



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000288916

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2056406-75.2021.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D Oeste, em que é paciente ANTONIO CARLOS DA ROSA GIMENEZ, Impetrantes HELTON PAULO MARQUES, REGINALDO JOSÉ DE MELO e ROBSON PULINARIO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª 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 CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO E EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 19 de abril de 2021.

EDISON BRANDÃO

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2056406-75.2021.8.26.0000
Autos de origem nº 1500299-21.2021.8.26.0533
Impetrado: MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da
Comarca de Santa Bárbara D'Oeste
Impetrante: Robson Pulinaro Fernandes
Paciente: **ANTÔNIO CARLOS DA ROSA GIMENEZ**

Voto nº 41398

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Pleito de revogação da prisão preventiva – Impossibilidade – Decisão suficientemente fundamentada - Inteligência dos artigos 312 e 313, I do CPP - Presentes os requisitos ensejadores da decretação da medida – Apreensão de quase 138 quilos de crack, que eram transportados entre Estados da Federação - Necessidade de garantia da ordem pública - Inaplicabilidade de quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal – Pandemia do COVID-19 - Recomendação 62/2020 do CNJ que possui, como o próprio nome diz, caráter de recomendação – Requerimento genérico, não sendo justificada, concretamente, a necessidade de substituição do cárcere - Presença dos requisitos e circunstâncias que autorizam a manutenção da custódia cautelar - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem denegada.

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Robson Pulinaro Fernandes, em favor de **ANTÔNIO CARLOS DA ROSA GIMENEZ**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste.

Narra, de início, que o paciente está sendo acusado da prática do crime de tráfico de drogas, sendo decretada a prisão preventiva.

Sustenta, em síntese, que a decisão combatida carece de fundamentação idônea, eis que baseada na gravidade abstrata do delito. Além disso, alega que estão ausentes os requisitos que autorizam a decretação da custódia cautelar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ressalta a excepcionalidade do cárcere, bem como o cenário atual, marcado pela pandemia do COVID-19, destacando a superlotação do estabelecimento em que o paciente se encontra.

Pontua, ademais, que o crime em tese praticado não se reveste de violência ou grave ameaça contra a pessoa, revelando-se suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão. Nesse ponto, ressalta o teor do acórdão proferido no RHC 126.001/SP, pelo C. Superior Tribunal de Justiça e o disposto no artigo 315 do Código de Processo Penal.

Alega, ademais, que o acusado é o único responsável pelos cuidados de seu filho de 04 anos de idade, sendo certo, pois, que faz jus à substituição do cárcere por prisão domiciliar.

Requer, assim, a revogação da custódia, expedindo-se o competente alvará de soltura e, subsidiariamente, a imposição de medidas cautelares alternativas (fls. 01/13).

A liminar foi indeferida à fls. 129/131.

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 133), tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 154/161).

Relatei.

O presente *habeas corpus* deve ser denegado.

Consta dos autos que, em tese, no dia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16 de fevereiro de 2021, por volta das 14h08, na Rodovia SP-348, Km 134, na cidade e comarca de Santa Bárbara D'Oeste, **ANTÔNIO CARLOS DA ROSA GIMENEZ**, transportava, entre Estados da Federação, para posterior entrega a consumo de terceiros, 134 tabletes de crack, com peso aproximado de 137,835 Kg.

Apurou-se que, na ocasião dos fatos, o denunciado transportava no interior de seu veículo automotor, desde o Estado do Mato Grosso do Sul, as porções de droga apreendidas, prontas para serem entregues a consumo de terceiros no município de Mauá/SP. Enquanto trafegava pela Rodovia SP 348, foi abordado por policiais militares na altura do Km 134. Em revista pessoal, foi localizada a quantia monetária de R\$ 1.269,00. Em buscas no seu automóvel, os entorpecentes foram localizados e apreendidos em um compartimento existente sob a carroceria, com acesso por trás do banco traseiro, por meio da abertura de uma chapa metálica.

Indagado, confessou, informalmente aos agentes públicos e em sede policial, a prática delitiva.

Pois bem.

Em atenta análise dos autos, não se verifica qualquer ilegalidade na decisão combatida, que se encontra devidamente fundamentada, em observância aos preceitos legais e às circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, consignou que: "(...) *Convém ressaltar, de início, que a situação pandêmica de COVID-19, por si só, não possui o condão de impor indistintamente a concessão de liberdade provisória àqueles segregados. Com efeito, conforme o artigo 1º, § único, inciso I, da Recomendação n.º 62, do Conselho Nacional de Justiça, de 17 de março de 2020, confere-se proteção prioritária aos grupos de risco, mais suscetíveis a desenvolver quadros graves da doença. Ademais, o artigo 8º, inciso I, alínea "c", daquela Resolução, autoriza expressamente a segregação cautelar, caso verificada a insuficiência de medidas*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cautelares diversas da prisão. (...) na hipótese dos autos, o averiguado não demonstrou enquadramento em grupo de risco, não apresentando idade avançada ou comorbidades prévias. No mais, há prova de materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, em juízo de cognição sumária, realizado à luz daquilo produzido até o momento. E se imputa ao averiguado a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, crime doloso punido com pena superior a quatro anos de reclusão. Por fim, colocar o averiguado em liberdade neste momento fomentaria a ideia de impunidade e traria risco concreto para a garantia da ordem pública, sobretudo diante da expressiva quantidade de drogas apreendidas em poder do averiguado (fls. 10/11: 134 tabletes de crack, pesando 137.835,0 gramas), a indicar proximidade dele com o meio criminoso e efetivo perigo de reiteração da conduta, na hipótese de soltura. Justamente por isso, incabível a substituição da prisão pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por manifesta insuficiência." (fls. 20/21).

Não há que se falar, portanto, em ausência de motivação adequada ou ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A propósito:

"A manutenção da custódia pela Magistrada na Primeira Instância foi devidamente justificada, não havendo como se cogitar de falta de fundamentação que pudesse inquirar de nula a respectiva decisão que abordou com objetividade a ausência dos requisitos para a obtenção da liberdade" (TJSP, Habeas Corpus nº 1.026.377.3-2, 14ª Câmara Criminal, Rel. DES. DÉCIO BARRETTI, j. 08/02/2007).

Não se olvida que o art. 313, do Código de Processo Penal, dispõe que será admitida a prisão preventiva nos casos em que o crime imputado seja doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, aqui, a lei penal prevê sanção de 05 a 15 anos de reclusão, estando os pacientes, portanto, enquadrados na condição do inciso I, do mencionado artigo do Estatuto Processual.

Cabe salientar que o comércio ilícito de entorpecentes, ainda que cometido sem violência e grave ameaça, fomenta, em tese, a prática de outros delitos tão ou mais graves, o que provoca, com frequência alarmante, intranquilidade para o seio da comunidade, justificando-se a prisão cautelar, pois indispensável à garantia da ordem pública.

Note-se, ainda, que tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Ademais, verifica-se que foi apreendida quantidade exorbitante de droga, de alto poder vulnerante – quase 138 quilos de crack, que o acusado transportava entre Estados da Federação -, além de relevante quantia em espécie, o que reforça os indícios de que as substâncias seriam destinadas ao comércio ilícito.

Nessa esteira, vejamos o que preconiza o art. 282, do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título [dentre elas, a prisão em flagrante e a prisão preventiva] deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). [g. n.]

Registra-se o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores de que a vedação da concessão da liberdade provisória em casos de crimes hediondos e a eles equiparados decorre da previsão constitucional da inafiançabilidade.

Destaca-se a jurisprudência dominante:

"A vedação da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º, LXVI, da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, a mudança do art. 2º da Lei 8.072/90, operada pela lei 11.464/07, não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte. Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referido óbice apresenta-se reforçado pelo disposto no art. 44 da lei nº 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que a proíbe expressamente" (STJ, 5ª Turma, HC nº 86642/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 25.02.2008).(g.n)

E mais:

A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "e liberdade provisória" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, caput), aplicável ao caso vertente. 4. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. 5. Litude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República, e no art. 44 da Lei n. 11.343/06, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória. Ordem denegada. (STF, HC 93229, Rel. Min. Carmen Lúcia, 01/04/2008). (g.n.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por outro lado, não se descuida ter o Supremo Tribunal Federal reconhecido, em sede de repercussão geral, a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei de Drogas (RE 1038925/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, sessão de 18 de agosto de 2017).

Contudo, além de tal decisão não possuir efeito vinculante, é sabido que o próprio STF admite a prisão cautelar em casos de tráfico de drogas, agora com fundamento no artigo 312 do CPP:

"(...) PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. ART. 44 DA LEI 11.343/06: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO HC 97.256. SUBSISTÊNCIA, NO ENTANTO, DA JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. (...). 1. O artigo 44 da Lei 11.343/06 – que veda a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 10 de maio de 2012. Naquela ocasião, o Pleno desta Corte decidiu que o referido dispositivo afronta os princípios da presunção de não culpabilidade e da dignidade humana, **determinando, todavia, o retorno dos autos ao juízo de origem para que fosse apreciada a existência, ou não, dos requisitos da prisão preventiva, à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. In casu, contudo, o indeferimento da liberdade provisória não se deu com respaldo na vedação legal declarada inconstitucional por esta Corte, mas, sim, com fundamento na necessidade da custódia para a garantia**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. Isso porque o magistrado singular concluiu que há elementos concretos que indicam que, caso seja posto em liberdade, o paciente continuará praticando a traficância. Acrescentou, ainda, que a custódia facilitará o reconhecimento do acusado pelas testemunhas. (HC 119554 AgR / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 05/11/2013).

Ademais, as medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, só poderão ser aplicadas quando ausentes os requisitos para a prisão preventiva, o que não ocorre no caso em comento.

Verifique-se a redação do art. 321, do Código de Processo Penal:

"Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código" (g.n.).

Frise-se que o direito de responder ao processo em liberdade não é irrestrito nem absoluto. Não obstante a liberdade constitua a regra determinada pela Constituição da República, admite-se a sua privação em caráter precário antes da sentença condenatória definitiva, o que não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Neste sentido:

"Demonstrada a necessidade da medida cautelar



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constritiva da liberdade humana, concretizada em decisão, ainda que sucinta, onde consignadas as razões pelas quais entendeu necessária, descabe pretender desconstituí-la com a invocação do princípio da presunção de inocência, ou pela circunstância de ser o paciente primário, radicado no foro da culpa e com profissão definida" (Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 58, p. 119) (g.n.).

No que tange à pandemia COVID-19, não se verifica, do mesmo modo, ilegalidade na decisão impetrada. O MM. Juízo a quo salientou, inclusive, que o paciente "não demonstrou enquadramento em grupo de risco, não apresentando idade avançada ou comorbidades prévias." (fls. 20).

Além disso, não se desconhece os elevados propósitos que levaram a edição da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, porém, como o próprio nome diz, trata-se, nada mais, que uma recomendação, uma advertência, não sendo caso, portanto, de aplicação imediata e automática.

Ressalta-se, ainda, que, além de não demonstrada infecção por parte do paciente pelo COVID-19, não foi comprovada a falta tratamento adequado, se eventualmente necessário.

Importante registrar, ademais, que não foi referendada pelo Plenário do Pretório Excelso a liminar concedida no bojo da ADPF nº 347, pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio.

Anota-se, ainda, que a Portaria Interministerial nº 07 de 18 de março de 2020 adota providências suficientes à contenção da pandemia no sistema prisional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No presente caso, repise-se, o requerimento é genérico, não tendo o impetrante demonstrado, concretamente, a justificação do deferimento do pleito. Aliás, não há nos autos qualquer indício de que sua saúde esteja comprometida ou, ainda, que a unidade prisional não possui condições de proceder ao tratamento adequado, se necessário. Sequer há notícias de que integra grupo de risco.

Portanto, e presentes os requisitos que autorizam a manutenção da custódia cautelar, temerária a soltura do acusado neste momento, eis que a colocação em liberdade dar-se-ia em grave prejuízo à sociedade.

Confira-se recentes julgados deste E. Tribunal relativos ao tema:

"Habeas Corpus – Tráfico ilícito de drogas – Decisão fundamentada na demonstração dos pressupostos e requisitos autorizadores da prisão preventiva – Condições pessoais desfavoráveis – Revogação – Impossibilidade – Insuficiência das medidas cautelares alternativas – Reconhecimento – Pandemia de Covid-19 que não tem o condão de alterar a imprescindibilidade da medida extrema – Precedentes – Alegação de constrangimento ilegal não evidenciada – Ordem denegada."
(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2059020-87.2020.8.26.0000; Relator (a): Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 3ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/04/2020; Data de Registro: 14/04/2020)

"Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Pacientes que pretendem a concessão da liberdade provisória em virtude da ausência dos requisitos da prisão preventiva. Alegação de pandemia que recomendaria a soltura dos pacientes, evitando-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se aglomerações que tornam maior o risco de contágio da doença. Impossibilidade. Requisitos da prisão preventiva bem demonstrados nos autos. Grande quantidade de entorpecente apreendida. Existência de emergência epidemiológica que não pode ser considerada motivo para soltura irrestrita de toda e qualquer pessoa, ainda mais quando não demonstrado concretamente o risco. Necessidade de segregação cautelar para garantia de ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Ordem denegada.” (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2049236-86.2020.8.26.0000; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 9ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2018; Data de Registro: 14/04/2020)

Ressalta-se, ademais, que a condição de genitor, por si só, não enseja a substituição do cárcere por prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 318, que o juiz poderá substituir o cárcere preventivo quando presente hipótese ali elencada. Trata-se, pois, de uma faculdade do Juízo, que deve analisar a conveniência da medida.

Nesse ponto, aliás, não há que se falar em aplicação do entendimento perfilhado no *Habeas Corpus* 165.704/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, eis que a referida decisão, proferida pelo Pretório Excelso, prevê a necessidade, “(...) (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 deficiente, nos termos acima descritos;” (g.n.), o que, dos documentos acostados aos autos, não restou demonstrado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, em relação ao mencionado acórdão proferido no RHC 126.001, registra-se que se trata, aqui, de situação fático-processual bastante diversa daquela analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ressaltando-se que o paciente destes autos transportava enorme quantidade de droga entre Estados da Federação, de altíssimo poder lesivo (*crack*) – o que indica, a princípio, a relação com organização criminosa -, além de ter confessado a prática do delito.

Importante consignar, nesse ponto, que a prática do crime pelo qual foi denunciado, bem como dos fatos e provas constantes do processo, só poderão ser examinados em sede de cognição exauriente, o que é incompatível esta estreita via do *habeas corpus*.

É a jurisprudência dominante:

"Inviável se mostra a análise da tese relativa à insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, visto que o habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento" (STF; HC 71372/MS; Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 21.02.2008).

"Exame de provas em habeas corpus é cabível desde que simples, não contraditória e que não deixe alternativa à convicção do julgador" (STF; HC; rel. Min. Clóvis Ramalhete; DJU 18.9.81, p. 9.157).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Destarte, não se vislumbra a presença de constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem.

Isto posto, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

EDISON BRANDÃO
Relator