



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000299887

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2064462-97.2021.8.26.0000, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é paciente MAIRA PRISCILA MATOSO DE CARVALHO e Impetrante EDUARDO RODRIGUES AZEVEDO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) E LEME GARCIA.

São Paulo, 22 de abril de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 2418

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2064462-97.2021.8.26.0000

Impetrantes: Eduardo Rodrigues Azevedo e Otavio Boscolo Azevedo

Paciente: Máira Priscila Mattoso de Carvalho

**Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Cruz das
Palmeiras**

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Alegação de constrangimento ilegal. Gravidade em abstrato do delito. Liminar indeferida.

1. Decisão impositiva da prisão preventiva que não se ateu à gravidade abstrata da infração. Considerações sobre a quantidade e natureza da droga apreendida.
2. Fumus comissi delicti que é dado pelos elementos colhidos quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e que apontam para a visibilidade e imediatidade da prática delituosa.
3. Periculum libertatis. Gravidade concreta dos fatos. Quantidade e variedade de entorpecentes encontrados, bem como petrechos utilizados habitualmente para a mercancia que, por ora, indicam quadro de gravidade concreta. Cenário revelador da necessidade de resguardo da ordem pública pela via da prisão preventiva. Precedentes. Insuficiência das medidas cautelares alternativas.
4. Ausência de provas de que a paciente seja a única responsável pelos filhos menores, critério subjetivo fixado no HC nº 165.704 do STF. Precedentes.
5. A Recomendação 62/2020 do CNJ não fixa direito subjetivo à liberdade. Estabelece critérios que orientam os juízes na apreciação dos pedidos de liberdade e/ou concessão de benefícios aos detentos como medidas de prevenção para a pandemia do coronavírus.
6. Ordem denegada.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos advogados **Eduardo**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rodrigues Azevedo e Otavio Boscolo Azevedo, em favor de **MAÍRA PRISCILA MATTOSO DE CARVALHO**, em face de constrangimento ilegal praticado pelo **Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras**, consistente em decisão que converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva.

Segundo os impetrantes, a paciente foi presa em flagrante no último dia 22 de março em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas, prisão esta convertida em preventiva. Sustentam que a decisão impositiva da medida extrema valeu-se de argumentação genérica e hipotética. Afirmam que a autoridade ora apontada como coatora não apresentou elementos concretos que indicassem a necessidade da custódia cautelar e, por consequência, a inviabilidade das medidas cautelares alternativas. Alegam que a paciente é primária, com bons antecedentes e residência fixa. Aduzem que o crime, supostamente cometido, não se deu mediante violência ou grave ameaça. Frisam a excepcionalidade da prisão cautelar e elencam medidas alternativas previstas na legislação pátria. Acrescentam, ainda, que não foram expostos argumentos idôneos que justificassem a medida extrema imposta. Salientam que não há provas que indiquem que a paciente, se posta em liberdade, irá atentar contra a ordem pública, interferir no correto andamento da instrução criminal, tampouco furtar-se à aplicação da lei penal. Entendem, assim, que não foram preenchidos os requisitos exigidos pela lei, sendo a prisão da paciente ilegal e arbitrária. Mencionam, ainda, o HC coletivo nº 143.641/SP que determinou que todas as mulheres gestantes e mães de filhos com até 12 anos de idade, submetidas a prisão provisória, tenham a custódia cautelar substituída por prisão domiciliar e, nesse sentido, afirmam que a paciente possui dois filhos menores. Destacam que na hipótese de procedência da pretensão acusatória a paciente fará jus à imposição de regime diverso do fechado, sem prejuízo da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Postulam, destarte, pela revogação da prisão preventiva, com ou sem a imposição de medidas cautelares (fls. 01/17).

Indeferida a liminar (fls. 97/100), a autoridade apontada como coatora ofertou informações que lhe foram solicitadas (fls. 103/104). A d. Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Dora Martin Strilicherck, manifestou-se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela denegação da ordem (fls. 107/109).

Eis, em síntese, o relatório.

Pelo que se infere dos autos a paciente encontra-se presa desde o último dia 22 de março em razão de suposto envolvimento em tráfico de drogas. De acordo com os elementos informativos colhidos, no curso de investigação que visava apurar o envolvimento de Antonia Katiana Moreira da Silva no tráfico de drogas, policiais civis receberam informações sobre o local onde o entorpecente era armazenado. Dirigiram-se, dessa forma, até o endereço indicado onde foram atendidos pela paciente. Com autorização de ingresso, efetuaram buscas que elevaram à apreensão de várias drogas, bem como petrechos utilizados para o comércio de drogas¹.

A autoridade policial, para quem a paciente foi apresentada, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura do respectivo auto. Com a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária afirmou a sua legalidade e, na mesma ocasião, converteu a prisão em flagrante da paciente em preventiva. Finalizado o inquérito policial, a Ministério Público ofereceu denúncia imputando-lhe, em tese, a prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Por ora, aguarda-se o juízo de admissibilidade da denúncia.

A ordem é denegada.

Quando do exame da legalidade da prisão em flagrante e apreciação da necessidade de prolongamento da custódia, sob o título da prisão preventiva, a autoridade judiciária assim deliberou (fls. 76/80):

(...)

Como demonstrado acima, a materialidade é segura e existem indícios suficientes de autoria. O crime é doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Apesar de a investigada ser tecnicamente primária, a quantidade de

¹ a saber, 223 saquinhos plásticos vazios e 370 pinos plásticos vazios.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

drogas e aparatos relacionados ao tráfico apreendidos é absolutamente anormal para a realidade da Comarca, sendo evidente indicativo de reiteração de atividades criminosas e elevada periculosidade concreta da investigada, que aparentemente era responsável por fomentar o tráfico em um ponto da Comarca.

(...)

Mesmo que eventualmente pequena a quantidade de droga, a lesividade concreta é elevada pois a conduta investigada não pode ser analisada apenas na perspectiva individual.

Por fim, “Não prospera a assertiva de que a custódia 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”³. Apesar da primariedade, a expressiva quantidade de drogas e a visualização, pelos policiais, de intenso tráfico de drogas na residência, permitem admitir que a investigada não fará jus à figura do tráfico privilegiado. Logo, ao menos neste momento, não é possível afirmar que a prisão cautelar seria desproporcional.

Ademais, eventual “presença de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, não é, por si só, ensejadora da liberdade da acusada, quando outros elementos constantes dos autos recomendam a sua segregação antecipada”⁴.

Diante desses aspectos que demonstram maior reprovabilidade concreta da conduta, a prisão preventiva é a única medida adequada, necessária e proporcional para garantia a ordem pública (art. 312, CPP), sendo inviável a imposição de medidas cautelares alternativas.

A pandemia do covid-19 não altera esse cenário.

Embora este Juízo seja sensível às ponderações da Recomendação nº 62/2020 do C. CNJ, (1) nesse momento de grande vulnerabilidade social a comunidade também necessita de proteção de indivíduos que demonstram periculosidade. Além disso, (2) para crimes praticados no curso do isolamento a análise deve ser mais cuidadosa. Esse momento de sacrifício social não pode se transformar em período em que a prática de crimes seria livre, sem consequência para os infratores, em irrestrita banalização da lei e da ordem pública. Na prática, seria um incentivo à criminalidade. Ademais, (3) se a investigada desrespeitou o isolamento social para praticar crimes se expondo ao contato com outras pessoas, não pode invocar o mesmo risco que voluntariamente assumiu para se livrar da responsabilidade por seus atos. Isso traria descrédito para o sistema e configuraria ofensa a todos os cidadãos de bem que cumprem regularmente seus deveres e se sacrificam durante a pandemia.

Idem para o fato de a investigada possuir filho menor de 12 anos (certidão juntada às fls. 58). Tal como argumentou o Ministério Público, a investigada explicou em seu interrogatório na fase policial que seu filho reside com a avó materna, em outra cidade (Pirassununga) (fls. 6). Ou seja, a investigada não é a responsável pelos cuidados do filho, o que torna inaplicável o art. 318 do CPP, especialmente pela extrema gravidade concreta da conduta.

(...)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diversamente do assinalado pelo impetrante, a decisão ora atacada não se valeu de fundamentação genérica e tampouco limitou-se a invocar as elementares do tipo penal. Ao contrário, a autoridade judiciária destacou aspectos concretos que, no seu entender, reforçavam o quadro impositivo da prisão cautelar.

O *fumus commissi delicti* é, por ora, dado pelos elementos informativos colhidos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, reforçados pelos elementos probatórios colhidos no curso da investigação criminal e que subsidiaram o oferecimento da denúncia.

Encontra-se demonstrado, por ora, o *periculum libertatis*. Com efeito, a autoridade judiciária destacou a expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas², bem como a apreensão de apetrechos usualmente para o comércio ilegal, também em posse da paciente. São fundamentos que destacam a gravidade concreta dos fatos justificando a imposição da medida extrema para resguardo da ordem pública.

Nesse ponto, vale lembrar o consolidado entendimento jurisprudencial segundo o qual a concessão de liberdade, ou mesmo de medidas cautelares alternativas, é incompatível quando evidenciada, pelas circunstâncias do caso concreto, a gravidade concreta dos fatos imputados. São hipóteses em que a forma de execução, os motivos aparentemente determinantes e outras circunstâncias ligadas à prática delituosa apontem para a necessidade da prisão para o resguardo da ordem pública. Nesse sentido, converge a jurisprudência:

Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública

(STF/HC n. 97.688, Relator o Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009 e publicado em 27/11/2009).

Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados

² Peso bruto: 202g (duzentos e dois gramas) de crack, 204,20g (duzentos e quatro gramas e vinte centigramas) de cocaína e 3.582,70g (três quilos, quinhentos e oitenta e dois gramas e setenta centigramas) de maconha. – fls 15/16 dos autos principais



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública

(STJ/RHC n. 41.516/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 20/11/2013).

Se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despidendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade

(STJ, HC 296.381/SP, 5ª Turma, rel. Marco Aurélio Bellizze, 26.08.2014, v.u.).

Por outro lado, a presença de circunstâncias subjetivas favoráveis, por si só, não impede a imposição de prisão preventiva. A questão encontra-se assentada na jurisprudência: STF/HC 96.182; STF/HC 130709/CE; STF/HC 127486 AgR/SP; STF/HC 126051/MG; STJ/ RHC 94.056/SP; STJ/HC 454.865/MG; STJ/HC 379.187/SP; STJ/AgRg no HC 545110/MG; STJ/HC 521277/SP; RHC 119957/MG; STJ/HC 461979/SC; STJ/HC 539022/MG; STJ/RHC 120329/SP; STJ/HC 536341/RJ; STJ/RHC 118247/MG; STJ/RHC 116048/CE; STJ/HC 547239/SP.

No que se refere ao pleito subsidiário de concessão de prisão domiciliar, não há elementos claros que apontem ser a paciente imprescindível aos cuidados de seus filhos. Nesse sentido, a ausência de prova reveladora da situação excepcional inviabiliza a flexibilização da regra prevista no artigo 117 inciso III da Lei de Execuções Penais³. Nesse sentido, já se decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. PLEITO DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA

³Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...) III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA DECISÃO AGRAVADA. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no HC 143.641/SP, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda relacionadas naquele feito. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, sendo certa a inaplicabilidade do referido entendimento aos casos de cumprimento de pena definitiva. 2. In casu, i) a paciente cumpre pena definitiva de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06; e ii) o Superior Tribunal de Justiça destacou, conforme concluiu o Tribunal de origem, que “não foi constatada situação excepcional que permita flexibilizar a regra disposta no art. 117 da Lei de Execuções Penais – notadamente porque não foi demonstrada situação de desamparo da criança”. 3. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos. 4. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz ao desprovimento do agravo regimental. Precedentes: HC 137.749-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 17/05/2017; e HC 133.602-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 8/8/2016. 5. A reiteração dos argumentos trazidos pela parte agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; e RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015. 6. Agravo regimental desprovido. (STF, HC 179914 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 13-05-2020 PUBLIC 14-05-2020).

Não há, igualmente, provas indicativas de que a paciente integre grupo de risco ou que seja portadora de comorbidade preexistente que pudesse conduzir ao agravamento de seu quadro geral de saúde a partir de eventual contágio. Ademais, as disposições da Resolução 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça fixam orientações para a adoção de medidas preventivas para a propagação da pandemia no sistema penitenciário. Não fixam direito subjetivo à liberdade. Tampouco impedem a ponderação entre a urgência da situação emergencial e os requisitos das cautelares na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

singularidade dos casos.

Dessa forma, a fundamentação desenvolvida pela autoridade apontada como coatora encontra amparo nos juízos de urgência e de necessidade que são próprios das cautelares pessoais e, em especial, a prisão preventiva, consubstanciado pela necessidade de resguardo da ordem pública. Isso porque, as circunstâncias concretas do fato, conforme delineado alhures, indicam ser insuficiente a aplicação de medidas cautelares alternativas.

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, denego a ordem de *habeas corpus*.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator