



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000334867

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2063622-48.2025.8.26.0000, da Comarca de Monte Aprazível, em que é impetrante JOÃO CARLOS ARAÚJO ZANIN e Paciente GILBERTO GOMES DE CARVALHO JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Julgaram parcialmente prejudicada, e, no mais, 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, 3 de abril de 2025.

EDISON BRANDÃO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Habeas Corpus nº 2063622-48.2025.8.26.0000

Autos de origem nº 1500346-72.2025.8.26.0559

Impetrado: MM. Juízo de Direito da Vara Plantão da 16ª

CJ da Comarca de São José do Rio Preto

Impetrante: João Carlos Araújo Zanin

Paciente: **GILBERTO GOMES DE CARVALHO JÚNIOR**

Voto nº 53482

HABEAS CORPUS – Tráfico de drogas – Pretendido trancamento do inquérito policial – Denúncia ofertada na origem - Prejudicado - Alegada nulidade das provas obtidas por meio de busca pessoal e veicular - Inocorrência - Presente fundada suspeita - Alegada nulidade em decorrência de violação de domicílio - Inocorrência – Crime de natureza permanente - Paciente que não mais se encontra preso em decorrência do auto de prisão em flagrante, mas, sim, de decisão que lhe decretou a custódia cautelar - Pleito de revogação da prisão preventiva – Não acolhimento – Decisão suficientemente fundamentada – Inteligência dos artigos 312 e 313, I e II do Código de Processo Penal - Presentes os requisitos ensejadores da decretação da medida – Necessidade de garantia da ordem pública e de evitar a reiteração criminosa – Paciente reincidente - Condições pessoais favoráveis que não inviabilizam o cárcere - Inaplicabilidade de quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319, do Código de Processo Penal – Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem parcialmente prejudicada e, no mais, denegada.

Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado pelo advogado João Carlos Araújo Zanin, em favor de **GILBERTO GOMES DE CARVALHO JÚNIOR**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da Vara Plantão da 16ª CJ da Comarca de São José do Rio Preto.

Relata que o paciente se encontra preso preventivamente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.

Alega a ausência dos requisitos que autorizam a manutenção da custódia, bem como que a decisão combatida se baseou em provas ilícitas, na quantidade da droga encontrada e na reincidência do paciente, ferindo-se, assim, o princípio da razoabilidade. Sustenta, ainda, a suficiência da imposição de medidas cautelares alternativas.

Sustenta que não foi apresentado nenhum indício que configuraria a fundada suspeita para fins da busca pessoal e abordagem veicular e que, ainda, não houve autorização ou qualquer fundada razão para a diligência residencial realizada.

Ressalta, ainda, que o paciente não se furtou à abordagem policial, teria cometido crime sem violência ou grave ameaça e tem residência fixa e advogado particular.

Requer, assim, o relaxamento da prisão em flagrante ante o reconhecimento das nulidades aventadas, com expedição do alvará de soltura, e, ao final, o trancamento do inquérito policial. Subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva com aplicação de medidas cautelares diversas (fls. 01/15).

A liminar foi indeferida, à fls. 79/82.

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 85/86) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem (fls. 91/108).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* se encontra parcialmente prejudicado e, no mais, deve ser denegado.

Consta dos autos que, em tese, no dia 14 de fevereiro de 2025, por volta das 23h50, na Rua São João, na cidade e comarca de Monte Aprazível, **GILBERTO GOMES DE CARVALHO JÚNIOR** transportava, para consumo de terceiros, 82 porções de crack, 65 porções de cocaína e 23 porções de "maconha", bem como, no endereço residencial situado na Rua Bento Carlos Mendonça, nº 08, bairro São José, na cidade e comarca de Monte Aprazível, tinha em depósito, para consumo de terceiros, 22 porções de "maconha", 169 porções de cocaína e 102 porções de crack, 02 pedras à granel de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo consta da denúncia, "(...) na ocasião dos fatos, pela Rua São João, o denunciado transportava, para fins de tráfico, no porta-malas do veículo Toyota/Corolla, de cor prata, placa EYX4H30, 82 porções de crack, 65 porções de cocaína e 23 porções de "maconha", individualizadas em plásticos do tipo Zip Lock, todas no interior de uma bolsa preta escondida no compartilhamento de chave de roda do veículo. Nesse contexto, ao avistar a viatura policial que realizava patrulhamento ostensivo pelo local, o denunciado acelerou o veículo na tentativa de evitar eventual abordagem, o que gerou a fundada suspeita motivadora da ação dos agentes do Estado que decidiram e conseguiram abordá-lo. O veículo era ocupado pelo denunciado, que o conduzia, além do passageiro Matheus, que foi liberado por ausência de relação com os fatos, e uma criança, que é filho do denunciado. Durante as buscas no veículo, do qual exalava forte odor de droga, os policiais localizaram as referidas porções de entorpecentes no porta-malas e a quantia de R\$ 45,00 no console do veículo. Também foi apreendido 01 aparelho celular. Dada a quantidade de porções individualizadas e a variedade das drogas apreendidas na via pública, bem como a fundada suspeita de que haveria mais

entorpecentes na residência do denunciado, os policiais dirigiram-se até a Rua Bento Carlos Mendonça, nº 08, bairro São José, onde, durante buscas, localizaram, em um dos quartos, uma sacola de pano de cor branca, 22 porções de maconha, 169 porções de cocaína, 102 porções de crack, individualizadas em plásticos do tipo Zip Lock, igual àquelas no veículo, além de 02 (duas) pedras de crack à granel, um saco plástico aparentando ser cocaína, mais 04 celulares, 02 balanças de precisão e R\$ 2.520,00 em espécie. Ao final, no total foram apreendidas 234 porções de cocaína em invólucros Zip Lock, com peso líquido total de 82,36g; 02 pedras de crack à granel, com peso líquido total 24,1g; 45 porções maconha em invólucros Zip Lock, com peso líquido de 49.89g; 190 porções crack em invólucros Zip Lock, com peso líquido de 13,7g (auto de exibição e apreensão a fls. 21-25; laudo de constatação de fls. 27-29 e exame químico-toxicológicos a fls. 99-101). Além disso, em dois rolos de sacos plásticos transparentes e na balança digital, apreendidos na residência, foram identificados resquícios de cocaína e de maconha, consoante respectivos exames químico-toxicológicos de fls. 86-88 e fls. 89-91. A quantidade, a forma, os locais e as circunstâncias das apreensões das porções de drogas, juntamente com a apreensão de objetos comumente utilizados para o fracionamento das porções individuais de drogas, além do dinheiro em cédulas diversas (a totalizar R\$ 2.569,00), indicando ser produto da mercancia ilícita, evidenciam que aquelas porções de droga eram destinadas para o comércio ilícito de drogas." (fls. 107/110 dos autos de origem).

Pois bem.

Com efeito, verifica-se que a denúncia já foi oferecida na origem, restando prejudicado, pois, o pleito de trancamento do inquérito policial.

Quanto ao mais, é o caso de denegação da ordem.

No que tange à alegada ausência de justa causa para abordagem policial, não se vislumbra qualquer nulidade a ser reconhecida por esta via.

Convém ressaltar que "A busca pessoal realizada pela autoridade policial diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida, ainda que ausente autorização judicial prévia, é admitida pela jurisprudência do STF, sendo certa a possibilidade de controle jurisdicional posterior, no bojo da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório." (HC 237337 ED-AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-03-2024 PUBLIC 12-03-2024).

E, no presente caso, da leitura da denúncia e como bem observado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer: "(...) não há que se falar em ausência de motivos para a abordagem do paciente, tendo em vista que, ao perceber a presença policial, ele acelerou o veículo que dirigia tentando fugir, o que gerou a fundada suspeita e a revista. De fato, a suspeita se confirmou, haja vista que os policiais localizaram entorpecentes ocultos no compartimento de chave de rodas do automotor. (...) (fls. 93).

Nessa medida, há de se reconhecer que o paciente se encontrava em situação deveras suspeita, indicativa de que estivesse praticando alguma conduta ilícita.

Ora, diante da narrativa acima, atina-se que os agentes públicos, agindo em defesa da sociedade, podiam e deviam tomar medidas como a busca pessoal e veicular para fazer cessar atividades ilícitas, dadas as fundadas suspeitas da prática de crime, em consonância com os artigos 240 e 244, ambos do Código de Processo Penal.

Neste sentido, inclusive, já decidiu esta Colenda 4ª Câmara:

Habeas Corpus – Tráfico de drogas – Habeas Corpus – Preliminares - Nulidade das provas obtidas por meio de busca pessoal – Inocorrência – Abordagem que transcorreu de maneira regular, após fundadas suspeitas do cometimento de crime – Estado flagrancial que autoriza e justifica a ação dos agentes da lei - Precedentes - Confissão informal – Ausência de advertência acerca do direito ao silêncio – Impertinência – A confissão informal não viola o direito constitucional ao silêncio – Precedentes – Confissão extrajudicial tomada sob os ditames da lei – Prejuízo não demonstrado - Nulidade por violação ao direito à intimidade ante o acesso ao conteúdo do aparelho celular pelos policiais sem autorização judicial ou do proprietário – Não verificação – Inspeção no celular do agente acusado que não fere direitos fundamentais – A inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas não se confunde com os dados em si, obtidos após regular inspeção no aparelho que os armazenava – Preliminares afastadas - Trancamento da ação penal sob argumento de que as provas que foram obtidas de forma ilícita – Não configurada a ilicitude - Ausência de ilegalidade manifesta – Paciente em liberdade provisória, condenado em regime semiaberto – Pedido prejudicado – Ordem em parte não conhecida, e na outra parte, denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2066527-60.2024.8.26.0000; Relator (a): Fátima Vilas Boas Cruz; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Fé do Sul - 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/05/2024; Data de Registro: 28/05/2024) (g. n.)

No caso em comento, convém ressaltar que, ainda em sede de audiência de custódia, a autoridade

impetrada se debruçou acerca da questão, pontuando que: *"Preliminarmente, consta dos autos que o atuado, ao notar a presença da viatura em via pública, acelerou o veículo e tentou se desvencilhar da equipe policial que, diante da presença de fundada suspeita, decidiram realizar a abordagem. Desse modo, em cognição sumária, não verifica-se qualquer irregularidade da prova colhida, em que pese o entendimento contrário da D. Defesa. Ademais, da análise dos elementos informativos reunidos nos autos, verifica-se, num primeiro exame, que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria e do dolo do agente. Assim, presentes os requisitos legais e por estarem os atuados em estado de flagrância quando presos, HOMOLOGO o flagrante."* (fls. 61).

Lado outro, não prospera a alegação de ter havido violação de domicílio por parte dos policiais.

Como se sabe, tratando-se de crime que possui natureza permanente, de modo que, protraí-se no tempo, a situação flagrancial prescinde de autorização judicial para ingresso na residência.

O tema, inclusive, foi objeto de análise, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, que sedimentou:

"Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. (...) 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que

dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso." (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

A propósito, sobre o crime em comento, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. ENTRADA AUTORIZADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 3. No caso em exame, porém, conforme se infere do acórdão impugnado do TJGO, após o recebimento de

denúncia anônima sobre o intenso tráfico de drogas naquele endereço, os policiais foram em diligência averiguar o caso, e ao chegarem no local "a entrada na casa teria sido autorizada pelos moradores." A versão é a mesma contida no auto de prisão em flagrante, das declarações prestadas pelos agentes públicos. A ação policial logrou êxito na apreensão de 2 porções de maconha pesando 1,055 kg e 3 de crack pesando 0,554, além de uma balança, celular e um veículo Hyundai HB20, vermelho, placa OMT-3218, com restrição de furto e roubo. 4. São válidas as provas colhidas mediante o ingresso autorizado dos policiais no domicílio do agravante. Julgados nesse sentido. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 111.760/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 2/9/2019.) (g. n.)

Cumpre destacar, ainda, julgado deste
E. Tribunal de Justiça:

Habeas corpus – Alegação de violação de domicílio do paciente por parte da Polícia – Flagrante em crime de natureza permanente – Constrangimento ilegal inexistente Em havendo fundadas suspeitas da ocorrência dos delitos de sequestro, posse de arma de fogo ou munição ou de tráfico ilícito de substância entorpecente, pode-se, a qualquer tempo, efetuar a prisão em flagrante, tanto durante o dia como à noite, desde que ainda perdure aludida permanência, independentemente da expedição de mandado judicial. A situação de flagrância associada à natureza permanente do crime afasta a ilegalidade de eventual ingresso não autorizado na residência do acusado pela Polícia, razão pela qual não se concebe ocorrência de violação de domicílio, ainda que

os policiais tenham agido sem mandado judicial. A diligência deve ser considerada absolutamente lícita, sendo lícitas também as provas dela derivadas. Habeas Corpus – Trancamento de ação penal – Imputação de fato que seria, em tese, ilícito penal – Atipicidade não manifesta da conduta do paciente – Análise que exige apreciação aprofundada do mérito do conjunto probatório – Descabimento de discussão em sede de Habeas Corpus Inexiste constrangimento ilegal sanável por via de habeas corpus na instauração de ação penal na hipótese de a prática corresponder, em tese, a ilícito penal e houverem indícios suficientes indicando ser o paciente seu autor. O trancamento da ação penal consiste em medida excepcional, justificável apenas no caso de existir prova manifesta de que a conduta imputada ao agente seria atípica, não teria sido por ele praticada, ou teria sido perpetrada estando o agente evidentemente amparado por excludente de ilicitude. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2162834-47.2022.8.26.0000; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/08/2022; Data de Registro: 31/08/2022)

Assim, repisa-se, não se vislumbra qualquer nulidade a ser reconhecida por esta via.

Por fim, no tocante ao pleito de revogação, não se verifica qualquer ilegalidade na decisão combatida, que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, eis que se encontra devidamente fundamentada, em observância aos preceitos legais e às circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, consignou que "(...) No caso dos autos, o flagrante deve ser

convertido em prisão preventiva em face da existência de prova da materialidade da infração e indícios de autoria, bem como a presença dos requisitos legais que autorizam a prisão cautelar (art. 312 e art. 313 do CPP). Com efeito, o Auto de Exibição e Apreensão (fls. 21/23) e o Laudo de Constatação (fls. 27/30) comprovam a apreensão da droga com o investigado. Quanto à autoria, os depoimentos colhidos pela Autoridade Policial indicam a participação do investigado na prática do tráfico de drogas. Em relação aos requisitos cautelares, o investigado se envolveu na prática de delito equiparado a hediondo (art. 5º, XLIII da CF, art. 2º, caput da Lei nº 8.072/1990 e art. 44 da LD), ou seja, insuscetível de fiança, anistia, graça e indulto (vedação à liberdade provisória considerada inconstitucional pelo STF). Assim, trata-se de delito equiparado a hediondo e praticado em circunstâncias graves. Ressalte-se que a gravidade referida não se verifica apenas pela natureza legal do delito praticado, mas sim pelas circunstâncias concretas do caso, tendo em vista a elevada potencialidade lesiva da droga (CRACK e COCAÍNA) e pela grande quantidade encontrada (234 porções de cocaína, 2 pedras de crack, 45 porções de maconha, além de 190 porções de crack). Além disso, o investigado é reincidente pela prática do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (fls. 33/35). Outrossim, na residência do autuado foram encontrados petrechos destinados ao fracionamento e embalagem dos entorpecentes (balança de precisão e embalagens plásticas), evidenciando a prática habitual do tráfico, inclusive com fracionamento das drogas. Assim, a prisão cautelar revela-se necessária para a garantia da ordem pública abalada pela gravidade concreta do delito imputado, bem como para evitar a reiteração criminal provável em face da condição pessoal do acusado (reincidente) que pratica infrações penais reiteradamente (art. 312 do CPP). Nesse sentido: PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO PREJUDICIALIDADE. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame da legalidade da prisão inicialmente decretada quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão antecedente, o que não ocorreu no caso dos

autos. 2. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presente prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 3. No caso, a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, haja vista a reiterada conduta delitiva do réu, que é reincidente (grifei). 4. Não há falar em constrangimento ilegal pela não concessão da prisão domiciliar ao recorrente, pois ele, além de ser reincidente e realizar o tráfico em sua residência, na presença da criança, não demonstrou ser o único responsável ou imprescindível aos cuidados do menor, que se encontra amparado pela avó. 5. Recurso desprovido (STJ - RHC 117752 / SP, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2019/0271081-0, Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 05/03/2020, Data da Publicação/Fonte DJe 13/03/2020). PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PROVA. ALEGADA INVASÃO DE DOMICÍLIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. LICITUDE. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO PREJUDICIALIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. O ingresso forçado em domicílio, sem mandado judicial e a qualquer horário é legítimo quando as circunstâncias do caso concreto indiquem ocorrer, no interior da residência, situação de flagrante delito, como ocorreu no caso em análise, em que os policiais, após denúncia anônima, se deslocaram até a residência do recorrente e, diante da existência de usuários de drogas na janela da casa, adentraram o imóvel no qual foram apreendidas 26 gramas de cocaína, divididas em 40 porções pequenas e 2 porções médias. 2. A sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu recorrer em liberdade, somente prejudica o exame do habeas corpus quando contiver fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva, o que não ocorreu no caso dos autos. 3. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 4. No caso, embora seja pequena quantidade de droga encontrada 26 gramas de cocaína -, a custódia

cautelar está suficientemente fundamentada na necessidade de garantida da ordem pública, haja vista a reiterada conduta delitiva do réu, que é reincidente (grifei). 5. Recurso desprovido (STJ - RHC 119035 / AP, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2019/0303950-4, Relator(a) Ministro RIBEIRO DANTAS, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 26/11/2019, Data da Publicação/Fonte DJe 05/12/2019). Habeas Corpus. Suposta prática do crime de tráfico de drogas. Objetiva a Defesa a concessão da liberdade provisória, com base da Recomendação n.º 62/2020 do CNJ, a qual prevê a possibilidade de reavaliação das prisões provisórias aos presos há mais de 90 (noventa) dias e, subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva por excesso de prazo para formação da culpa. Não demonstrada a irregularidade da prisão, que é de prevalecer. A Recomendação não se aplica automaticamente em todos os casos. Paciente reincidente. Feito tramita de forma regular. Constrangimento ilegal não demonstrado. Ordem denegada (TJSP - Habeas Corpus Criminal n.º 2059269-38.2020.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Criminal, 13 de maio de 2020, Rel. Des. PÉRICLES PIZA). Habeas Corpus - Tráfico de Drogas - Alegação de decisão desprovida de fundamentação idônea. Requerimento visando à observância dos termos da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça. Liminar indeferida. Decisão detalhada e bem fundamentada e que encontra amparo nos juízos de urgência e necessidade que são próprios das cautelares pessoais. Paciente reincidente que não se encontra no grupo de risco da Covid-19. Ordem denegada (TJSP - Habeas Corpus Criminal n.º 2071630-87.2020.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, 13 de maio de 2020, Rel. Des. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI). Por fim, as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) não parecem adequadas no caso dos autos, tendo em vista que não seriam suficientes para impedir a reiteração criminal, mormente do crime de tráfico de drogas supostamente praticado pelo investigado (art. 282, § 6º do CPP). Da mesma forma, os elementos de convicção contidos nos autos não revelam a existência das excludentes previstas nos incisos do art. 23 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito - art. 310, parágrafo único c/c art. 314 do CPP). Posto isto, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de GILBERTO GOMES DE CARVALHO JÚNIOR em PRISÃO PREVENTIVA, com fundamento no art. 310, II c/c art. 312, art. 313, I e art. 315, todos do Código de Processo Penal." (fls. 60/64).

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. 08/02/2007).

No mais, a decretação da custódia cautelar encontra respaldo no art. 313, do Código de Processo Penal, que 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.

Nessa esteira, vejamos o que reza o artigo 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 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. 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. 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).

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 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).

Ademais, conforme consignado na decisão impetrada e da análise da certidão de fls. 53/55, consta que o paciente é reincidente, de modo que a custódia se revela necessária, também, para se evitar a reiteração criminosa e se encontra autorizada nos termos do inciso II, do artigo 313 do Código de Processo Penal.

A propósito:

"(...) 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)

Ressalte-se que 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.).

Assim, a manutenção do paciente, sob custódia estatal, é de rigor, de modo que se mostra inviável sua substituição por quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, sendo prescindível que se fundamente o não cabimento de cada uma delas, já que, repise-se, só podem ser aplicadas quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

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.).

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

Isto posto, **JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADA** a impetração, restando, no mais **DENEGADA** a presente ordem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDISON BRANDÃO
Relator