



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000882335

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2214258-31.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente ELIEZER CAIQUE DA SILVA MENDES e Impetrante JAQUELINE JESUS DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) E ROBERTO PORTO.

São Paulo, 26 de outubro de 2022.

EDISON BRANDÃO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus nº 2214258-31.2022.8.26.0000
Autos de origem nº 1525694-72.2022.8.26.0050
Impetrado: MM. Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal da
Comarca da Capital
Impetrante: Jaqueline Jesus de Almeida
Paciente: **CAIQUE ELIEZER DA SILVA MENDES**

Voto nº 46016

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Questões relativas ao mérito da ação penal – Não conhecimento - 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 - Necessidade de garantia da ordem pública – Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar – Impossibilidade - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem parcialmente conhecida e, neste âmbito, denegada.

Cuida-se de Habeas Corpus,
com pedido liminar, impetrado pela advogada Jaqueline Jesus de Almeida, em favor de **CAIQUE ELIEZER DA SILVA MENDES**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Relata que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, sendo decretada a prisão preventiva. Destaca, primeiramente, que o acusado negou a prática delitiva, alegando que as drogas apreendidas seriam destinadas ao consumo próprio.

Sustenta, em síntese, que, embora o paciente possua condenação anterior transitada em julgado, não há indícios de que praticava o tráfico, sendo a acusação, até o momento, baseada em elementos genéricos. Neste contexto, destaca as condições pessoais favoráveis



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

– residência fixa, ocupação lícita, família constituída, genitor de criança menor de 12 anos de idade, responsável pelos cuidados de seu avô e sem vínculo com organizações criminosas. Assim, aduz a ausência de indícios de que, em liberdade, o paciente apresentará qualquer risco à ordem pública, à instrução processual ou à aplicação da lei penal.

Requer, por fim, a revogação da custódia preventiva, expedindo-se alvará de soltura (fls. 01/13).

A liminar foi indeferida à fls. 57/59.

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 70/71) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 89/94).

Relatei.

O presente *habeas corpus* comporta parcial conhecimento, devendo, no mais, ser denegado.

Consta dos autos que, em tese, no dia 28 de julho de 2022, por volta das 12h40, na Rua Trinta e Um de Outubro, altura do nº 06, Mandaqui, nesta Cidade e Comarca de São Paulo, **ELIEZER CAIQUE DA SILVA MENDES** trazia consigo, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 12 porções de cocaína (4,2g).

Segundo consta da denúncia, "(...) nas circunstâncias de tempo e local supramencionados, policiais civis realizavam diligências no local dos fatos em veículo descaracterizado. Realizaram breve campana e viram quando uma pessoa se aproximou de ELIEZER e lhe entregou algo, enquanto o denunciado entregava algo a ela, em típica movimentação do comércio de drogas. Por tais razões, os policiais abordaram ELIEZER. Em busca pessoal, encontraram dentro da bermuda do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

denunciado um maço de cigarros contendo 12 (doze) porções de cocaína e no bolso da bermuda a quantia de R\$ 214,00 (duzentos e quatorze reais), conforme auto de exibição e apreensão a fl. 12." (fls. 01/03 dos autos de origem).

Pois bem.

Primeiramente, importante registrar que a prática do crime pelo qual o paciente está sendo acusado só pode ser examinada em sede de cognição exauriente, uma vez que as alegações atinentes à autoria do delito, bem como de que as drogas seriam destinadas ao consumo próprio, exigem profunda análise do conjunto fático-probatório, 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 Ramallete; DJU 18.9.81, p. 9.157).

No mais, em atenta análise dos autos,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, destacou que: *"(...) Ainda que em cognição sumária, adequada e necessária à fundamentação da presente decisão, pois as provas serão valoradas com mais extensão e profundidade na sentença, aquelas produzidas pela Autoridade Policial demonstram o crime imputado e trazem suficientes indícios da autoria atribuída ao acusado, que foi flagrado trazendo consigo, para fins de tráfico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 12 porções de cocaína (4,2g). A prisão cautelar do acusado ainda é necessária para garantia da ordem pública, pois já condenado no artigo 311, caput, c/c artigo 69, caput, e artigo 157, § 2º, incisos I e II, todos do Código Penal, consoante se extrai da certidão acostada as fls. 52/54. Com efeito, o Réu ostenta condenação definitiva no seguinte processo: a) processo nº 0103112-39.2017.8.26.0050, da 17ª Vara Criminal do Foro Central Criminal de São Paulo/SP, com trânsito em julgado para a Defesa aos 07/10/2019. Além do mais, há reincidência, 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)." (fls. 52/55).*

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 inquinar 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

E, aqui, a lei penal prevê sanção de 05 a 15 anos de reclusão, estando a paciente, portanto, enquadrado 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.

Importante registrar que a prisão se revela necessária, também, para se evitar a reiteração criminosa, tendo em vista que, conforme constou da decisão impetrada, o paciente é reincidente, estando a medida restritiva autorizada, portanto, nos termos do inciso II do art. 313 do Código de Processo Penal.

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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.]

Confira-se, ainda:

"(...) Resta evidenciada a necessidade da custódia do paciente tendo em vista a reiteração de condutas criminosas, impondo-se garantir a ordem pública, assim também para resguardar a aplicação da lei penal, já que responde ele a outras duas ações penais que se encontravam suspensas em razão do seu não comparecimento em Juízo. 3. Habeas corpus denegado". (STJ, HC 123341/MS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJE 17/02/2009).

"(...) In casu, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi mantida para preservação da ordem pública, em razão da real periculosidade do paciente, tendo em vista, que consta dos autos, o seu envolvimento em toda sorte de delitos e, mesmo assim, voltou a delinquir. 4. ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial." (STJ, HC 132994/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 03/11/2009).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. Licitude 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.)

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).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acusado pelas testemunhas. (HC 119554 AgR / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 05/11/2013).

Anota-se que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a decretação da custódia e nem têm força para alcançar a sua revogação, mormente quando presentes os motivos autorizadores da medida, como no caso em tela.

Ora, referidas condições não têm o condão de, por si sós, garantir a concessão de liberdade provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção do cárcere.

Neste sentido:

"Habeas Corpus - Tráfico de Entorpecentes - Liberdade Provisória - Impossibilidade de deferimento - Menores atingidos pela ação do paciente que promovia evento chamado 'mata aulas' - Primariedade e bons antecedentes - Requisitos que não obstam a manutenção do encarceramento - Artigo 44, da Lei 11.343/06 - Constitucionalidade - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem Denegada." (TJSP, HC 990.10.049714-6, 2ª Câmara, Rel. Almeida Sampaio, j. 29/03/10).

"A primariedade, os bons antecedentes, além da residência fixa e do emprego definido, não impedem a constrição cautelar quando está se mostrar necessária. Inteligência desta Corte e do Pretório Excelso." (STJ, HC nº 24.544/MG - Rel. Min. Jorge Scartezzini).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Aliás, 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.

A propósito:

"Demonstrada a necessidade da medida cautelar 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.).

Outrossim, não se verifica qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

irregularidade na decisão quanto à alegada condição de genitor do paciente. O MM. Juízo de origem pontuou que: "(...) quando da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva o MM Juízo já consignou que "não houve demonstração de que o indiciado seja imprescindível aos cuidados de sua filha menor e avô" (fl. 48)." (fls. 52/55).

Ressalta-se 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, de rigor ressaltar que a aplicação do entendimento perfilhado no *Habeas Corpus* 165.704/DF, pelo Supremo Tribunal Federal, exige, "(...) (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.).

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

Isto posto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** a impetração e, na parte conhecida, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

EDISON BRANDÃO
Relator