



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000765746

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2200683-87.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente EVANDRO GOMES DA SILVA e Impetrante MARLON HEGHYS GIORGY MILAMETTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 REINALDO CINTRA (Presidente) E FREITAS FILHO.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto 951

Habeas Corpus Criminal

Processo nº 2200683-87.2021.8.26.0000

Relator: ADILSON PAUKOSKI SIMONI

Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal

Paciente: Evandro Gomes da Silva

Impetrante: Marlon Heghys Giorgy Milametto

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos no crime de tráfico de droga (STF). Porém, a decisão que decretou a prisão preventiva *in casu* encontra-se suficientemente fundamentada – Insuficiência de medidas cautelares alternativas – Condições pessoais favoráveis não têm o condão, *de per se*, ensejar a liberdade – Prematuro se afigura, na estreita via do habeas corpus, prognosticar-se, na hipótese de condenação, se o caso concreto permite a aplicação da figura contida no §4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, ou em que termos serão estabelecidos, se o caso, a dosimetria penal e o regime para início de cumprimento da pena, cujas particularidades deverão ser apreciadas oportunamente, após regular instrução processual, pelo Juízo Natural da Causa (CF, art. 5º, LIII) – Pedido de prisão domiciliar – Impossibilidade – Não demonstração de ser o paciente imprescindível aos cuidados da menor – Liberdade incabível – ORDEM DENEGADA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto 951

Vistos.

Com pedido de liminar, o *habeas corpus* epigrafado, impetrado em favor de **Evandro Gomes da Silva**, é contra decisão prolatada no Plantão Judiciário da Comarca da Capital, que teria convertido a prisão em flagrante em preventiva, assim ensejando constrangimento ilegal em relação ao paciente, cuja segregação se dá sob a acusação de crime de tráfico de droga.

Sustenta-se, em síntese, que: a-) não estão presentes os requisitos do artigo 312 do CPP; b-) a gravidade abstrata do delito, a hediondez ou a quantidade de drogas não podem, por si sós, basear a custódia cautelar; c-) deve ser observado o princípio da presunção de inocência; d-) são cabíveis medidas cautelares alternativas; e-) o paciente faz jus à prisão domiciliar, porquanto genitor de criança menor de 12 anos de idade, a qual é sua dependente, devendo ser observado o decidido nos *Habeas Corpus* nº 165704 e 143641 do STF; f-) a decisão atacada não fundamentou concretamente a necessidade da medida cautelar; g-) o paciente é primário, de bons antecedentes, possui trabalho lícito e residência fixa; h-) o crime não envolve violência nem grave ameaça; i-) o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei de Tóxicos; j-) a liberdade do paciente não apresenta risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal; k-) caso condenado, o paciente poderá ser beneficiado com o reconhecimento do tráfico privilegiado, ter a pena substituída por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

restritiva de direitos, e, ainda, fixação de regime diverso do fechado.

A liminar foi indeferida às fls.52/54.

O *writ* foi processado, com a juntada das informações do Juízo *a quo* (fls.57/58).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls.60/63).

É o relatório.

Primeiramente, extrai-se da conjugação dos incisos LXVIII e LXIX do artigo 5º do Texto Constitucional da República que, enquanto o Mandado de Segurança se destina a resguardar *direito líquido e certo* não aparado por habeas data ou *habeas corpus*, este último encontra pertinência quando, por ilegalidade ou abuso de poder, alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, de modo a não lhes ser *comum* a mera existência de pretensão jurídica, mas, sim, de *direito* necessariamente *revestido* de *liquidez* e *certeza*.

Em outras palavras, já do **Superior Tribunal de Justiça**:

“O *habeas corpus* é o remédio constitucional voltado ao combate de *constrangimento ilegal específico*, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, *direito líquido e certo* do cidadão, *com*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reflexo direto na liberdade de locomoção” (AgRg no HC 595.701/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 20/10/2020).

Pois bem.

O *habeas corpus* impetrado não comporta acolhimento.

Com efeito, infere-se dos autos que *o paciente, juntamente com o corréu Gimenis*, estaria na *posse de elevada e variada quantidade de entorpecentes embalados de forma única para entrega a usuários, em local já conhecido pela mercancia de entorpecentes*, momento em que, *ao perceber a presença da polícia militar*, teria, juntamente com seu comparsa, *empreendido fuga*. Os policiais, que já teriam notado o *comportamento suspeito do paciente e do corréu*, teriam os perseguido, *logrando capturá-los*. No interior da *mochila que o paciente carregava* teriam sido localizadas *423 porções de maconha, bem como 245 porções de cocaína, além da quantia de R\$ 208,45 (fls.161/163 dos autos de origem)*.

É fato que o *Plenário* do Supremo Tribunal Federal incidentalmente declarou *inconstitucional* a previsão legal *que vedava a substituição da pena corporal por restritivas de direitos nos crimes de tráfico de drogas* (§ 4º, do art. 33, e parte final do art. 44, ambos da Lei 11.343/06) (HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO), sobrevivendo, ainda, já com efeito *erga omnes*, a Resolução 5/2012 do Senado Federal, assim disciplinando:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”.

Igualmente, o *Tribunal Pleno* da Corte Maior declarou *incidenter tantum* a *inconstitucionalidade* da vedação à concessão de *liberdade provisória* para réu preso em flagrante *por tráfico de entorpecente*, contida *no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006* (HC 104.339, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Porém, a r. decisão (fls.89/94 dos autos de origem) que decretou a prisão *ante tempus* o fez com *suficiente fundamentação*, considerando as *circunstâncias concretas dos fatos*, bem como apontando que *a quantidade e variedade de drogas apreendidas, o modo de acondicionamento, a quantia em dinheiro apreendida e as anotações relacionadas ao tráfico indicariam, em tese, o envolvimento do paciente na mercancia espúria*, afigurando-se necessária *in casu*, pois, ao menos por ora, a prisão preventiva para *a garantia da ordem pública*, tal como previsto no artigo 312 do Código de Ritos.

No ponto, o *Tribunal da Cidadania, mutatis mutandis*:

“São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas, bem como a gravidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concreta do delito, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente” (AgRg no HC 663435 / MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 10/08/2021).

“Na espécie, a segregação provisória está devidamente justificada, pois se registrou a gravidade concreta da conduta, apoiada na quantidade de substância entorpecente apreendida” (AgRg no RHC 148708 / MG, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, j. em 10/08/2021).

Nesse contexto, nem mesmo a existência de condições pessoais favoráveis pode rechaçar a segregação, tampouco autorizar a fixação de medidas cautelares alternativas, porquanto *insuficientes e inadequadas* na espécie.

Na dicção do *STJ*, *mutatis mutandis*:

“A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela” (HC 459.347/GO, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 18/07/2018).

“Não se revelam suficientes as medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, pois eventuais condições pessoais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

favoráveis do paciente não têm o condão de, por si sós, garantir a revogação de sua prisão preventiva” (AgRg no HC 634012/CE, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. em 25/05/2021).

“A *prisão preventiva* foi devidamente *fundamentada*, nos exatos termos do art.312 do Código de Processo Penal, destacando-se a necessidade da custódia *para garantia da ordem pública*, em razão da *gravidade concreta* dos fatos, *a evidenciar a periculosidade do agente*, além do *fundado receio de reiteração delitiva*. [...] *É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*, já que a *gravidade concreta* do delito demonstra serem *insuficientes* para *acautelar a ordem pública*” (HC 599.953/PI, Rel. Min. LAURITA VAZ, julgado em 15/12/2020).

“As *circunstâncias* que envolvem o fato *demonstram* que *outras medidas previstas* no art. 319 do Código de Processo Penal *são insuficientes* para a consecução do efeito almejado. *Ou seja*, tendo sido exposta de forma fundamentada e concreta e *necessidade* da prisão, revela-se *incabível* sua *substituição* por *outras medidas* cautelares *mais brandas*” (AgRg no HC 660.005/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 27/04/2021).

Trata-se, portanto, de *decisum* a não implicar constrangimento ilegal.

Aliás, ao que se infere dos autos, a denúncia, *já oferecida (fls.161/163 dos autos de origem)*, imputa o *artigo 33, caput, da Lei*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

n.º 11.343/06.

Mas não é só.

Por demais prematuro se afigura, **na estreita via do *habeas corpus***, prognosticar-se, na hipótese de condenação, se o **caso concreto** permite a aplicação da figura contida no §4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos, ou em que termos serão estabelecidos, se o caso, a dosimetria penal e o regime para início de cumprimento da pena eventualmente aplicada, eis que tais particularidades deverão assim ***ser consideradas oportunamente***, após regular instrução, ***em sentença***, pelo Juízo Natural da Causa (***CF, art. 5º, LIII***), motivo pelo qual não se há falar, ***hic et nunc***, em aplicação ao decidido no ***Habeas Corpus coletivo 596.603 do Superior Tribunal de Justiça no caso concreto***.

Sobre o tema, o Pretório Excelso, ***mutatis mutandis***:

“A ***dosimetria da pena***, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, são insindicáveis na ***via estreita*** do *habeas corpus*, ***por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso***. ***Precedentes***: HC 114.650, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 14/8/2013, RHC 115.213, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 26/6/2013, RHC 114.965, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 27/6/2013, HC 116.531, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 11/6/2013, e RHC 100.837-AgR, Primeira Turma, Rel. Min.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Roberto Barroso, DJE de 3/12/2014” (HC 180966 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 04/05/2020).

“Não está evidente haver violação ao princípio da homogeneidade. *Não se pode afirmar*, nesse momento processual, *que se trata de tráfico privilegiado* e, por isso, haveria desproporcionalidade entre a prisão cautelar e eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação. *A confirmação (ou não) da tipicidade da conduta e da culpabilidade dos agentes*, bem como *da existência de privilégios legais*, depende de *ampla dilação probatória*. Mostra-se *indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão*, quando a segregação se encontra fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública” (HC 494.713/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 14/05/2019).

“É consabida a impossibilidade de adentrar no mérito do feito originário, assim como de não ser adequado fazer, neste *momento*, uma prognose da *pena e regime a* serem eventualmente aplicados em desfavor do paciente” (HC nº 637657 – SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 05/03/2021).

“*Não é possível a* realização de uma *prognose* em relação ao futuro *regime* aplicado ao recorrente no caso de eventual condenação, em razão, principalmente, dos elementos fáticos e *probatórios* a serem analisados pelo juízo *sentenciante*” (RHC 130335 – GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 11/12/2020).

“*Não prospera a* assertiva de que a custódia



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cautelar é *desproporcional* à futura pena do paciente, pois *só a conclusão da instrução criminal* será capaz de revelar qual será a pena *adequada* e o *regime ideal* para o seu cumprimento, *sendo inviável essa discussão* nesta ação de *Habeas Corpus*" (in RHC 143554 - PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 28/04/2021).

Quanto à prisão domiciliar, não há *comprovação cabal* que demonstre ser o paciente *imprescindível* aos cuidados da criança, não se podendo falar *in casu*, pois, em liberdade, tampouco em concessão de prisão domiciliar, por *ausência de preenchimento* dos *requisitos* do artigo 318 do Código de Ritos.

Inclusive, no julgamento dos *Habeas Corpus coletivos nº 143.641 e 165.704*, o Supremo Tribunal Federal não criou espécie de *direito subjetivo* à soltura ou à prisão domiciliar, de *observância obrigatória*, porquanto previu a possibilidade de *indeferimento do pleito*, dadas as *circunstâncias do fato*.

A respeito, o *STJ*, *mutatis mutandis*:

“A prisão domiciliar de pai de infante de até 12 anos incompletos não é automática, depende da comprovação de ser ele o único responsável pelo menor” (AgRg no HC 659931 / SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 22/06/2021).

“Quanto ao pleito de prisão domiciliar, conforme consta da decisão proferida pelo Tribunal de origem, sequer ficou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

demonstrado que o paciente seria o único guardião da criança, não estando supridas as exigências do art. 318, VI, do CPP” (AgRg no HC 672703 / SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, j. em 22/06/2021).

“Não é cabível o deferimento do pedido de prisão domiciliar quando não comprovada a excepcionalidade da medida no caso concreto” (AgRg no HC 636406 / PA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 09/02/2021).

“Inexistindo prova idônea para comprovação dos requisitos estabelecidos no artigo 318 do Código de Processo Penal, não há que se falar em substituição da constrição preventiva em prisão domiciliar” (HC 332110 / SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. em 27/10/2015).

Impende ressaltar também que, tratando-se de prisão de Direito *Processual* (*carcer ad custodiam*), não se contrapõe ao princípio constitucional da presunção de inocência [de Direito *Penal* (*carcer ad poenam*)], tampouco fere a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica: **Supremo Tribunal Federal**, ROHC 75.917-9/RS, *v.u.*).

Nessa contextura, não se vislumbrando direito *líquido e certo* na espécie, o indeferimento do *writ* se impõe.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É como voto.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI

Relator