



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000316260

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2076766-31.2021.8.26.0000, da Comarca de Pirassununga, em que é impetrante VITOR KLEBER ALMEIDA SANTOS e Paciente WALLAN APARECIDO ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente) E MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 28 de abril de 2021.

LAERTE MARRONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 16.658

Impetrante: Vitor Kleber Almeida Santos

Pacte: Wallan Aparecido Alves da Silva

Impetrado: MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca
de Pirassununga – SP

“Habeas corpus” hostilizando a prisão preventiva. 1. Prisão cautelar que se mostra necessária para garantia da ordem pública. 2. Prisão que deve ser mantida, mesmo à luz da Recomendação nº 62, do CNJ. 3. Decisão fundamentada. 4. Magistrado que, de forma fundamentada, manteve a prisão preventiva, nos termos do artigo 316, par. único, do Código de Processo Penal. 5. Ausência de demonstração de uma situação que justifique a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. 6. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.

1. Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Vitor Kleber Almeida Santos em favor de Wallan Aparecido Alves da Silva. Alega, em suma, que o paciente, preso preventivamente pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, padece de constrangimento ilegal pelas seguintes razões: a) ausência dos requisitos legais para a custódia cautelar; b) fundamentação inidônea da decisão judicial hostilizada; c) ser responsável pelo sustento de seus quatro filhos menores; d) riscos da COVID-19 à população carcerária; e) inobservância do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal. Busca a desconstituição da prisão preventiva ou, subsidiariamente, sua substituição por medidas cautelares alternativas ou, ainda, a prisão domiciliar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O pedido de liminar foi indeferido (cf. fls. 153/156).

A d. autoridade coatora prestou informações (fls. 159).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (cf. fls. 163/169).

É o relatório.

2. Inconsistente a impetração.

3. Os dados probatórios constantes dos autos formam um cenário de fundada suspeita de que a paciente cometeu o crime de tráfico de drogas.

Segundo consta da denúncia:

“Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 06 de janeiro de 2021, por volta das 16 horas e 40 minutos, na avenida Acácio Honda, nº 2685, bairro Vila São Pedro, nesta cidade e comarca, WALLAN APARECIDO ALVES DA SILVA –vulgo “Suco de Fruta” (qualificado nos autos - fls. 05 e 10) guardava e transportava, para fins de tráfico, droga– consistente em 12,2 gramas de “Cocaína”, fracionados em dezesseis invólucros plásticos contendo a referida droga -, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. boletim de ocorrência nº 43/2021 - fls. 21/23, auto de exibição e apreensão - fls. 24/25, fotografias – fls. 26/28, auto de constatação preliminar de substância entorpecente – 29 e laudo pericial - fls. 66/68 e 72/74).

Segundo o apurado, Guardas Civis Municipais realizavam patrulha de rotina no momento em que receberam delação de que indivíduo conhecido informalmente pela alcunha de “Suco de Fruta” estava procedendo a entrega de droga e realizando a colheita do provento financeiro de pretéritas vendas de entorpecente em conhecidos pontos de tráfico de drogas, localizados no bairro Vila São Pedro. É dos autos também que, a referida delação acrescentou que todo o descrito procedimento era realizado pelo indicado indivíduo na condução de um veículo VW/ Passat, cor bege, também ocupado pela correspondente esposa e filhos do autor.

Cientes do teor da referida delação, os aguazis



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

intensificaram a patrulha pelas imediações do local indicado até que identificaram, ordenaram a parada e abordaram WALLAN APARECIDO.

É dos autos que, em revista pessoal fora localizado e apreendido na posse do averiguado um aparelho de telefonia celular e R\$ 1.669,00 (um mil, seiscentos e sessenta e nova Reais), quantia dividida em cédulas de diversos valores da moeda corrente, sem origem lícita comprovada.

Ato contínuo, buscas realizadas no interior do veículo conduzido pelo averiguado lograram êxito em localizar, homiziada em um compartimento existente abaixo do banco do passageiro 16 invólucros plásticos contendo “Cocaína” (12,2 gramas) - (cf. boletim de ocorrência nº 43/2021 - fls. 21/23, auto de exibição e apreensão - fls. 24/25, fotografias - fls. 26/28, auto de constatação preliminar de substância entorpecente - 29 e laudo pericial - fls. 66/68 e 72/74)(...)” (cf. fls. 82/84 dos autos do processo de conhecimento).

Gize-se que o “habeas corpus” constitui ação de rito sumaríssimo, em que a cognição é estreita, de sorte a não se afigurar instrumento processual adequado quando o desate da questão reclame o exame aprofundado de provas e fatos, conforme tem assentado a doutrina (cfr., por exemplo, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Comentado, RT, 9ª edição, pág. 1.045) e a jurisprudência (cfr., por exemplo, STF, HC nº 103.149, rel. Min. Celso de Mello).

Não se afigura, neste sentido, possível esquadrihar-se a prova.

Vale dizer, existem indícios de que o paciente cometeu crime de tráfico de drogas, envolvendo 12,2g de cocaína (cf. fls. 97/98), em ação que considerando a natureza da droga (atente-se ao elevado poder lesivo da cocaína para a saúde pública), traduz um acentuado grau de culpabilidade da conduta.

Além disso, o paciente ostenta condenação pela prática de tráfico de drogas (cf. fls. 46/47), a denotar um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quadro de reiteração na prática de crimes.

O cenário sugere que, em liberdade, existe uma significativa probabilidade de que o paciente volte a delinquir. Deveras, conforme leciona **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, a reiteração na prática criminosa “**é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva**”.

Circunstâncias concretas a revelar que a colocação do paciente em liberdade representa um perigo para a segurança e saúde públicas. **Trata-se de um quadro a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.**

Com efeito, conforme proclamado pelo **Excelso Pretório**, a prisão preventiva pode vir “**fundamentada na periculosidade do réu aferida das próprias circunstâncias do crime, a demonstrar a necessidade dela para a garantia da ordem e por conveniência da instrução criminal**” (RHC nº 67.186, rel. Min. **Moreira Alves**). Conferir, na mesma linha, mais recentemente: STF, HC nº 101.300, rel. Min. **Ayres Brito**; HC nº 111.046, rel. Min. **Cármen Lúcia**; HC nº 106.991, rel. Min. **Ricardo Lewandowski**.

Deveras, “**a preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência**” (STJ, HC nº 89.467, rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**).

Na lição de **JULIO FABBINI MIRABETE**, a prisão preventiva para garantia da ordem pública justifica-se como



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

medida a evitar que o agente **“pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”** (Código de Processo Penal Interpretado, Saraiva, 11ª edição, pág. 803).

Aparentemente, tem-se um cenário que não comporta a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06.

Tudo, pois, a desnudar que a prisão preventiva, por ora, mostra-se necessária, não sendo possível a substituição por outra medida cautelar.

Não se olvida que a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça sugere uma série de medidas destinadas a evitar a disseminação da pandemia de COVID-19 no sistema penitenciário nacional, dentre elas a reavaliação das prisões provisórias.

No entanto, a implementação destas medidas está condicionada a uma análise das circunstâncias envolvendo o caso concreto. Não se pode interpretar o citado ato jurídico no sentido de que conferiu um direito subjetivo do preso à obtenção dos benefícios ali referidos, até porque não se cuida de um ato legislativo ou jurisdicional, mas sim uma decisão de natureza administrativa. A solução há de ser tópica, ou seja, caso a caso, tomando-se em conta os vários interesses envolvidos.

Neste sentido, na linha do acima aduzido, tem-se que o paciente é pessoa perigosa, de sorte que não é o caso de se desconstituir a prisão preventiva, mesmo à luz da citada Recomendação



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nº 62, do Conselho Nacional de Justiça.

Oportuno considerar que há notícia de que a Administração Penitenciária tem tomado medidas, no âmbito das unidades prisionais, visando combater a pandemia (neste sentido, ofício do Secretário da Administração Penitenciária ao Corregedor Geral da Justiça).

Na realidade, **sopesando-se os interesses em jogo à luz do princípio da proporcionalidade**, sobrelevam, a radicar, pelo menos por ora, a manutenção da custódia cautelar, a segurança e a saúde públicas.

4. Sublinhe-se que o ato hostilizado encontra-se motivado (**fls. 51/53 dos autos do processo de conhecimento**). Houve análise dos fatos, com referência a circunstâncias concretas do caso, o que permite inferir que não se cuida de decisão calcada apenas na gravidade em abstrato do crime, lembrando que a decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva não reclama fundamentação exaustiva, bastando uma análise sucinta dos requisitos que dão ensejo à segregação cautelar (STF, RHC nº 89.972-2, rel. Min. Cármen Lúcia; HC nº 86.605, rel. Min. Gilmar Mendes; HC nº 62.671, rel. Min. Sydney Sanches; STJ, HC nº 154.164, rel. Min. Felix Fischer).

5. Por sua vez, em 07.04.2021, o magistrado, cumprindo o preceituado na regra estampada no artigo 316, par. único, do Código de Processo Penal, editou decisão reavaliando a necessidade da prisão. E consignou que subsistem os motivos para a custódia cautelar. Vale dizer, a decisão encontra-se motivada, pelo que atende à exigência do artigo 93, IX, da Constituição Federal (**cf. fls. 130 dos autos do processo de conhecimento**).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6. Por sua vez, não é o caso de substituição por prisão domiciliar, a despeito de o paciente ser pai de crianças menores de idade (cf. fls. 03 desta impetração).

O **Supremo Tribunal Federal** concedeu ordem de “habeas corpus” coletivo (HC nº 165.704, rel. Min. Gilmar Mendes), determinando 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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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”.

No entanto, não é o caso da colocação do paciente em prisão domiciliar, tomados estes parâmetros.

Em primeiro lugar, não está demonstrando, de **forma estreme de dúvida, observadas as limitações de cognição do “habeas corpus”**, que o paciente é o único responsável pelas crianças (na verdade não foram juntadas as certidões de nascimento ou quaisquer outros documentos a atestar a afirmação de fls. 03 desta impetração).

Importa considerar que constitui ônus da defesa comprovar categoricamente uma das situações que viabilizam a prisão domiciliar (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPodivm, 2.016, pág. 903).

Cabe remarcar que o “habeas corpus” constitui instrumento processual de cognição estreita, reclamando prova pré-constituída da indevida lesão ao direito de liberdade (STF, RHC nº 117.982, rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC nº 88.718, rel. Min. Celso de Mello, entre outros).

A realização de audiência para a comprovação desta situação deve ser feita em primeiro grau, porquanto não se cuida de providência compatível com o procedimento do “writ”.

Além disso, impende considerar que a julgada do Colendo Supremo Tribunal Federal assentou que valem as mesmas diretrizes estabelecidas pela Corte no julgamento do HC nº 143.641.

Pois bem, o Egrégio **Supremo Tribunal**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Federal concedeu ordem de “habeas corpus” coletivo (**HC nº 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski**), determinando “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do artigo 2º, do ECA e da Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, relacionadas no processo DEPEN e outras autoridades estaduais, decisão que foi estendida às demais mulheres presas não constantes das relações existentes nos autos”. No entanto, pontuou o **Excelso Pretório**, no referido julgamento, a existência de situações em que a prisão domiciliar poderia ser negada, mais precisamente: a) no caso de crime praticado com violência ou grave ameaça; b) delito perpetrado contra seus descendentes; c) “em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegaram o benefício” (teor da decisão colhido através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal).

Vale dizer, **não se considerou que o direito à substituição é absoluto**, no sentido de que não basta que a mulher se encontre em alguma das situações previstas no artigo 318, III, IV ou V, do Código de Processo Penal, para que, automaticamente, tenha direito à prisão domiciliar. Existem circunstâncias – apontadas na r. decisão - que, se presentes, tem o condão de empecer o benefício. Orientação que, salvo melhor juízo, afina-se com entendimento, abraçado pelo atual dogmática jurídica, no sentido de que não há direitos absolutos, como, de resto, já assentou o próprio **Supremo Tribunal Federal (MS nº 23.452-1, rel. Min. Celso de Mello; Ag. Reg. no RE nº 455.283-3, rel. Min. Eros Grau, HC nº 93.250-9, relatora Min. Ellen Gracie)**.

Atentando-se a estas diretrizes, tem-se que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

hipótese não comporta a prisão domiciliar.

Com efeito, tomando-se em conta a gravidade em concreto da conduta e o **passado criminal**, tem-se que o paciente é **pessoa perigosa**, de sorte que a prisão domiciliar, situação em que a restrição da liberdade não é submetida a um rigoroso controle (na prática, não há condições de uma fiscalização eficaz), não avulta como medida suficiente para a garantia da ordem pública.

Ou seja, tomando-se em conta as diretrizes estabelecidas na decisão do Excelso Pretório, tem-se um quadro excepcional a justificar a não concessão da prisão domiciliar.

Não se olvida a edição da Lei nº 13.769/18, que, alterando o Código de Processo Penal, acrescentou o artigo 318-A, cujo texto é o seguinte:

“Art.318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I- não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa.

II- não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente”.

No entanto, mesmo à luz da nova dicção legal, a hipótese não enseja a substituição reclamada.

Na interpretação do referido dispositivo legal há que se atentar para o **elemento teleológico**, que sobrepuja a mera literalidade do texto, na linha, aliás, do que preceitua o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro **(FRANCISCO**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, págs. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, págs. 430/431).

Nesta ordem de ideias, embora não conste do texto de lei a possibilidade de ser negado o benefício em casos excepcionalíssimos, tal como o firmado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a melhor compreensão da norma – sobretudo à luz do julgado do Excelso Pretório – é no sentido da subsistência desta terceira causa de exclusão da substituição, porquanto se afina com o escopo de norma, uma vez que não se pode admitir que o benefício seja implementado naquelas situações extraordinárias em que a condição do agente (seja pela conduta concretamente praticada, seja em razão de seu histórico – reincidência e descumprimento de benefício anteriormente concedido) descortine que a colocação em prisão domiciliar representaria um enorme risco à ordem pública.

Neste sentido, cabe atentar para o teor do voto do **Ministro Reynaldo Soares da Fonseca**, quando do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do **AgRg no HC nº 426.526**, em excerto que se reproduz na sequência:

“(...) Feita essa breve observação, cumpre lembrar que esses dois parâmetros já estavam previstos no julgado do Supremo Tribunal Federal, hoje representados nos incisos I e II do novo art. 318-A do CPP. Porém, com relação as chamadas situações excepcionalíssimas, a nova lei nada regula.

Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assim que deve ser interpretado.

De fato – e que faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal de foram a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa -, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar a mãe que sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Com efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de conduta criminosa que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação aos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionalíssimas, dentre as quais se destacam: (i) praticar o tráfico de drogas na residência, com a presença ou mesmo participação das crianças; (ii) reincidir em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do crime; (iii) integrar perigosas organizações criminosas, profundamente envolvidas com a criminalidade, notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções perigosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável pode caracterizar violação de direitos que atinge diretamente as crianças



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

menores ou dependentes.

A Constituição Federal prescreve que é dever do Estado assegurar a proteção integral e prioritária da criança (art. 227 da CF). E aqui, o olhar é para aqueles que sofrem injustamente as consequências dos atos praticados por mães que se encontram encarceradas, na medida em que seus filhos ou as pessoas sob sua dependência sofrem diretamente efeitos da condenação, com a separação física da genitora.

Assim, o propósito da lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, “o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança.”, como declarou o e. Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forense, em decisão liminar em que examinou a aplicação do novo art. 318-A do CPP (HABEAS CORPUS Nº 491.003) – PB, DE 30.01.2019, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado em 4/2/2019).

De fato, ainda durante a discussão do projeto de lei no âmbito legislativo, concluiu a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, ao tratar das limitações propostas à substituição da prisão preventiva por domiciliar, previstas nos incisos I e II do novel art. 318-A do CPP, que “tal medida é acertada, pois não se pode olvidar que a criança deve ser resguardada de toda e qualquer presença que posse prejudicar a formação de sua personalidade e a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

construção de seus valores, em razão da sua condição de pessoas em desenvolvimento”.

Nessa direção, impossível ignorar que em determinadas situações – frise-se, excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.

*Por isso, penso que **a normatização de apenas duas das exceções já previstas no habeas corpus coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma.** O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer interpretação teleológica da lei, assim, como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no artigo 227, bem como à pessoa deficiente(...)”. (grifei)*

Assim postas as coisas, dada a condição do paciente, tal como acima referido, não é o caso de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. No caso em testilha, na ponderação dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

interesses em jogo, a segurança pública é sobranceira em relação ao interesse tutelado na regra prevista no artigo 318-A, do Código de Processo Penal.

Há que se levar em conta, na interpretação da lei, o princípio da proporcionalidade (razoabilidade). Remarque-se que o princípio da proporcionalidade tem dupla face: desdobra-se na proibição do excesso e na proibição da proteção deficiente¹. Quanto a este último – que interessa ao caso concreto –, traduz a ideia que o Estado não pode se esquivar de tutelar adequadamente um direito ou interesse fundamental (como o é a segurança pública). Ou seja, o ato estatal de concessão da prisão domiciliar não pode colocar em risco a segurança pública.

Cabe sempre lembrar que os princípios constituem as normas fundamentais do sistema jurídico. Dentre as suas funções acha-se a de servirem como vetor no processo de interpretação de toda e qualquer regra, inclusive as constitucionais (**EROS ROBERTO GRAU**, Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, Malheiros Editores, 2002, págs. 180/184; **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, Malheiros Editores, págs. 771/772; **MASSIMO BIANCA**, Diritto Civile, I, Milano Dott A Giuffrè Editore, 1987, págs. 65/66). Conforme escólio de **PAULO BONAVIDES**, os princípios, por expressarem valores, são “**a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada**” (obra citada, pág. 254).

¹ Cf, por exemplo, **LENIO LUIZ STRECK**, A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, in Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 97, págs. 171/202.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Discorrendo sobre a prisão domiciliar, leciona **RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, “(...) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.” (Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 2016, p. 900, grifei).

Conforme já assinalado, não existem direitos absolutos, de sorte que, para fins de concessão da prisão domiciliar, o magistrado, atento à teleologia da lei, há de sopesar os interesses em conflito à luz do princípio da proporcionalidade.

7. Em síntese, não se divisa, **ao menos por ora**, antijuridicidade a ser reparada.

8. Ante o exposto, **denego a ordem.**

LAERTE MARRONE

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO