



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000278757

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2058452-03.2022.8.26.0000, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é impetrante FELIPE TELES TOUOUNOGLU e Paciente LILIAN SILVA DE MORAES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 GERALDO WOHLERS (Presidente), CLAUDIA FONSECA FANUCCHI E DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 18 de abril de 2022.

GERALDO WOHLERS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 40.882

Relator: **Desembargador** Geraldo Wohlers

Habeas Corpus nº 2058452-03.2022.8.26.0000, Comarca de Presidente Venceslau

Impetrante: **Felipe Teles Tourounoglou**

Paciente: **Lilian Silva de Moraes**

Vistos, etc...

1. Trata-se de **Habeas Corpus**, com pedido liminar, impetrado por ilustre advogado em favor de Lilian Silva de Moraes, sob o argumento de que a paciente (autuada em flagrante por tráfico de substância entorpecente - fls. 40 dos autos principais) sofre constrangimento ilegal por parte do E. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Venceslau nos autos do Processo nº 1500172-05.2022.8.26.0483, consistente na conversão da prisão flagrancial em preventiva.

Narra o d. impetrante que **“a Paciente é genitora de 03 filhos, contudo um deles é menor de 12 anos, qual seja: DAVI MORAES DA SILVA, DE 08 (OITO) ANOS DE IDADE”** (fls. 03), o qual está **“sob sua exclusiva tutela e responsabilidade”** (fls. 05). Após a prisão de **Lilian**, **“seu filho ficou sob os cuidados de sua irmã, tia do infante, Sra. Lucimar da Silva Moraes. Ocorre que a irmã da PACIENTE, Lucimar da Silva Moraes é Genitora de mais 04 (quatro) repito, 04 (quatro),**

2

Habeas Corpus nº 2058452-03.2022.8.26.0000 - Voto nº 40.882 - Presidente Venceslau



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

todas menores de 12 anos” (fls. 06) e “NÃO TEM QUALQUER CONDIÇÕES DE CUIDAR DO FILHO DA PACIENTE, O PEQUENINO DAVI, HAJA VISTA ESTA TER, ALÉM DE PROVER O SUSTENTO DE 04 MENORES DE 12 ANOS, AINDA TERÁ QUE CUIDAR E ALIMENTAR DE UM QUINTO MENOR.

Nada Obstante, NÃO HÁ PRESENÇA DE GENITOR para cuidar de tal infante, haja vista que o mesmo separou-se da paciente e, sequer, provê materialmente o sustento do seu filho, haja vista ter desaparecido. QUANTO AOS FILHOS DE 18 E 21 ANOS, estes não residem com a Sra. Lilian (Paciente), bem como não tem condições financeiras de arcar com tais custos de um infante” (fls. 07/8)

Assinala, também, que tampouco a mãe da paciente “detém recursos financeiros e (...) tempo hábil para dedicar-se aos cuidados” dos “05 NETOS, 04 DA FILHA LUCIMAR E O PEQUENO DAVI, FILHO DA PACIENTE” (fls. 10). Ademais, “a avó materna permanece fora de sua residência e domicílio por tempo integral, dado que está contratada em regime celetista (...)

Não bastasse isto, o avô materno Horaldo Martins de Moraes, conjugê de Vera Lucia da Silva, faleceu em decorrência do novo Coronavírus” (idem).

Ressaltando, ainda, “o art. 2º da orientação nº 62/2020 e o Habeas Corpus Coletivo nº 165704/DF” (fls. 18), postula-se a substituição da constrição por prisão domiciliar.

Recusada a tutela preambular (fls. 47/9), prestou informações a honrada autoridade apontada como coatora (fls. 51/3). Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça especializada no sentido da denegação (fls. 57/66).

2. A paciente foi autuada em 14 de março de 2022, tendo havido conversão em preventiva no mesmo dia, quando o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MM. Juiz de Direito Dr. Gabriel Medeiros assentou:

“Consta do expediente em questão que policiais militares da Força Tática na data de hoje, por volta das 02h30min, estavam em policiamento no Posto Raposão quando estacionou um taxi de placa de Campo Grande/MS com duas passageiras. O motorista perguntou aos policiais onde havia um posto com gás natural mais próximo para abastecimento e as passageiras começaram a demonstrar nervosismo.

Diante de tal fato, perguntaram para as passageiras seu destino e as mulheres o informaram que se dirigiam para cidade de Londrina/PR buscar o filho da passageira Lillian. Como estavam nervosas e apresentavam atitudes suspeitas, os policiais decidiram revistar as bolsas das mulheres e encontraram, numa das bolsas, quatro tabletes que se assemelhavam a substância com características de 'crack'. No momento do encontro, as conduzidas acabaram confessando que receberiam, cada uma, a quantia de dois mil reais, para transportar a droga de Campo Grande/MS até Londrina/PR. Quanto ao motorista, o homem afirmou que negociou a corrida das passageiras pelo valor de mil reais e que não tinha consciência que uma delas estava transportando drogas dentro da bolsa de cor marrom, tanto que pediu informações sobre posto que abastecia gás natural para os policiais militares. Diante disso, as duas mulheres e o motorista foram conduzidos ao Plantão de Polícia Judiciária.

A autuada Patrícia Santana Cinta, declarou perante a autoridade policial que 'indica a irmã para ser informada de sua prisão. QUE possui uma filha de sete anos de idade. QUE a menor está sob os cuidados da babá. QUE aceitou fazer o transporte da droga pelo valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). QUE aceitou fazer o serviço, pois precisava de dinheiro para transportar sua filha até Cuiabá para fazer uma cirurgia.' (fls.06).

Neste ato Patrícia corroborou o depoimento prestado perante a autoridade policial e informou que já foi processada pelo crime de tráfico de drogas e, atualmente, está em regime aberto, assinando carteirinha (cf mídia).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A autuada Lilian Silva de Moraes, declarou perante a autoridade policial que 'indica a genitora como pessoa a ser informada sobre sua prisão. QUE possuiu três filhos: um de 21 anos, outro de 18 anos e o menor de 8 anos. QUE criança está sob responsabilidade de sua irmã. QUE está sem dinheiro para realizar uma cirurgia necessária e por isso aceitou fazer o serviço. QUE pegou a droga em Cárceres/MS com pessoa apelidada de 'Juninho', foragido, que ofereceu a quantia de R\$4.000,00 (quatro mil reais) para realizar o transporte da droga até Londrina/PR. QUE a quantia seria dividida com Patrícia. Em Londrina, uma pessoa desconhecida a abordaria na Rodoviária para pegar a droga. QUE o taxista não sabia que ela estava transportando o entorpecente.' (fls. 11).

Nesta audiência, manteve a versão apresentada na fase policial e disse que já foi processada pelo crime de tráfico de drogas (cf mídia).

Diante do cenário apresentado, denota-se que a materialidade do crime em questão encontra-se materializada, ao menos em análise superficial, pelo auto de prisão em flagrante de fls. 01/04, boletim de ocorrência a fls. 16/19, auto de exibição e apreensão a fls. 22/23, fotografias de fls. 24/27 e laudo provisório às fls. 29/34.

De se concluir, portanto, que a circunstância em que se deu a apreensão do entorpecente no momento da abordagem policial indica a ocorrência do tráfico de drogas, em tese e ao que tudo indica, praticado pelo(a) ora autuado(a), uma vez que, segundo os policiais militares, cujos depoimentos não merecem qualquer descrédito, corroboram a ação delitiva praticada.

*Aliás, conforme a prova até então produzida há de se concluir pela prática criminosa, haja vista a quantidade de entorpecente apreendido: **Quantidade 4130 Gramas, Tipo de Acondicionamento Tijolo, Quantidade Acondicionamento 4, Observação 04 tijolos de crack. Peso: 4.130,00g sem lacre; 4.180,00g com lacre. Lacre 00016146 azul.**) - auto de exibição e apreensão de fls. 27.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

Nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica e por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei pena quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autora.

Analizando o presente feito, em razão da vigência da Lei nº 12.403/11, observo ser de rigor a conversão da prisão em flagrante em preventiva, vez que se encontram presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, preconizados nos artigos 312 e 313, inciso I, ambos do CPP.

No caso sob análise há prova da materialidade da existência do crime, bem como indícios de autoria e, examinando os autos, não vislumbro qualquer alteração na situação fática que possa levar à mudança na situação prisional específica, remanescendo o mesmo panorama que o levou à prisão em flagrante, cujos motivos e fundamentos permanecem inalterados.

Desta forma, considerando as peculiaridades do caso concreto, em liberdade o(a) autuado(a) encontrará estímulo para retornar a prática delitiva, sendo sua prisão necessária para a garantia da ordem pública. O tráfico de drogas é um crime gravíssimo que dissemina um verdadeiro terror na já combalida sociedade brasileira, fomentando a execução de crimes violentos e a destruição de famílias inteiras.

Ademais, trata-se de crime inafiançável, o que evidencia a gravidade em concreto da conduta do(a) autuado(a), merecendo providências enérgicas das autoridades, nesse sentido, ratificando-se a voz de prisão em flagrante delito. Saliento, por oportuno, que a eventual condição favorável do(a) autuado(a), por si só, não figura como garantia de eventual direito de liberdade quando os elementos constantes dos autos recomendam a manutenção de sua custódia cautelar, porque presentes os requisitos da prisão preventiva para garantir a ordem pública.

Ainda, há a conveniência da instrução criminal,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

porque as autuadas, se denunciadas, deverão ser citadas e comparecer aos atos processuais, daí a necessidade de estarem presentes em audiência de instrução, visando à busca da verdade real, nada garantindo que, em liberdade, permaneçam no distrito da culpa, eis que reside na cidade de Caceres-MT (fls. 06 e 11).

Além disso, se a autuada vier a ser condenada, nos termos do flagrante e conforme os fundamentos acima, estará sujeita a uma pena privativa de liberdade rigorosa, o que serve de estímulo para que fuja, sendo sua prisão necessária, também, para assegurar a aplicação da lei penal.

Verifico, ainda, que conquanto as certidões de fls. 55/56 e 57/58 deste estado não indiquem a existência de antecedentes criminais, as custodiadas afirmaram nesta audiência que possuem passagens em seu estado de origem, por tráfico de drogas, inclusive Patrícia confirmou que atualmente está em regime aberto 'assinando carteirinha' pela prática do crime de tráfico de drogas, o que demonstra total desprezo com a justiça, circunstância que por si só, não justifica a concessão de liberdade provisória.

Ainda com relação à/s autuada/s, infere-se das informações de fl. 06 e 11 que possuem filhos menores de 12 anos. Sobre essa questão, a despeito da inexistência de prova documental desse fato, consigno que por ocasião do julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 143.641, (j. 24/10/2018), foi concedida ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças (art. 2º do ECA) sob sua guarda, relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício, mediante pronta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comunicação a esta Suprema Corte. Portanto, não se trata de um salvo conduto aplicado indistintamente.

*Ademais, dispõe o artigo 318, inciso V, do CPP sob a **possibilidade** da substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar em casos de mulheres que possuam filhos com idade até 12 anos incompletos. Dispõe o artigo 318, V, do CPP, que: "**Poderá** o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: **V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos**".*

*No caso concreto, conquanto a/s acusada/s tenham mencionado, sem demonstrado documentalmente, que possuem filhos menores (fl. 06 e 11), que não foi cometido com violência ou grave ameaça ou contra sua prole e/ou dependentes, **imperioso destacar que se trata de crime equiparado a hediondo e de extrema gravidade.***

Ademais, analisando a situação específica dos autos, em que pese a/s autuada/s afirmarem que possuem filhos menores, aceitaram sair em longa viagem deixando-a sob os cuidados da irmã da autuada Lilian e da babá da autuada Patrícia (fl. 06 e 11).

*Portanto, tal circunstância revela que os menores **não são totalmente dependentes de seus cuidados.***

(...)

É bem de ver que, considerando o avanço da vacinação atual em relação à Covid-19, inclusive em unidades prisionais, reduzindo-se os casos graves e óbitos em razão da doença, a Pandemia, ao menos no Estado de São Paulo, não mais pode ser invocada como fundamento para obstar o decreto de prisão cautelar.

Por derradeiro, evidentemente as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são inaplicáveis no presente caso, por alguns motivos: a Constituição Federal impõe tratamento mais severo aos crimes hediondos e equiparados, vedando, inclusive, a liberdade provisória com fiança (art. 5º, XLII, CF), o que acarreta a incompatibilidade das medidas cautelares com os crimes noticiados nestes autos; a desproporcionalidade existente entre os crimes



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

praticados e as medidas cautelares (art. 282, II, CPP) e a presença dos pressupostos para a prisão preventiva.” (fls. 27/30).

3. Vê-se, pois, que a r. decisão vergastada se encontra devidamente fundamentada, tendo ressaltado aspectos relevantes do caso concreto (expressiva quantidade de entorpecente apreendido) e da própria paciente (recalcitrância no tráfico de entorpecentes e domicílio n'outro Estado da Federação) - além de, na espécie, o direito positivo vedar a liberdade provisória.

Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLIII (e o Código de Processo Penal, no artigo 323, inciso II, com a nova redação instituída pela Lei nº 12.403/2011), estatui a inafiançabilidade da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos fatos definidos como crimes hediondos. Ora, fiança é, na conceituação do renomadíssimo *MIRABETE*, “*um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irrecorrível. É um meio utilizado para obter a liberdade provisória: se o acusado está preso, é solto; se está em liberdade, mas ameaçado de custódia, a prisão não se efetua. É uma contracautela à prisão provisória, (...)*” - '*Processo Penal*', 16ª ed., ATLAS, 2004, pág. 442.

Se a Carta Política (e o Código de Ritos) impede a concessão de liberdade provisória mesmo com prestação de fiança, ressaí como corolário absolutamente lógico



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que menos ainda sem fiança deferir-se-ia tal liberdade (**por conseguinte, no caso concreto, pelo mesmo naipe de razões, não se revogaria a segregação preventiva**).

A expressão “e liberdade provisória”, existente no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, suprimida pela Lei nº 11.464/07, constituía mesmo redundância, segundo jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal (**v.g.**, as decisões monocráticas corporificadas nos **HCs** de nºs 90.765/SP e 91.550/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJUs de 02.04 e 31.05.07, respectivamente). Consoante registrou a Min.^a Carmen Lúcia no **Habeas Corpus** nº 93.229-1/SP (julgado pela 1ª Turma do STF em 1º de abril de 2008), *“a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida”*.

Demais disso, a disciplina do tráfico de substância clandestina se encontra em **lei especial** - de nº 11.343/06, artigo 44, **caput** -, inteiramente aplicável por aqui ao vedar de forma expressa a outorga de benefício deveras similar àquele pelo qual se bate, com proficiência, a d. Defesa. Nesse sentido: **“LIBERDADE PROVISÓRIA — Inadmissibilidade — Lei antidrogas — Tráfico ilícito de drogas — Benefício vedado expressamente pela lei normativa vigente — Manutenção da prisão cautelar que é obrigatória, em virtude da gravidade do tipo de delito, o qual revela temibilidade e periculosidade — Inteligência dos arts. 33, caput, e 44 da Lei 11.343/2006”** - RT, 865/599. O sublinhado vai por nossa conta.

Assim deliberou esta Augusta Quinta Câmara Criminal, **v.g.**, por ocasião do julgamento dos **Habeas**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corpus nºs 2121312-16.2017.8.26.0000, Comarca de Presidente Prudente; 2123114-49.2017.8.26.0000, Comarca de Franca; 2125132-43.2017.8.26.0000, Comarca de Pindamonhangaba; 2126334-55.2017.8.26.0000, Comarca de Araraquara; 2129528-63.2017.8.26.0000, Comarca de Limeira; 2131638-35.2017.8.26.0000, Comarca de Campos do Jordão, 2136407-86.2017.8.26.0000 (Comarca de Osasco, j. em 27 de julho de 2017), 2137884-47.2017.8.26.0000 (Comarca de Jacareí, j. em 03 de agosto de 2017), 2146742-67.2017.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 10 de agosto de 2017), 2133719-54.2017.8.26.0000 (Comarca de Itariri, j. em 17 de agosto de 2017), 2156111-85.2017.8.26.0000 (Comarca de Barra Bonita, j. em 24 de agosto de 2017), 2150458-05.2017.8.26.0000 (Comarca de Osvaldo Cruz, j. em 31 de agosto de 2017), 2168999-86.2017.8.26.0000 (Comarca de Guaratinguetá, j. em 14 de setembro de 2017), 2180692-67.2017.8.26.0000 (Comarca de São Vicente, j. em 21 de setembro de 2017), 2182328-68.2017.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 09 de novembro de 2017), 2227386-94.2017.8.26.0000, Comarca de Dracena; 2227820-83.2017.8.26.0000, Comarca da Capital; 2229143-26.2017.8.26.0000, Comarca de Itapeçerica da Serra; 2230154-90.2017.8.26.0000, Comarca da Capital, 2230763-73.2017.8.26.0000 (Comarca de Avaré, j. em 30 de novembro de 2017), 2236056-24.2017.8.26.0000 (Comarca de Barretos, j. em 07 de dezembro de 2017), 2010508-44.2018.8.26.0000 (Comarca de Araçatuba, j. em 08 de fevereiro de 2018), 2035833-21.2018.8.26.0000 (Comarca de

11

Habeas Corpus nº 2058452-03.2022.8.26.0000 - Voto nº 40.882 - Presidente Venceslau



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sorocaba, j. em 08 de março de 2018), 0006089-15.2018.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 05 de abril de 2018), 0006039-86.2018.8.26.0000 (Comarca de Marília, j. em 19 de abril de 2018), 2165025-36.2020.8.26.0000 (Comarca de Registro, j. em 05 de agosto de 2018), 2166808-63.2020.8.26.0000 (Comarca de Taquaritinga, j. em 05 de agosto de 2018), 2175480-60.2020.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 26 de agosto de 2020), 2205258-75.2020.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 22 de setembro de 2020), 2212205-48.2020.8.26.0000 (Comarca de Pereira Barreto, j. em 28 de setembro de 2020), 2226388-24.2020.8.26.0000 (Comarca de Orlândia, j. em 06 de outubro de 2020), 2235347-81.2020.8.26.0000 (Comarca de Avaré, j. em 19 de outubro de 2020), 2248791-84.2020.8.26.0000 (Comarca de Itaquaquecetuba, j. em 11 de novembro de 2020), 2254647-29.2020.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 18 de novembro de 2020), 2272032-87.2020.8.26.0000 (Comarca de Americana, j. em 11 de dezembro de 2020), 2269229-34.2020.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 15 de dezembro de 2020), 2273542-38.2020.8.26.0000 (Comarca de Rio Claro, j. em 15 de dezembro de 2020), 2282758-23.2020.8.26.0000 (Comarca de Conchal, j. em 18 de dezembro de 2020), 2288905-65.2020.8.26.0000 (Comarca de Chavantes, j. em 15 de janeiro de 2021), 2303152-51.2020.8.26.0000 (Comarca de Presidente Epitácio, j. em 28 de janeiro de 2021), 2004398-24.2021.8.26.0000 (Comarca de Santos, j. em 04 de fevereiro de 2021), 2006505-41.2021.8.26.0000 (Comarca de Avaré, j. em 1º de

12

Habeas Corpus nº 2058452-03.2022.8.26.0000 - Voto nº 40.882 - Presidente Venceslau



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

março de 2021), 2016918-16.2021.8.26.0000 (Comarca de Sorocaba, j. em 18 de março de 2021), 2049645-28.2021.8.26.0000 (Comarca de São João da Boa Vista, j. em 24 de março de 2021), 2056169-41.2021.8.26.0000 (Comarca de São José do Rio Preto, j. em 15 de abril de 2021), 2068990-77.2021.8.26.0000 (Comarca de Cruzeiro, j. em 15 de abril de 2021), 2077462-67.2021.8.26.0000 (Comarca de Lins, j. em 30 de abril de 2021), 2090988-04.2021.8.26.0000 (Comarca de Hortolândia, j. em 27 de maio de 2021), 2107826-22.2021.8.26.0000 (Comarca da Capital, j. em 10 de junho de 2021), 2107294-48.2021.8.26.0000 (Comarca de Guarulhos, j. em 10 de junho de 2021), 2126421-69.2021.8.26.0000 (Comarca de Marília, j. em 24 de junho de 2021), 2136834-44.2021.8.26.0000 (Comarca de Rio Claro, j. em 08 de julho de 2021) e 2132639-16.2021.8.26.0000 (Comarca de Casa Branca, j. em 14 de julho de 2021).

A propósito do quanto decidido nos autos do **Habeas Corpus** nº 104.339, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (por maioria de votos:- inconstitucionalidade da parte do art. 44, da Lei nº 11.343/06, que proíbe a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de drogas), fica consignado que esta Relatoria acompanha as conclusões dos eminentes Ministros LUIZ FUX, MARCO AURÉLIO e JOAQUIM BARBOSA no sentido da constitucionalidade dessa norma proibitiva do benefício; afinal, como por eles destacado, “... a criminalidade que paira no país está umbilicalmente ligada à questão das drogas ...”, sendo que “... foi uma opção do legislador constituinte dar um basta no tráfico de drogas através dessa estratégia de impedir, inclusive, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fiança e a liberdade provisória ...”; ademais, “... os representantes do povo brasileiro e os representantes dos estados, deputados federais e senadores, percebendo a realidade prática e o mal maior que é revelado pelo tráfico de entorpecentes, editou regras rígidas no combate ao tráfico de drogas” (<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>; 11.05.2012).

4. Demais disso, não se pode maldizer ordem de recolhimento preventivo dirigida a pessoa que já foi processada pela prática do comércio torpe (conquanto não se tenha informação detalhada a respeito da ação penal respectiva) e, insistindo na delinquência, transportava mais de 4 kg de crack (vide Auto de Exibição de Apreensão de fls. 22 e laudo de constatação de fls. 29/34 dos autos originários).

A infração atribuída à increpada é demolidora da integridade moral e mental de seus desditosos alvos; submete progressivamente os incautos ao cativeiro existencial do vício morféutico e ao mais deletério ócio, porque os vitimados por essa chaga praticamente conduzem sua vida produtiva ao epílogo.

5. Também não se há cogitar de revogação da prisão em virtude da pandemia ocasionada pelo *coronavírus*, porquanto o único motivo a justificar a libertação seria a existência de moléstia nova a rondar a sociedade - esta que se propagou a partir do Oriente. Ocorre que, se assim se procedesse, cada intensificação de doença (por exemplo, dengue, malária, *H1N1*, tuberculose, hanseníase, sarampo, *HIV*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

leptospirose, sífilis e tantas outras) acarretaria a eliminação/supressão da possibilidade de decretação de prisão preventiva, panorama deveras preocupante que não nos parece fazer sentido.

Consoante precedente desta I. Câmara Criminal, **“deve ser mencionado que a eclosão da Pandemia de Covid-19 não implica, por si só, na admissão automática do paciente no regime de prisão domiciliar, conforme, aliás, tem sido a orientação desta Colenda Câmara, notadamente porque inexistentes (a) indicação de autoridade sanitária para que se proceda à soltura de presos, provisórios ou não, (b) notícia de que pertença a grupo de risco, (c) documentação médica apontando a necessidade atual de assistência à saúde diferenciada, (d) demonstração de que há risco efetivo, no estabelecimento onde se encontra, maior que o suportado pelas pessoas não presas de contrair o CORONAVÍRUS, (e) comprovação de que em meio aberto receberá cuidados médicos mais adequados do que aqueles estatalmente prestados e, paralelamente, (f) porque não evidenciado que o Estado, na esfera direta ou indireta da administração penitenciária, não tenha meios de prontamente oferecer tratamento, em caso de eventual infecção pelo novo CORONAVÍRUS (SARSCOV-2), em observância, inclusive, à regra jurídica expressamente disposta no artigo 41, inciso VII, da Lei das Execuções Penais, garantida pelo artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal” - Habeas Corpus n. 2248893-09.2020.8.26.0000, Comarca da Capital, j. em 10 de dezembro de 2020, Rel. o douto Des. Tristão Ribeiro.**

6. Tampouco se há falar em prisão domiciliar. V. decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

maioria de votos, determinou a **“substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício” (HC nº 143.641/SP, Relator o destacado Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado aos 20 de fevereiro de 2018 - vencido o ilustre Ministro Edson Fachin).**

No mesmo sentido, mais recentemente, por votação unânime, a Suprema Corte estabeleceu **“a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carregada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes” (HC nº 165.704/DF, Relator o douto Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado aos 20 de outubro de 2020).

Releva enfatizar que as v. decisões do Pretório Excelso excetuaram a substituição da constrição cautelar pela domiciliar *“em situações excepcionálissimas”*.

No caso vertente, a despeito de a d. impetrante ter comprovado que **Lilian** é mãe do infante Davi de Moraes Silva (cf. Certidão de Nascimento de fls. 32), foi ela presa em flagrante porque transportava - repise-se - mais de 4kg de **crack**, e para praticar tal conduta deixara seu filho menor aos cuidados de sua irmã.....

Destarte, estamos no terreno da exceção, não sendo recomendável que se conceda a pretendida substituição.

7. Em decorrência do exposto, meu voto **denega a ordem.**

Geraldo Wohlers
Relator