



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312633

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2073490-50.2025.8.26.0000, da Comarca de Estrela D Oeste, em que é paciente KENER SILVA BERGAMASCO e Impetrante LETÍCIA VIOLA.

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 CLAUDIA FONSECA FANUCCHI (Presidente) E MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GERALDO WOHLERS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 49.679

Relator: **Desembargador** Geraldo Wohlers

Habeas Corpus nº 2073490-50.2025.8.26.0000, Comarca de Estrela D'Oeste

Impetrante: **Letícia Viola**

Paciente: **Kener Silva Bergamasco**

HABEAS CORPUS impetrado em favor de autuado em flagrante por tráfico de substância entorpecente, cuja custódia foi convertida em preventiva.

Manutenção da constrição devidamente fundamentada, salientando-se o histórico desabonador do ora paciente. Necessidade de salvaguardar a ordem pública.

Denegação.

Vistos, etc...

1. Trata-se de **Habeas Corpus**, com pedido liminar, impetrado por ilustre advogada em favor de Kener Silva Bergamasco, sob o argumento de que o paciente (autuado

2

em flagrante por tráfico de substância entorpecente - fls. 37) sofre constrangimento ilegal por parte do E. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Estrela D'Oeste nos autos do Processo nº 1500053-96.2025.8.26.0561, consistente na conversão da prisão flagrancial em preventiva.

Postula-se a libertação, sob as seguintes alegações: *i)* estão ausentes os requisitos para a decretação da segregação provisória; *ii)* a r. decisão hostilizada possui fundamentação inidônea; *iii)* *“o Paciente é primário, de bons antecedentes, detentor de trabalho fixo e residência fixa”* (fls. 05); *iv)* *“não é crível a tese apresentada pelo Ministério Público que o Acusado se dedicava a atividade criminosa em razão da existência de atos infracionais, especialmente diante do intervalo entre este processo e os processos quando menor, mais de 7 anos!”* (fls. 14).

Recusada a tutela preambular (fls. 130/1), prestou informações a honrada autoridade apontada como coatora (fls. 134/5). Sobreveio parecer da douta Procuradoria de Justiça especializada no sentido da denegação (fls. 140/2).

2. O paciente foi autuado em 03 de março do ano corrente, tendo havido conversão em preventiva no dia subsequente, ocasião em que o MM. Juiz de Direito Dr. Heitor Katsumi Miura assentou:

“(...) A prisão dos indiciados (Obs. do Relator: o paciente e o co-autuado FABRICIO VALCEZIA CORREIA) se deu de forma regular, considerando o boletim de ocorrência, entrega de nota de culpa.

Estão presentes as provas de materialidade, tanto pelas declarações das testemunhas quanto do laudo pericial que apontam presença de droga, além de indícios suficientes de autoria, já que

apontados os autuados, um como transportador e outro como contratante do transporte da droga. No mais os laudos de exame de corpo de delitos e as declarações dos autuados apontam inexistência de irregularidades.

Em relação as medidas aplicáveis.

Ao autuado KENER: observo que há registro de notícia de que o autuado já se envolveu com tráfico de drogas quando era menor e também com outros crimes quando maior, sendo neste último caso, beneficiado por acordo de não persecução penal. Há notícia de que realizou o tráfico mediante contratação de transportador e que iria efetuar o pagamento mediante entrega de parte da droga, indicativo da necessidade da conversão em prisão preventiva já que outras medidas cautelares seriam insuficientes. O autuado demonstrou que, para prática do tráfico, efetuaría pagamento inclusive com drogas.

(...)

No mais observo que, não obstante a a tipificação da conduta de ambos no art. 33 (Lei de Drogas), vislumbra-se a necessidade de se apurar a tipificação das condutas de ambos em relação também ao artigo 35 (Lei de Drogas), já que realizada em conjunto a conduta infracional” (fls. 83).

3. Vê-se, pois, que a r. decisão vergastada se encontra devidamente fundamentada, tendo salientado aspecto relevante do paciente (“há registro de notícia de que o autuado já se envolveu com tráfico de drogas quando era menor e também com outros crimes quando maior, sendo neste último caso, beneficiado por acordo de não persecução penal”) - 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*’, 16^a 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 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 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 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 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 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. Ademais, não se pode maldizer ordem de recolhimento preventivo dirigida a pessoa que: *i)* contratara o

transporte de uma barra de **crack**, pesando 184,04g (vide depoimentos dos policiais militares que atenderam à ocorrência a fls. 33/4, Auto de Exibição e Apreensão a fls. 57/8 e laudo de constatação a fls. 66/70); **ii)** já fora submetida a medida socioeducativa em virtude da prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes e celebrou *Acordo de Não Persecução Penal* diante de imputada prática de adulteração de sinal identificador de veículo automotor (cf. fls. 79, 81 e consulta aos autos digitais dos feitos correlatos).

A transgressão aqui atribuída ao increpado 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. Em decorrência do exposto, meu voto **denega** a ordem.

Geraldo Wohlers

Relator