, da Constituição Federal. Ademais, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, ao prescrever ser o crime de tráfico ilícito de entorpecentes inafiançável, a ele veda a concessão do

benefício da liberdade provisória, pois se a crimes dessa natureza não é dada a possibilidade de alcançar a liberdade mediante pagamento de fiança, com maior razão de ser, inadmissível a concessão do benefício quando não exigível a garantia, situação menos gravosa que aquela” (Habeas Corpus nº 2060066-58.2013.8.26.0000, rel. Des. Luiz Antonio Cardoso, j. 10/12/2013).

“HABEAS CORPUS Crime de tráfico de drogas - Pedido de revogação da prisão preventiva e concessão de liberdade provisória - Alegação de fundamentação inidônea IMPOSSIBILIDADE - Provas carreadas no auto de prisão em flagrante que evidenciam indícios de autoria e de materialidade - Garantia da ordem pública evidenciada pelas circunstâncias que envolvem o fato Paciente preso em flagrante delito com 4 "eppendorfs" de cocaína, encomendados pelas testemunhas que afirmaram tal condição, bem como que já teriam adquirido droga do paciente anteriormente - Dúvida que milita em favor da sociedade - Preenchimento dos requisitos não são os únicos elementos a serem apreciados pelo Juízo, devendo-se levar em conta as circunstâncias do delito - Insuficiência das medidas cautelares do art. 319 do CPP - Decisão bem fundamentada -Ordem denegada” (Habeas Corpus nº 0179934-64.2013.8.26.0000, rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalleiro, j. 03/12/2013).

“O Juízo apontado como coator agiu corretamente e com justiça ao converter a prisão em flagrante delito em preventiva dos pacientes, verificada a existência do crime e indícios suficientes de autoria, concluindo estarem preenchidos os requisitos legais dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, visando à garantia da ordem pública, não interferência no curso da instrução processual e para não se furtarem à

aplicação da lei penal, não havendo que se falar em falta de fundamentação na r. decisão” (Habeas Corpus nº 0183295-89.2013.8.26.0000, rel. Des. Toloza Neto, j. 26/11/2013).

5. No caso dos autos, como já assinalado, as **circunstâncias concretas** do flagrante desautorizam, **frontalmente**, a pretensão veiculada nesta impetração.

Isso porque, além de ser **reincidente específico** na prática do tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 63/68 dos autos originários), na data dos fatos, o paciente teria supostamente sido surpreendidos na posse de 172 invólucros de Cocaína e 51 invólucros de “maconha”, drogas detentoras de efeitos altamente deletérios, bem como a quantia de R\$ 38,00 em espécie (fls. 12). Há, pois, indícios da prática de mercancia espúria de forma habitual, tudo a ser devidamente apurado ao longo da instrução processual.

6. Saliente-se que o fato de o paciente ser ostentar residência fixa no distrito da culpa não é obstáculo à decretação da prisão preventiva, quando presentes seus pressupostos:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO WRIT. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...). 4. Conforme o acórdão ora impugnado, verifico que a constrição cautelar do paciente, ao que me parece, foi suficientemente fundamentada, já que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a manutenção da custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública e para o asseguramento da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. A decretação da prisão cautelar, na realidade, se baseou em fatos concretos observados pelo Juiz de Direito na instrução processual, notadamente a periculosidade do paciente, não só em razão da gravidade do crime

perpetrado, mas também pelo modus operandi da empreitada criminosa. 6. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005). 7. Habeas corpus não conhecido". (HC 98331, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., julgado em 24/11/2009).

7. Ademais, a estreita via do *habeas corpus* não comporta exame aprofundado e valorativo de fatos ou provas, sem descuidar que se mostra prematura a prognose atinente à futura dosimetria das penas, para a hipótese de eventual desfecho condenatório.

8. Inviável, ainda, a concessão do benefício da prisão domiciliar ao paciente, sob o argumento de que ele seria imprescindível aos cuidados dos seus filhos.

Como bem observado no r. parecer ministerial, “*além de não haver prova da paternidade, não há nenhuma indicação de que o paciente seja o único responsável pelo filho, cujos cuidados, conforme se extrai da experiência geral da vida, ficam sempre a cargo da mãe ou dos avós*” (fls. 109).

Com efeito, o próprio paciente, no distrito policial, consignou que seus filhos de 1 e 12 anos de idade ficam aos cuidados de *Flávia Cristina Pereira* (fls. 25), presumivelmente genitora dos menores, não havendo nada nos autos que indique que tal responsável não tenha condições de prover os cuidados de que os infantes necessitam.

Não se pode olvidar, ademais, a **gravidade concreta** da conduta imputada ao paciente, o qual, repiso, estaria trazendo consigo expressiva quantidade de entorpecentes variados, circunstância a impedir a excepcional concessão do benefício pleiteado.

A propósito sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Embora todo pai seja indispensável à criação de seus filhos, o benefício previsto no art. 318, inciso IV, do CPP não possuiu aplicação automática, sendo necessário que o homem comprove ser o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, o que não restou evidenciado, conforme consignou o acórdão recorrido" (HC n. 492.141/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, j. 11/4/2019).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. TENTATIVA DE FUGA NO MOMENTO DO FLAGRANTE. MODUS OPERANDI. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR DE 12 ANOS. DEMONSTRAÇÃO DE SER O PACIENTE O ÚNICO RESPONSÁVEL PELA CRIANÇA. AUSÊNCIA. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. utilização de arma de fogo contra os policiais que deram voz de prisão aos envolvidos; e a tentativa de fuga). 3. Não demonstrada a imprescindibilidade de permanência do paciente em domicílio para cuidar de seu filho menor de 12 anos de idade, bem como que inexista qualquer pessoa da família capaz de cuidar do menor, inviável a concessão da prisão domiciliar com base no art. 318, VI, do Código de Processo Penal. 4. Presentes os requisitos da prisão preventiva, incabível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 410110/MT, Relator Min. Sebastião Reis Junior, Dje 28/11/2017).

Justiça:

Também nesse sentido, precedentes deste Tribunal de

“Habeas corpus. Roubo majorado. Pleito de revogação da prisão cautelar. 'Fumus comissi delicti' e 'periculum libertatis' demonstrados. Necessidade de garantia à ordem pública. Pleito de concessão da prisão domiciliar em razão da condição de pai de criança e com fundamento na pandemia de COVID-19. Indispensabilidade para o cuidado dos filhos não comprovada e medidas de contenção da pandemia observadas nos estabelecimentos prisionais. Ordem denegada” (Habeas Corpus n. 2095401-60.2021.8.26.0000, rel. Des. Luiz Fernando Vaggione, 2ª Câmara de Direito Criminal, j. 30/05/2021).

“HABEAS CORPUS – Roubo - 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

excepcionalíssimas” previstas no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP do C. STF – ORDEM DENEGADA. (...) Quanto ao pleito de prisão domiciliar, razão não assiste ao impetrante, pois apesar das certidões de nascimento exibidas a comprovar a paternidade e a menoridade das crianças (fls. 20/21) não restou minimamente comprovado que seja o único responsável pelo cuidado conferido aos filhos. Na verdade, do que se depreende, as crianças encontram-se sob a responsabilidade da avó, restando por obvio se concluir, que não é o único a suprir as necessidades econômicas de todos, demonstrando que a situação dele não se amolda ao disposto no art. 318, inc. VI, do CPP. Destarte, em caso como o presente, é necessária cautela nesta fase preambular, pois a concessão de prisão domiciliar poderia representar benesse manifestamente indevida, premiando pessoa que, sem revelar nenhuma preocupação com a prole, insiste na vida criminosa.” (Habeas Corpus nº 2082539-57.2021.8.26.0000, rel. Des. Fátima Gomes, 9ª Câmara de Direito Criminal, j. 28/05/2021).

9. Por fim, verifica-se não haver informações de que o paciente seja portador de comorbidades ou, por qualquer outro motivo, apresente especial vulnerabilidade frente à pandemia causada pelo novo coronavírus.

Tanto no âmbito federal (Portaria Interministerial nº 7, de 18/3/2020; Resolução 5/2020, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), como também na esfera estadual (Ofício SAP/GS 249/2020, recebido pelo Exmo. Sr. Corregedor Geral de Justiça), as autoridades responsáveis pela administração penitenciária tomaram, desde o início, todas as providências necessárias para a preservação da saúde da população carcerária. Tanto é assim que, conforme estatísticas diárias publicadas, entre outros órgãos, pelo Departamento

Penitenciário Nacional (DEPEN – MJ) e pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, os casos de contaminação em estabelecimentos prisionais vêm ocorrendo em número *extremamente reduzido*, comparativamente aos índices verificados em *ambiente externo*.

Como bem assinalou o eminente Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal:

"(...) sob pena de se instituir uma política criminal perversa e de danos irreversíveis, a aplicação da Recomendação n. 62/2020 não pode levar à liberação geral e sem critérios dos custodiados. Os bons propósitos da recomendação prevalecem se conjugados com critérios rigorosos para a liberação excepcional do preso." ("Coronavírus não é habeas corpus", O Estado de São Paulo, 10/4/2020).

Merece relevo, nesse mesmo sentido, o seguinte julgado deste Tribunal:

“No que concerne à Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, não obstante a gravidade da situação e a necessidade de serem tomadas providências tendentes a evitar que a pandemia causada pelo vírus Covid-19 alcance o sistema prisional (aliás, há notícia de que algumas medidas que favorecem o isolamento dos presídios já foram tomadas), sua existência não altera a legislação penal, nem a necessidade de cumprimento da pena imputada. E o paciente ainda não cumpre pena no regime aberto, que nos termos do artigo 117 da Lei nº 7.210/04 é condição para a concessão da prisão domiciliar, nem sequer fez prova idônea de que integra o grupo de vulneráveis, ou de que no estabelecimento em que se encontra há risco concreto, extraordinário, além da impossibilidade de nele ocorrerem os cuidados e tratamentos esperados”. (Habeas Corpus Criminal nº 2087502-45.2020.8.26.0000, Relator Des. José Raul Gavião de Almeida, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 13/05/2020).

Bem apontou o ilustre jurista Vladimir Passos de Freitas, a respeito das repercussões jurídicas da atual pandemia do *coronavírus*:

“Tudo isto já está alterando a rotina dos órgãos do Poder Judiciário. O exemplo mais forte é o dos pedidos de Habeas Corpus coletivos, sob a alegação de receio de contrair o novo coronavírus e muitas vezes invocando a idade do preso. Curiosamente, supondo que pessoas que infringiram a lei de forma grave, já que crimes punidos até oito anos de reclusão (CP, art. 33, § 2º, b) permitem prisão em regime aberto, uma vez soltos, obedecerão regras das autoridades da saúde, mantendo-se, obedientemente, em casa.” (artigo publicado em www.conjur.com.br em 29/3/2020; o destaques não são do texto original).

10. De rigor, portanto, a manutenção da custódia cautelar, resultando inviável, por desdobramento lógico, sua substituição por uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Pelo meu voto **denega-se a ordem**.

CESAR MECCHI MORALES
Relator