



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0001002972

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2246199-67.2020.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é paciente DANIELA MARIA DINI e Impetrante LEONARDO MACHADO FROSSARD.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), CARDOSO PERPÉTUO E AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 9 de dezembro de 2020.

FRANÇA CARVALHO

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA: **BRAGANÇA PAULISTA**

IMPETRANTE: **LEONARDO MACHADO FROSSARD (ADVOGADO)**

PACIENTE: **DANIELA MARIA DINI**

VOTO Nº 49.433

Leonardo Machado Frossard, Advogado, impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **Daniela Maria Dini**, entendendo que a paciente sofre constrangimento ilegal por parte MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Bragança Paulista, que lhe converteu a prisão em flagrante em preventiva, nos autos da ação penal nº 1501132-37.2020.8.26.0545, a que responde por infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06.

Aduz, em síntese, que a decisão atacada carece da necessária fundamentação, uma vez que não restou demonstrada a presença de qualquer dos pressupostos legais que autorizam a decretação da custódia cautelar, ressaltando que a paciente preenche os requisitos para responder o processo em liberdade, até mesmo em atenção ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Sustenta, por outro lado, que a paciente possui uma filha menor de seis anos, que depende de seus cuidados, fazendo *jus* à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, ou por medidas cautelares diversas, nos termos dos artigos 318 e 319, do Código de Processo Penal.

Ao final, pede a concessão da ordem, com a expedição do competente alvará de soltura em favor da paciente. Instruem a inicial (fls. 01 a 05), os documentos de fls. 06 a 19.

A liminar foi indeferida, assim como o pedido de reconsideração (fls. 21 a 22 e 34), e a digna Autoridade impetrada prestou as informações de fls. 24 a 25, acompanhadas do documento de fl. 26.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 37 a 42).

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Denega-se a ordem.

Com efeito. Segundo a denúncia, a paciente foi presa em flagrante porque guardava, para fins de tráfico, 243 porções de crack, com peso aproximado de 52 gramas, e 01 porção de maconha, pesando aproximadamente 02 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R\$ 77,00 em espécie (fls. 01 a 03 dos autos de origem).

Após a manifestação das partes, o MM. Juízo impetrado converteu a prisão em flagrante em preventiva para a garantia da ordem pública, em face da gravidade em concreto do delito, que é o de tráfico de entorpecentes, e dos antecedentes desabonadores da paciente.

E agiu com inegável acerto, uma vez que a periculosidade da agente que, ostentando condenação anterior por tráfico de entorpecentes, é surpreendida em sua residência com 243 porções de crack, é patente, revelando possuir a personalidade voltada para a prática de crimes, sendo necessária a segregação cautelar, para a manutenção da ordem pública.

Neste sentido:

“(…) 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade *in concreto* do delito, indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de 'conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública'. A magistrada ressaltou que 'as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo *eppendorf*, além de 58 *eppendorfs* vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas máscaras e três munições intactas, calibre 12', tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Ordem denegada” (STJ, HC 323.026/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.09.2015).

Não se olvide que a reiteração criminosa deve ser levada em conta na formação do juízo de admissibilidade da prisão cautelar, pois como já se decidiu, **“A prisão preventiva pode ter como fundamento idôneo a probabilidade de reiteração na prática criminosa. Precedentes: HC 113.793, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28.05.13; HC 106.702, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 27.05.11” (STF, HC 122.090/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 10.06.2014).**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Saliente-se que a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se fundamentada (fls. 15 a 19), e a sua subsistência não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência (o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão com o enunciado sumular nº 9 e o Supremo Tribunal Federal já decidiu em idêntico sentido, ao julgar o **Habeas Corpus** nº 73.657-2/SP, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJU de 16 de maio de 1997, pág. 19.950).

Outrossim, não se mostra adequada, na hipótese, a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11, uma vez insuficientes para a manutenção da ordem pública, considerada, como visto, a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

A respeito:

“(…) Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, *in casu*, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal (...)” (STJ, RHC 56.302/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Felix Fischer, DJe 22.06.2015).**

O fato de Daniela ser mãe de uma criança de três anos, por si só, não é suficiente e indicativo da real necessidade da concessão da prisão domiciliar, até porque não há evidências nos autos sobre a imprescindibilidade da presença da paciente para os cuidados com a filha.

Ora, como cediço, tal medida tem caráter excepcional, não podendo se valer a paciente de afirmações vagas e genéricas para a obtenção do benefício.

A respeito:

“(…) 5. Interpretando o art. 318, V, do CPP, inserido ao diploma legal com o advento da Lei 13.257/2016, esta Corte Superior firmou entendimento segundo o qual a prisão domiciliar no caso da mulher com filho de até 12 anos incompletos, não possui caráter absoluto ou automático, podendo o Magistrado conceder ou não o benefício, após a análise, no caso concreto, da sua adequação, devendo ser avaliada tanto a situação da criança, inclusive acerca da prescindibilidade dos cuidados maternos, como as condições que envolveram a prisão da mãe.

6. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* salientou não haver demonstração da imprescindibilidade da presença materna, tendo em vista que as crianças não estão desamparadas, e se encontram sob os cuidados da avó. Ressaltou-se que os documentos colacionados aos autos não são suficientes para embasar o pedido, porquanto, a alegação de que a avó não poderia cuidar das crianças pois seria submetida à realização de uma cirurgia não teria sido comprovada (...)” (STJ, HC 431.904/DF, Quinta Turma, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik, DJe 24.04.2018).**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Acresça-se que, como restou consignado no HC coletivo nº 143.641/SP do C. Supremo Tribunal Federal:

“... a Turma, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício” (destaquei).

Quando do julgamento do HC coletivo nº 165.704/DF, que tinha como pacientes *“todas as pessoas que se encontram presas e que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças”*, o Pretório Excelso concedeu a ordem, **“para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e deficientes, desde que observadas as seguintes condicionantes: (i) presença de prova dos requisitos do art. 318, do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (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; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de *habeas corpus* com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias”**.

Em que pese a notícia trazida aos autos no pedido de reconsideração da decisão que havia indeferido o pedido liminar, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sentido de que o genitor da criança estava preso desde o dia 11.06.2018, este Relator verificou, em consulta através do Sistema de Pesquisa de Inteligência de Informações deste E. Tribunal de Justiça, que ele encontra-se em liberdade desde 11.11.2020, quando foi agraciado com a progressão ao regime aberto, não sendo a paciente a única responsável pela infante.

Ressalte-se, ainda, que, como bem analisado pelo MM. Juízo impetrado, a paciente “praticou o crime em sua casa na presença de sua filha de apenas três anos, mostrando personalidade incompatível com a maternidade, já que não se furtou de inserir a sua filha, criança, no meio criminoso do tráfico de drogas, envolto por enorme violência”, e que “conceder a prisão domiciliar importaria à presa o retorno ao seu ponto de venda de drogas, sua casa, ou seja, colocaria de volta a criança na 'biqueira' da presa. É dever do Poder Judiciário zelar pelos cuidados dos incapazes, sendo os cuidados de crianças e adolescentes prioridade absoluta prevista pelo constituinte originário no artigo 227, da Constituição da República. Devolver os filhos à presa e ao ambiente criminoso da casa da indiciada seria fazer letra morta da obrigação de proteção dos menores” (fl. 18).

Verifica-se, assim, que a excepcionalidade encontra-se presente, de modo a revelar que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar não é a medida mais adequada.

Este, aliás, o entendimento desta C. 13ª Câmara de Direito Criminal:

“HABEAS CORPUS - PRETENDIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP - Inexiste constrangimento ilegal em decisão que converte prisão em flagrante em preventiva e denega o pedido de substituição da medida pela prisão domiciliar, diante da demonstração da materialidade do delito e da existência de indícios da autoria, fundamentada em fatos concretos indicadores da real necessidade da prisão cautelar da Paciente. O fato de a Paciente ter supostamente praticado o delito no interior de sua residência evidencia que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não atenderia à finalidade de resguardar os interesses das crianças e demonstram a insuficiência da prisão domiciliar para garantir a aplicação de lei penal, caracterizando situação extremamente excepcional, excluída da abrangência da decisão do C. STJ no julgamento do HC coletivo nº 143.641/SP. Ordem denegada” (TJSP, HC 2005347-82.2020.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Luis Augusto de Sampaio Arruda, julg. 13.02.2020).

Ademais, a condição de mãe não pode ser utilizada como um salvo-conduto para que a paciente fique imune às consequências de seu comportamento delituoso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inexistente, pois, no caso, o alegado constrangimento ilegal, impõe-se a denegação da ordem.

Por essas razões, denega-se a ordem.

FRANÇA CARVALHO
RELATOR