



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000201519

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2000915-83.2021.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é impetrante RAFAEL GOMES DOS SANTOS e Paciente ANDERSON DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 18 de março de 2021.

AMARO THOMÉ

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas Corpus Criminal Processo nº 2000915-83.2021.8.26.0000

Impetrante: Rafael Gomes dos Santos

Paciente: Anderson da Silva

Comarca: Limeira

Voto nº 27.265

HABEAS CORPUS – CRIMES DE TRÁFICO E FABRICAÇÃO DE DROGAS, POSSE DE INSUMOS E OBJETOS DESTINADOS À FABRICAÇÃO, PREPARAÇÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE DROGAS, BEM COMO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ILEGALIDADE – INOCORRÊNCIA – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR, NÃO SE COGITA ILEGALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL – PANORAMA ATUAL DA SAÚDE MUNDIAL, EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 QUE, POR SI SÓ, NÃO É APTO A JUSTIFICAR O PEDIDO – PRISÃO DOMICILIAR – DESCABIMENTO – ORDEM DENEGADA.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por RAFAEL GOMES DOS SANTOS em favor de ANDERSON DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Limeira (autos nº 1504506.57.2020.8.26.0320), que teria decretado e mantido a prisão preventiva do paciente sem o devido amparo legal, bem como indeferido o pedido de prisão domiciliar.

O paciente se encontra cautelarmente privado de sua liberdade de locomoção porquanto incurso, em tese, nos crimes tipificados nos art. 33, *caput*, art. 33, §1º, inc. I, art. 34 e art. 35, *caput*, todos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006.

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado sob as seguintes alegações: (i) ausência de fundamentação idônea



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

das r. decisões vergastadas; (ii) irregularidade do auto de prisão em flagrante, porquanto o paciente teria sido agredido; (iii) condição de usuário do paciente; (iv) ser o paciente responsável pelos cuidados de filho menor de 12 anos de idade e (v) desproporcionalidade e desnecessidade da medida ante a situação de pandemia de Covid-19.

Requer, nestes termos, o relaxamento da prisão em flagrante e, subsidiariamente, a concessão da prisão domiciliar ou da liberdade provisória, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

O pedido liminar foi **indeferido** em sede de Plantão Judiciário de Segundo Grau, nos termos da r. decisão de fls. 349/369, mantida por esta Relatoria às fls. 371/373.

Informações prestadas pela autoridade indicada como coatora às fls. 375/376.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado às fls. 380/386, manifestando-se pela **denegação** da ordem.

Ação distribuída em prevenção ao *habeas corpus* nº 2298462-76.2020.8.26.0000.

É o relatório.

Registra-se, inicialmente, que, nos termos do art. 8º, *caput*, da Recomendação CNJ nº 62/2020 e do Comunicado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CG nº 232/2020, a atual situação mundial em relação ao novo coronavírus, classificada como pandemia de COVID-19, constitui motivação idônea, na forma prevista no art. 310, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização da audiência de custódia.

Nesse sentido, confira-se: STJ, AgRg no HC 630.066/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021.

Oportuno ressaltar, ainda, que *“A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada a alegação de nulidade relativamente à falta de audiência de custódia”* (STJ, HC 550.351/RS, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 02/06/2020).

Ademais, ao contrário do alegado pelo impetrante, não se vislumbra haver qualquer ilegalidade no auto de prisão em flagrante, conforme bem ponderado pela autoridade vergastada:

“Com efeito, a audiência de custódia foi dispensada uma vez que não foi observado qualquer abuso ou excesso praticado pelos agentes públicos.

Os demais autuados não informaram que foram agredidos ou que presenciaram Anderson ser vítima de quaisquer agressões praticadas pelos agentes



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

públicos.

Quando a prisão em flagrante a Defensoria Pública, sempre muito diligente na prestação de serviços aos seus assistidos, se manifestou favorável à dispensa da audiência de custódia (folhas 278/279).

Conforme folhas 330/331, o autuado empreendeu fuga e por esta razão se lesionou. Aliás, Anderson sequer mencionou que fora agredido conforme folhas 332" (fls. 76/79)

Assim, não há se falar em relaxamento da prisão em flagrante.

No tocante à decretação e manutenção da preventiva, não sendo esta a via adequada para o aprofundamento da cognição sobre o mérito, é suficiente ao julgamento desta ação aferir a efetiva subsunção dos fatos ao disposto no art. 312, do Código de Processo Penal, de forma a se controlar a legalidade do ato vergastado.

E, in concreto, vislumbra-se, prima facie, ameaça à ordem pública na libertação do paciente.

Após regular tramitação do feito, verifica-se presente, na espécie, o *fumus comissi delicti*, dada a prova da materialidade, constituída pela apreensão de estupefacientes (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 11/14 e laudo de constatação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de fls. 188/195) e indícios suficientes de autoria delitiva, consubstanciados no próprio contexto de flagrância (fls. 86/90).

Paralelamente, constata-se que a natureza, quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos (mais de 9Kg de cocaína, acondicionados em 16.430 flaconetes e o restante em pó, 04 tabletes de maconha, pesando 13g, além de 09 tijolos de crack e 183 pedras da mesma droga, pesando ao todo mais de 7Kg de crack), são **indicativos**, em princípio e em tese, da prática de expressiva ofensa ao objeto de tutela legal, a saúde pública.

Ademais, a elevada quantidade e variedade de droga, aliadas à apreensão conjunta de 17 mil flaconetes vazios, pó branco acondicionado em embalagem de ácido bórico, 3 balanças de precisão, rolos de papel adesivo, máquina seladora, dentre outros objetos comumente utilizados para o preparo de drogas, indicam sua aparente destinação à mercancia, além de pesar em desfavor do paciente a atribuição de violação ao delito de associação ao tráfico de entorpecentes.

Tais circunstâncias evidenciam, *prima facie*, a propensão do paciente para a prática de atividades ilícitas, mormente considerando seu envolvimento em outras práticas delitivas, inclusive em delito da mesma espécie, conforme bem destacado na r. decisão vergastada (fls. 316/318).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, nos termos do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, a garantia da ordem pública para fazer cessar a reiteração criminosa é fundamento idôneo para a decretação e a manutenção da prisão preventiva, quando há registro anterior de envolvimento em prática delitiva, circunstância que revela a propensão do agente para a prática de atividades ilícitas, demonstrando, em princípio e em tese, a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir (HC 577.882/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 23/06/2020, DJe 29/06/2020).

Nesse mesmo sentido: *“Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a preservação da ordem pública justifica a imposição da custódia cautelar quando o agente possuir maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade. Precedentes.”* (STJ, RHC 136.331/MG, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. em 24/11/2020, DJe 30/11/2020).

Ademais, verifica-se que o paciente tentou empreender fuga no momento da abordagem, fato indicativo de que a concessão de liberdade provisória implicaria sério risco à higidez da persecução penal, sendo fundamentação suficiente a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal (confira-se: STJ, HC 617.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. em 20/10/2020, DJe 26/10/2020).

De forma semelhante: *“Esta Corte Superior possui entendimento consolidado acerca da manutenção da custódia preventiva diante da periculosidade do acusado, evidenciada pela fuga no momento da abordagem, demonstrando total desinteresse na aplicação da lei penal. Julgados nesse sentido”* (STJ, HC 481.541/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 27/08/2019, DJe 02/09/2019).

Por essas razões, a concessão da ordem implicaria intolerável vulneração da ordem pública, na acepção doutrinária do termo¹.

A expansão do comércio de drogas ilícitas coopera com o desmantelamento de núcleos familiares e exige de parcela dos criminosos que fazem a substância entorpecente chegar ao consumidor final envolvimento com outros tipos de crime do tipo tráfico de armas e corrupção.

Nada disso é abstrato, pois se materializa, dia-a-

¹ “Entende-se pela expressão [“garantia da ordem pública”] a necessidade de manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Ed. Editora Forense, p. 618)

“O conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dia, no mundo naturalístico e ganha as páginas dos periódicos. No caso da paciente, a substância entorpecente apreendida era ilícita e causa danos irreversíveis à saúde de quem a consome e, em larga escala, ameaça a saúde pública.

A mercancia da droga fomenta longa cadeia criminosa que lhe dá suporte.

Foi com fundamento nesta constatação que o constituinte nacional dispôs que o tráfico ilícito de entorpecente equipara-se ao crime hediondo, pois ofende potencialmente ordem pública.

Assim como presumiu o estado de inocência, o constituinte, no mesmo artigo, ponderando valores, presumiu a gravidade para a ordem pública do crime em exame, o que fez legitimamente ao inaugurar a ordem constitucional vigente.

Ao deixar em liberdade quem teria praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecente, equiparado ao hediondo, estaria o aplicador da Lei excepcionando uma vontade constitucional que presume ofensivos à ordem pública os atos imputados ao paciente, e relativamente aos quais há clara intenção do Poder Constituinte Originário de dar tratamento legal particularmente rigoroso.

Nessa ordem de ideias, nem tudo que é constitucional é a favor do réu.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A observância de direitos e proteções previstos na Constituição no âmbito do Direito Penal e Processual Penal não pode ser enviesada com foco exclusivamente em sua acepção *negativa* – qual seja, a vedação ao excesso praticado pelo Poder Público na persecução penal –, fenômeno hodierno que a Doutrina descreve como o “*garantismo hiberbólico monocular*”.

Ora, o garantismo é *integral* e, como tal, tão proscritos são os excessos – *Übermaßverbot* – quanto a tutela deficiente de bens jurídicos constitucionalmente protegidos – *Untermaßverbot*².

Isso porque a Constituição, em uma de suas acepções, é somatória dos fatores reais de poder, de sorte que os interesses sociais mais diversos são por ela contemplados e compatibilizados, o que deve ser secundado na seara infraconstitucional.

As garantias constitucionais outorgadas aos acusados, em síntese, servem para contrabalançar a relação historicamente desequilibrada e opressora entre o Estado e estas partes, tudo para atender ao objetivo de uma sociedade livre e

² “Quer-se dizer com isso que, em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O *dever de garantir a segurança* não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. Se a *onda* continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está incorrendo no presente ao se maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do *Garantismo Penal*” (destaques constam do original). FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 12 jan. 2017.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

justa (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal), orientada à preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV, do mesmo diploma).

Portanto, o interesse na obediência destas regras não é favorecer o réu, isoladamente, mas sim conter o arbítrio estatal e edificar sociedade equilibrada, voltada para tornar digna a existência do ser humano, o que não seria possível por violação de direitos fundamentais, ou por segregações inúteis.

A ordem constitucional e todo o ordenamento jurídico que nela encontra seu fundamento de validade, em visão geral, não laboram em prol deste ou daquele indivíduo, mas, ao contrário, assentam-se na supremacia do interesse público traduzido na finalidade última de propiciar existência digna ao ser humano.

Incide na espécie o comando inserto no Título II, da Constituição da República, que trata *“dos direitos e garantias fundamentais”* e que, portanto, não pode ser desconsiderado pelo aplicador da lei.

Desta forma, quando presente prova da materialidade e indícios suficientes e autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecente, **o que concretamente ocorre na espécie**, incidirá a presunção constitucional de perigo à ordem pública



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(hediondez) deste tipo de conduta.

Entender de forma diversa é conceder ao paciente um direito que não ostenta, em prejuízo da sociedade, atualmente oprimida mais pelo crime do que pelo Estado.

E nem se alegue que as ponderações tecidas pela autoridade indicada como coatora são fundamentadas em análise abstrata ou ignoram a regra da liberdade.

Ao contrário, a r. decisão vergastada, além de atender ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, está, sim, materializando uma vontade constitucional que certamente não se fundou em uma abstração arbitrária e desconexa com realidade.

Arrima-se na gravidade à ordem pública, que ganha concretude nos lares, nos periódicos e nas conhecidas mazelas causadas pela cadeia de produção e distribuição, que faz chegar ao consumidor final a substância entorpecente.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

“O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado [...]. Nesse passo, não há como negar que [a mercancia] de drogas [...] acaba estimulando [...] outros crimes relacionados ao narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc [...]. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde [...]”.

Em análise precária, tal como deve ser as tutelas de urgência e, ainda, a própria extensão do conhecimento do presente *habeas corpus*, a r. decisão encontra amparo na Lei e na Constituição.

Destaca-se, por oportuno, não ser necessário que a decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva seja extensa ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e materialidade, além da indispensabilidade da segregação do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agente (STJ, 5ª Turma – HC nº 2.678-0/ES, p. 231.270 e RHC 3801-2/MT).

Ademais, não se deve incorrer “no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Jamais do Magistrado que, mesmo quando empregue expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si” (cf. *habeas corpus* nº 2130176-14.2015.8.26.0000, Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator(a): Paulo Rossi, j. em 12 de agosto de 2.015, V.U.).

Outrossim, apesar dos documentos de fls. 53/61 e 71 e ainda que restassem cabalmente demonstradas pelo impetrante, “A existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.” (AgRg no HC 574.544/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, j. em 30/06/2020, DJe 04/08/2020).

No mesmo sentido: STJ - Habeas Corpus nº 49430/DF 2005/0182338-3, 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Lima. j. 09.05.2006, unânime, DJ 29.05.2006; STF - HC N. 86.605-SP-
RELATOR: MIN. GILMAR MENDES.

Ainda neste sentido *“é firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis do Agravante, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar.”* (AgRg no HC n. 127.486/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 18/05/2015).

Mais ainda, as alegações do impetrante de que o paciente seria mero usuário de drogas, ou, ainda, a pretensão do impetrante de ver declarada, desde já, a desproporcionalidade da custódia cautelar em razão da pena aplicável à espécie, são questões que se confundem com o mérito da ação penal em que decretada sua custódia cautelar e, naqueles autos, devem ser decididas, sob pena de supressão de instância e violação ao princípio do Juiz Natural.

Mais ainda, não há que se cogitar violação ao princípio da presunção de inocência, pois a prisão cautelar do paciente, decretada em conformidade com os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à espécie, não se confunde com antecipação de pena.

Também não se mostra cabível a revogação da prisão preventiva do paciente apenas tendo em vista a atual



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

situação mundial em relação ao novo Coronavírus, classificada como pandemia de COVID-19.

Não se mostra correto afirmar que as pessoas privadas de sua liberdade de locomoção, presas cautelar ou definitivamente, sejam mais vulneráveis que aquelas que se encontram em outra situação de isolamento recomendada pelas autoridades encarregadas de contenção de possíveis contágios pelo Coronavírus.

Insta salientar, ademais, que a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, como o próprio nome determina, não possui caráter cogente e sequer há indicação nos autos de que o paciente integra grupo de risco.

O Ministro do STF Edson Fachin, nos autos da AP 1030, proferiu decisão indeferindo prisão domiciliar mesmo frente à pandemia de COVID-19, uma vez que a Recomendação 62 do CNJ, *"por se tratar de mera recomendação, não confere direito subjetivo aos detentos que se incluem nos denominados grupos de risco à obtenção de benefícios excepcionais"*.

E na mesma linha, o Ministro do STF Luiz Fux pontuou: *"coronavírus não é habeas corpus"* afirmando que *"[o]s bons propósitos da recomendação prevalecem se conjugados com critérios rigorosos para a liberação excepcional do preso"*, delineando três critérios: *"1) obediência à legislação penal e processual penal, que se*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sobrepõem à recomendação do CNJ; 2) análise das consequências de eventual liberação do preso, ante a gravidade do crime praticado e a possibilidade concreta de, fora do sistema, aquele indivíduo violar as recomendações de isolamento social ou, ainda, cometer novos crimes; 3) análise da possibilidade de isolamento dos presos acometidos da covid-19 em área separada do próprio sistema prisional ou de encaminhamento para a rede de saúde pública ou particular”.

Nesse mesmo sentido, caminha também a atual orientação do Col. STJ.

Confira-se: STJ - HC nº 576989, Relator o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, decisão monocrática de indeferimento liminar de processamento do *habeas corpus*, proferida em 30/04/2020:

“Ora, não se desconhece que a Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus/Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, contudo, isso não implica automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ambiente em que a sociedade está inserida”.

Também nesse sentido, confira-se: STJ - RHC 133.279/MS, Rel. Mi. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 09/12/2020, DJe 11/12/2020; STJ - AgRg no HC 620.698/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 09/12/2020, DJe 14/12/2020.

Assim, o panorama atual da saúde mundial, por si só, não é apto a justificar a concessão, ao paciente, da liberdade provisória ou da prisão domiciliar.

Por fim, não se mostra suficiente a adoção das medidas cautelares de que trata o art. 319 do Código de Processo Penal:

1. quanto àquela prevista no inciso I, inócua a determinação de comparecimento periódico em Juízo, pois nada garante que, após deixar as dependências do Fórum, aquele por ela beneficiado não voltará a delinquir;

2. quanto àquelas previstas nos incisos II, III, IV e V, e art. 320, do Código de Processo Penal, a dinâmica dos fatos indica sua absoluta ineficácia, pois a reiteração do crime em comento ou, ainda, a frustração da persecução penal não é obstada pela (i) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando; (ii) proibição de aproximação ou contato com a vítima; (iii) proibição de ausentar-se da Comarca; ou, ainda, (iv) pela imposição de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

folga.

3. quanto àquela prevista no inciso VI, é inócua determinação de suspensão da atividade econômica atual do paciente, na medida em que não tem relação com o delito que lhe é imputado;

4. quanto àquela prevista no inciso VII, não há notícia de que estaria presente hipótese de inimputabilidade;

5. quanto àquela prevista no inciso VIII, a defesa requereu sua dispensa (fl. 27) e, ainda que assim não o fosse, o mero fato de recolher fiança não afastaria a existência dos pressupostos da custódia cautelar, mormente considerando-se que nada garante que, após paga a fiança, aquele por ela beneficiado não voltará a delinquir.

6. quanto àquela prevista no inciso IX, ainda que haja, no momento, disponibilização de monitoramento eletrônico e recursos humanos para realizar a respectiva fiscalização, tal dispositivo não impede, por si só, eventual recalcitrância na prática de crimes.

Assim, ausentes quaisquer nulidades e considerando-se haver, *in concreto*, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, estão presentes os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, razão pela qual não se vislumbra constrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente, tampouco



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se cogita a imposição de qualquer outra medida cautelar dentre aquelas previstas no rol do art. 319, do mesmo diploma legal.

Consigno, outrossim, não se mostrar cabível pretendida substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, deduzida com fundamento de que o paciente seria genitor da criança mencionada às fls. 55/61.

Isso porque, conforme literal disposição do art. 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal, *"para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo"*. A impetração veio desacompanhada dessa prova documental pré-constituída, de que o paciente seria *"o único responsável pelos cuidados do filho"*, o que infirma, por si só, o cabimento da tutela pleiteada, mormente considerando que, conforme bem constou da r. decisão vergastada, *"quanto ao fato de Anderson ter um filho menor de 12 anos, anoto que o próprio peticionário informou que a criança está sob os cuidados da genitora que possui ocupação lícita"* (fls. 76/79).

Ainda que assim não fosse, em conformidade com precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (*habeas corpus* nº 351.494 – SP; de relatoria do e. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ), a Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância – determina que sejam adotadas em favor da criança de até seis anos completos ações prioritárias consoantes



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com os *“princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano”* (art. 1º).

A novel legislação altera o art. 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, que passa a constar com a seguinte redação:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for [...] homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.

A referida alteração consolida os direitos da criança inclusive no âmbito do Direito Processual Penal, conferindo transversalidade ao seu melhor interesse.

Contudo, conforme consta do próprio precedente ora examinado, *“o uso do verbo “poderá”, no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei, [... sob pena de se] gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão”.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A hipótese concreta dos autos indica ser absolutamente incompatível com o acautelamento da ordem pública e da persecução penal – bens jurídicos constitucionalmente tutelados –, a conversão da prisão preventiva em **prisão domiciliar**, pela fundamentação já exposta.

Igualmente não se constata, de plano, ser aplicável à espécie os efeitos da coisa julgada coletiva proferida nos autos do *habeas corpus* nº 165.704/DF, de Relatoria do Exmo. Min. Gilmar Mendes, expresso em determinar a observância dos condicionamentos do *habeas corpus* nº 143.641/SP.

Confira-se:

"[determina-se] a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, 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 pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 [...]"

Por sua vez, nos autos do *habeas corpus* nº 143.641/SP, de Relatoria do Exmo. Min. Ricardo Lewandowski, há os seguintes condicionamentos, sendo este expresso em ressaltar situações excepcionabilíssimas, como a presente:

"[determina-se] a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes [...] **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".*

De fato, da Constituição da República, dos tratados internacionais subscritos pela República Federativa do Brasil e, também, da ordem jurídica infraconstitucional vigente, se constata, em termos de política e seguranças públicas, primeiramente, a absoluta prioridade do melhor interesse dos menores, o qual é imediatamente seguido pelo interesse de repressão e persecução penal da prática de delitos.

Na espécie, o que se constata é que o interesse prioritário de tutela do melhor interesse da criança se encontra resguardado. Muito embora os documentos juntados aos autos atestem que o menor indicado à fl. 55 é filho do paciente, ele declinou o nome de terceiro como responsável pelos cuidados do filho, notadamente, a mãe da criança.

Evidentemente, a prisão preventiva do genitor



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do menor em comento traz algum impacto e sofrimento. Contudo, há que se resguardar a persecução penal e prestigiar a imediata interrupção das condutas criminosas, sob pena de se incorrer em grave violação ao princípio da razoabilidade e negar vigência aos demais interesses sociais, legítimos e positivados inclusive no plano constitucional e internacional.

Assim, sob qualquer prisma, não se vislumbra ilegal constrição à liberdade de locomoção do paciente passível de coibição pela estreita via do *habeas corpus*.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem.

AMARO THOMÉ
RELATOR