



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0001036465

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2274252-58.2020.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que é impetrante DOUGLAS FERNANDO XAVIER OLIVEIRA e Paciente JHONATAN SOLER MAIA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª 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 SÉRGIO RIBAS (Presidente) E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 17 de dezembro de 2020.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

***Habeas Corpus* nº 2274252-58.2020.8.26.0000**

Comarca de Assis – 2ª Vara Criminal

Paciente: Jhonatan Soler Maia Santos

Impetrante: Douglas Fernando Xavier Oliveira

Impetrado: MMº. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis

Voto nº 15231

HABEAS CORPUS – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – Inexiste constrangimento ilegal em decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva ou denega liberdade provisória, 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 do Paciente. – Ordem denegada.

Vistos.

Douglas Fernando Xavier Oliveira, Advogado inscrito na OAB/SP sob nº 314.984, impetra este *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de **Jhonatan Soler Maia Santos**, apontando como autoridade coatora o MMº. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis, alegando, em síntese, que o Paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, carente de fundamentação, sem demonstrar em termos concretos a necessidade da manutenção da prisão preventiva. Aduz que a Defesa constituída pelo Paciente enviou e-mail ao coordenador do Plantão Judiciário, afirmando que acompanharia o trâmite de recebimento do auto de prisão em flagrante e se manifestaria, todavia, o Advogado plantonista acompanhou o trâmite e se manifestou nos autos, causando prejuízos ao Paciente, pois não foram apreciadas as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

peculiaridades do caso que não eram de conhecimento do Advogado plantonista. Afirma que não estão preenchidos os requisitos da prisão preventiva, que o Paciente é primário, tem residência fixa e ocupação lícita, bem como é o único responsável pelos cuidados de sua filha de 02 anos de idade, pois sua companheira está desempregada, fazendo jus à prisão domiciliar, nos termos do HC coletivo nº 165.704/SP, julgado pelo C. STF. Acrescenta que a prisão preventiva afronta o princípio da proporcionalidade, uma vez que, em caso de condenação, poderá ser eventualmente aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, fixado regime inicial diverso do fechado e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Assim, requer a concessão da liminar, para que seja decretada a nulidade da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva ou revogada a prisão cautelar do Paciente, bem como, ao final, concedida a ordem de *Habeas Corpus*, convalidada a liminar, para sanar o constrangimento ilegal que sofre (fls. 01/09).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 149/152).

Prestadas as informações pela digna autoridade Judiciária dita coatora (fls. 155/157), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 177/186).

É o relatório.

No caso presente, verte das informações prestadas pela autoridade dita coatora, datadas de 24.11.2020, que o Paciente foi preso em flagrante, sendo a prisão convertida em preventiva, sem a realização de audiência de custódia, em atenção ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

disposto no artigo 8º, “caput”, da Recomendação CNJ nº 62/2020 e à Comunicação da Corregedoria Geral da Justiça deste Estado, para dispensa da realização de audiências de custódia como forma de reduzir a disseminação do Covid-19. A prisão preventiva foi decretada em razão da prova de materialidade e dos indícios de autoria no sentido de que o Paciente estaria envolvido na prática de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a apreensão dos entorpecentes e os relatos colhidos na fase policial. Consta dos autos que policiais militares estavam em patrulhamento, quando notaram que o Paciente, que estava defronte a uma residência, ao perceber a viatura policial, demonstrou nervosismo e tentou entrar no imóvel, o que motivou a abordagem. Em revista pessoal, foram encontrados, na cintura de Jhonatan, um pequeno pedaço de tijolo de maconha, um aparelho celular e a quantia de R\$ 50,00, tendo o Paciente admitido aos policiais que estava esperando uma pessoa para entregar aquela droga, pois tinha negociado a venda pelo celular, bem como que havia mais drogas no interior da casa, a qual estaria sendo utilizada apenas para o tráfico. Com a permissão dele, os policiais entraram no imóvel e localizaram, sobre a mesa da cozinha, um tijolo de maconha partido ao meio, duas facas com resquícios de droga, uma balança de precisão, um rolo de plástico filme e diversos sacos plásticos. No armário da cozinha, encontraram mais 02 tijolos de maconha e, dentro da geladeira, outros 06 tijolos. Em continuidade, dirigiram-se à residência em que o Paciente reside com família e, com a permissão dele, ingressaram no imóvel e localizaram, na geladeira, um pedaço de tijolo de maconha, idêntico ao que ele trazia à cintura, bem como, no interior do guarda-roupas do quarto, a quantia de R\$ 4.000,00. O laudo pericial apontou tratar-se de 5,62kg de maconha, quantidade que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidenciaria a possibilidade de que o Paciente se dedica ao tráfico, ou, ao menos, tem essa intenção para o futuro, lançando-se nessa prática delitiva com intuito de reiteração, representando, em liberdade, risco à ordem e à saúde públicas. Além disso, foi considerado que a prisão é necessária para garantia da ordem pública, porque o crime de tráfico de drogas destrói células familiares e acarreta a degradação da comunidade, demonstrando personalidade avessa aos preceitos ético-jurídico que presidem a convivência social; e porque as medidas cautelares se mostraram insuficientes, tendo em vista que a situação concreta demonstra que somente a segregação manterá a sociedade acautelada. Durante o interrogatório realizado pela autoridade policial, o Paciente declarou que estava representado pelo advogado Dr. Douglas Fernando Xavier Oliveira, todavia, o Advogado plantonista foi acionado para realizar a defesa do Paciente, tendo o procedimento ocorrido em plantão judiciário. Após a prolação da decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva, o Advogado constituído formulou pedido de liberdade provisória, fundamentado na alegação de nulidade gerada pela ausência de oportunidade da defesa constituída se manifestar e das condições pessoais do autuado que o advogado plantonista não tinha conhecimento, como a primariedade, residência fixa e ter uma filha com pouco mais de dois anos, que é sua dependente. Após a análise do pedido formulado pela Defesa, este foi indeferido, porque o Paciente foi devidamente defendido por advogado nomeado, não restando prejuízos comprovados à sua defesa; o laudo juntado aos autos informa que o réu foi preso em flagrante com quantidade relevante de maconha, sendo que a existência de filho na condição de criança não implica, automaticamente, a substituição da prisão preventiva por domiciliar ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mesmo sua revogação; e porque a alegação de não ostentar antecedentes e possuir residência fixa não tem o condão de revogar o decreto prisional. O Paciente foi denunciado como incurso no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/2006, sendo determinada a sua notificação e intimação do Advogado para oferecimento de defesa preliminar (fls. 155/157).

Inicialmente, anoto que foi aberta vista dos autos à Advogada dativa antes da conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 77/79), sendo certo que, muito embora o Advogado constituído pelo Paciente não tenha se manifestado, o Impetrante não demonstrou o efetivo prejuízo ao Paciente em razão disso, eis que, além de a advogado plantonista ter se manifestado nos autos e constar a oitiva do condutor e testemunha (fls. 35/36), interrogatório do réu (fls. 37), nota de culpa (fls. 47), manifestação do Ministério Público pela conversão da prisão em flagrante em preventiva (fls. 75/76) e prolação da decisão em menos de 24 horas (fls. 80/83), a Defesa constituída se manifestou posteriormente, requerendo a revogação da prisão preventiva, informando as circunstâncias pessoais do Paciente (fls. 89/94), e, diante de tal manifestação, o Magistrado proferiu decisão, no sentido da manutenção da prisão preventiva (fls. 121/122), de forma que o contraditório diferido foi assegurado.

Nesse contexto, não havendo a demonstração do efetivo prejuízo ao Paciente – hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (artigo 563 do CPP) – fica refutada a alegação de nulidade.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, observo que consta dela: “*No caso concreto, há prova de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

materialidade e indícios de autoria, no sentido de que o autuado esteja envolvido na prática de tráfico de entorpecentes (pena máxima de 15 anos de reclusão), tendo em vista a apreensão dos entorpecentes e os relatos colhidos na fase policial.

Consta que policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina quando notaram que Jhonatan estava defronte a uma residência e, ao perceber a viatura policial, apresentou nervosismo e tentou entrar naquele imóvel, o que motivou a abordagem. Em revista pessoal, encontraram, na cintura de Jhonatan um pequeno pedaço de tijolo de maconha, um aparelho celular e a quantia de R\$ 50,00. Perguntado, Jhonatan assumiu que estava esperando uma pessoa para entregar aquela droga, pois tinha negociado a venda pelo celular. Confessou também que havia mais drogas no interior da casa, a qual estaria sendo utilizada apenas para o tráfico, pois reside em outro lugar. Com a permissão dele entraram no imóvel e sobre a mesa da cozinha localizaram 1 (um) tijolo de maconha partido ao meio, 2 (duas) facas com resquício de droga, 1 (uma) balança de precisão, 1 (um) rolo de plástico filme e diversos sacos plásticos. No armário da cozinha encontraram mais 2 (dois) tijolos de maconha e dentro da geladeira outros 6 (seis) tijolos. Em continuidade, foram até a casa em que JHONATAN reside com família, situada na Rua Senhor do Bonfim n. 660, e, com a permissão dele, ingressaram no imóvel e, na geladeira, localizaram mais 1 (um) pedaço de tijolo de maconha, idêntico ao que Jhonatan trazia à cintura, bem como a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), guardada no interior do guarda-roupas do quarto do casal, na parte em que Jhonatan guarda as coisas dele.

O laudo pericial de fls. 32/34 constatou se tratar de 5,62 kg de maconha. Referida quantidade evidencia a séria possibilidade de que o autuado vinha se dedicando ao tráfico ou pelo menos tinha essa intenção para o futuro, lançando-se nessa prática delitiva com intuito de reiteração. É certo também que a citada quantidade da droga atenderia imensa quantidade de usuários. Assim, ao contrário do que alega a Defesa, o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

réu representa, sim, em liberdade, risco à ordem e à saúde públicas.

Sabido é o caráter deletério do tráfico de drogas com relação à vida das pessoas e da sociedade. A apreensão de tamanha quantidade de substância entorpecente e a confissão aos policiais representam indícios da prática de tráfico e, apesar da oportunidade de negar isto, em seu interrogatório, Jhonny preferiu o silêncio (fl. 5).

A prisão é necessária para garantia da ordem pública, porque o nefasto crime de tráfico de drogas destrói células familiares e acarreta a degradação da comunidade, demonstrando personalidade avessa aos preceitos ético-jurídico que presidem a convivência social. Não pode a ordeira população desta cidade correr o risco em conviver com indivíduos que assim agindo atentam de forma desmedida contra a tranquilidade e a paz social.

Dessa forma, reputo concretamente presente no caso o fundamento da necessidade da prisão cautelar sob o fundamento da garantia da ordem pública, contido no art. 312 do Código de Processo Penal.

Não é suficiente a demonstração de primariedade, residência fixa e profissão definida por parte do agente do delito para a obtenção da liberdade, pois ele já ostentava tais condições quando teria se envolvido nesse fato de tamanha gravidade. Nesse sentido, cite-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 7750/MG, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 18.08.1998.

Ainda que as cautelares pessoais fossem exequíveis, no presente caso, elas se mostrariam insuficientes, pois a situação concreta demonstra que somente a segregação manterá a sociedade acautelada. Ademais, não se pode perder de vista que em matéria de prisão processual vigem os princípios pro societate e da vedação à proteção insuficiente.

Dessa forma, com fundamento no artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12.403/11, **CONVERTO EM PRISÃO PREVENTIVA** a prisão em flagrante do autuado **Jhonatan Soler Maia Santos**.” (fls. 158/161).

E consta da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, que, “(...) em que pesem os documentos acerca de eventual dependência familiar em relação a Jhonatan, é certo que a existência de filho na condição de criança não implica, automaticamente, na substituição da prisão preventiva por domiciliar ou mesmo sua revogação.

Ademais, o fato de não ostentar antecedentes e possuir residência fixa não tem o condão de revogar o decreto prisional.

(...)

Da mesma forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem deixado assente que a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não afastam a possibilidade da prisão preventiva (cf.: HC 133233, julgado em 24/05/2016; RHC 124.486DF, DJe 19.2.2015; HC 126.051/MG, DJe 29.5.2015, entre outros)” (fls. 170/171).

Verifico, assim, que o I. Magistrado que converteu a prisão em flagrante em preventiva e também aquele que indeferiu o pedido de liberdade provisória o fizeram de forma fundamentada, considerando não somente a gravidade abstrata do delito, mas a existência de indícios de autoria e de prova da materialidade, as circunstâncias concretas do caso, bem como as condições pessoais do Paciente, reveladoras da necessidade da manutenção da prisão preventiva, atendendo ao disposto no artigo 312 do CPP.

Com efeito, considerando as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o delito, tendo em vista a elevada quantidade de drogas apreendidas, somada à significativa quantia em dinheiro, possível produto da venda de diversas outras porções, além da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreensão de duas facas com resquícios de droga, balança de precisão, rolo de plástico filme e de diversos sacos plásticos, conforme a denúncia (fls. 31/32), os depoimentos prestados pelos policiais na Delegacia (fls. 35 e 36), o boletim de ocorrência (fls. 52/54), o auto de exibição e apreensão (fls. 55/62), o laudo de constatação preliminar (fls. 64/66) e o laudo de exame químico toxicológico (fls. 132/134), a manutenção da prisão preventiva era mesmo de rigor, para atender às finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A propósito: *“RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (1,7KG DE CRACK). NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente e a gravidade do delito, evidenciadas pela quantidade de droga apreendida - aproximadamente 1,7kg de crack -, bem como por ter sido encontrada uma arma calibre 38 e a quantia em espécie de R\$ 2.542 (dois mil, quinhentos e quarenta e dois reais), recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. 3. A presença de eventuais condições pessoais favoráveis do acusado, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quando identificados os requisitos legais da cautela. 4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas (...).”(RHC 73693/ BA- STJ- QUINTA TURMA - Relator Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/10/2016) – grifos nossos

Nesse contexto, mostra-se inconsistente a alegação de constrangimento ilegal ante a inexistência de motivo justificador da prisão cautelar, em razão, *in casu*, da ausência dos requisitos autorizadores da liberdade provisória, bem como da insuficiência das medidas cautelares alternativas.

Frise-se que, para fundamentar a decisão que impõe a prisão preventiva ou denega liberdade provisória, basta que o julgador se pronuncie sobre a necessidade da medida cautelar, com base na presença de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, o que não se confunde com antecipação da pena.

A propósito: “*Não se pode confundir a existência de motivação simplificada com a ausência de fundamentação, pois o que exige a Carta Magna no inciso IX do seu artigo 93, é que a decisão judicial seja fundamentada, e não que a fundamentação seja correta na solução das questões de fato ou de direito da lide* (STF - AI 718.629/PB, Rel. Min. Carmem Lucia - DJe, 10/12/2008).

Assim, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva e também aquela que indeferiu o pedido de liberdade provisória foram devidamente fundamentadas no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pelos I. Magistrados, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido: “**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NA NECESSIDADE DE ASSEGURAR-SE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CRIMINAL. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, na necessidade de assegurar-se a aplicação da lei penal e na conveniência da instrução criminal está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar. II - Transcrição do trecho do decreto de prisão cautelar o qual dá conta de que o paciente supostamente integra quadrilha de roubo de cargas. III - Habeas corpus denegado.” (HC 95-474/SP- STF- PRIMEIRA TURMA- Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJ- 14-04-2009). grifo nosso

Consigne-se que primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não são suficientes para a concessão da liberdade provisória.

Nesse sentido já se manifestou o STF: “No tocante à custódia cautelar, é da jurisprudência desta Corte que a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva” (STF - HC 112642 - Relator Ministro Joaquim Barbosa - j . 26/06/2012 – Dje 10/08/2012).

E, ainda, o STJ: “**HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N.º 11.343/06. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. (...) 4. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 5. Ordem denegada”.** (Habeas Corpus nº HC 186369/MG, Ministra Laurita Vaz)

No mais, não obstante o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.339 / SP, por maioria, tenha declarado a inconstitucionalidade da expressão “*e liberdade provisória*”, constante do “caput” do artigo 44 da Lei nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11.343/2006, a concessão da liberdade provisória não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, estão presentes indícios de autoria e prova da materialidade, bem como as circunstâncias concretas do caso revelam a impossibilidade da concessão da liberdade provisória.

Ademais, eventual aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, fixação de regime inicial diverso do fechado ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em caso de condenação, depende de mais informações no tocante ao Paciente, devendo essas questões ser consideradas pelo Magistrado quando da prolação da sentença.

Com relação à prisão domiciliar, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ordem de *Habeas Corpus* nº 165.704, concedeu o *writ* para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, com 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 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*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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” (STF, HC nº 165.704, Rel.: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Data de Julgamento: 20.10.2020).

No presente caso, contudo, observa-se que o Paciente tinha em depósito elevada quantidade de entorpecentes na própria residência. Assim, após breve exame, as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o crime mostram situação extremamente excepcional, excluída da abrangência da decisão da Colenda Corte Superior, conforme as condições previstas no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP também do C. STF, demonstrando a insuficiência da prisão domiciliar para garantir a ordem pública, a aplicação de lei penal e a instrução criminal, dada a dificuldade de fiscalização do seu efetivo cumprimento. Ademais, não há nos autos qualquer prova que demonstre, estreme de dúvidas, que o Paciente seja o único responsável pelos cuidados de sua filha e que ele necessita de seus cuidados ininterruptos e se encontra desamparada ou em situação de risco em razão da sua prisão, pois indicou, como responsável pelos cuidados da filha, Paula Marques Souza (fls. 38).

Cumprе ressaltar que, de acordo com o artigo 318, incisos III e VI, do Código de Processo Penal, o Magistrado “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos ou imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 anos de idade ou com deficiência. Assim, a referida norma não cria um direito subjetivo para o preso, mas tem como objetivo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

primordial assegurar os interesses da criança, proporcionando seu desenvolvimento saudável, se possível, na companhia de seus genitores. No entanto, além de não haver provas de que o Paciente seja o único responsável pelos cuidados de sua filha, as circunstâncias extremamente excepcionais em que, em tese, praticado o delito, havendo indícios de que o Paciente praticava o tráfico em sua própria casa, onde residia com sua filha, criando situação de risco e ambiente inadequado para ela, evidenciam que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não atenderia à finalidade de resguardar os interesses da criança.

Sobre o tema, ensina Guilherme de Souza Nucci que *“a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz - e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa dizer que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar. Não haverá sentido, por exemplo, em ser o magistrado obrigado a colocar em domicílio o perigoso chefe de uma organização criminosa somente porque completou 80 anos”* (in Código de Processo Penal Comentado, 15ª ed., Ed. Forense, p. 778).

Nesse sentido já decidiu o STJ: *“A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11/6/2014), de que 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.*

Semelhante interpretação acabaria por 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa grávida ou com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema” (HC 351.886/ RS- SEXTA TURMA- Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/12/2016).

Consigne-se, ainda, que a prisão cautelar não afronta, de modo algum, o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), sobretudo em se considerando que a Carta Constitucional de 1988 também contempla a possibilidade da prisão decretada pela autoridade judiciária competente, consoante o preceito do artigo 5º, inciso LXI.

Neste sentido, já se pronunciou esta C. Corte de Justiça: *“LIBERDADE PROVISÓRIA - Direito de aguardar em liberdade o julgamento - Benefício pleiteado com base no princípio da presunção de inocência consagrado no inc. LVII do art. 5º da CF - Inadmissibilidade - Consagração que não importou revogação das modalidades de prisão (em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia) anteriores ao trânsito em julgado da sentença previstas na lei ordinária, conforme, aliás, o "caput" e os incs. LIV e LXI do próprio art. 5º da Carta Magna.” (TJSP - R44/280).*

Dessa forma, presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não há que se cogitar de constrangimento ilegal a ser sanado por meio do *writ*.

Ante o exposto, denego a ordem.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA
Relator