



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000052152

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2292861-89.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante GUILHERME OLIVEIRA ATENCIO e Paciente MARCOS FERNANDO DE JESUS SOUZA.

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 sem voto), WALTER DA SILVA E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2021.

LAERTE MARRONE

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 15.447

Impetrante: Guilherme Oliveira Atencio

Pacte: Marcos Fernando de Jesus Souza

Impetrado: MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da

Capital

“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 judicial fundamentada. 4. Alegação de constrangimento ilegal em razão de excesso de prazo para a formação da culpa. Não configuração de um quadro deste tipo à luz do princípio da razoabilidade. 5. Ausência de demonstração de uma situação que justifique a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Ordem denegada.

1. Trata-se de “habeas corpus”, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Guilherme Oliveira Atencio em favor de Marcos Fernando de Jesus Souza. 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) riscos da COVID-19 à população carcerária; d) ser pai de filha menor que necessita de seus cuidados; e) excesso de prazo na formação da culpa. Busca a desconstituição da prisão preventiva.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 267/270).

A d. autoridade coatora prestou informações



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(fls. 273/283).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 286/300).

É o relatório.

2. Inconsistente a impetração.

3. O exame dos autos revela um cenário de fundada suspeita de que o paciente cometeu o crime de tráfico de drogas.

Segundo consta da denúncia:

“Consta do incluso inquérito policial, iniciado por auto de prisão em flagrante¹, que, durante a tarde do dia 28 de setembro de 2020, por volta das 14h 50min, na Rua Embaixador Sousa Dantas, altura do numeral 74, nesta capital, GUILHERME LEÔNCIO, qualificado a fls. 10 e fotografado a fls. 23 e 26, trazia consigo, para fins de tráfico ilícito de drogas, em ocasião de calamidade pública 50 (cinquenta) invólucros plásticos contendo o entorpecente vulgarmente conhecido por “maconha”, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta, ainda, que, durante a tarde do dia 28 de setembro de 2020, por volta das 14h50min, no interior da residência localizada na Rua Mauro 2, casa 8, escadaria, Saúde, nesta capital, LUCAS NASCIMENTO SANTANA DOS REIS, qualificado a fls. 12 e fotografado a fls. 21 e 25, e MARCOS FERNANDO DE JESUS SOUZA, qualificado a fls. 14 e fotografado a fls. 22 e 24, guardavam e mantinham em depósito, para fins de tráfico ilícito de drogas, em ocasião de calamidade pública⁴, 01 (um) tijolo do entorpecente vulgarmente conhecido por “maconha”, com peso líquido de 975g; sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar⁵.

O denunciado Guilherme trazia consigo e os denunciados Lucas e Marcos Fernando guardavam e mantinham em depósito as drogas supramencionadas para fins inequívocos de tráfico ilícito de entorpecentes.

O crime foi praticado em ocasião de calamidade pública, em razão da pandemia provocada pelo novo corona vírus na cidade de São Paulo.

Segundo apurado, no dia dos fatos, policiais militares visualizaram o denunciado Guilherme na via pública, o qual, ao notar a presença da viatura policial, demonstrou certo nervosismo, fato que ensejou sua abordagem. Após



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

revista pessoal, os policiais localizaram, próximo de seu abdômen, uma meia, contendo, em seu interior, 50 (cinquenta) porções do entorpecente vulgarmente conhecido por “maconha”. Indagado, Guilherme confessou que adquiriu as drogas dos outros denunciados e, visando se livrar de eventual prisão em flagrante, revelou aos policiais o endereço. Deste modo, os policiais dirigiram-se ao endereço fornecido e logo que aportaram no local já avistaram os denunciados Lucase Marcos Fernando, defronte ao imóvel. Após abordagem, Marcos confessou que no interior da residência encontrava-se o restante das drogas, no interior de um guarda-roupa. Assim, os policiais ingressaram no imóvel e foram até o local informado pelo denunciado, ocasião em que localizaram uma mochila e, em seu interior, um tijolo e mais 52 (cinquenta) e duas porções, ambos do entorpecente vulgarmente conhecido por “maconha”. Após tal fato todos os denunciados permaneceram em silêncio. Por fim, os policiais lhes deram voz de prisão em flagrante delito e os conduziram ao Distrito Policial.

A mochila, a meia e as drogas foram devidamente apreendidas⁶. Laudo Pericial de constatação preliminar detectou a presença detetrahidrocannabinol⁷.

As prisões em flagrante foram devidamente convertidas em prisões preventivas⁸.

Interrogados⁹, todos negaram a prática do delito.

As circunstâncias da prisão, a forma de acondicionamento e a quantidade de drogas apreendidas, bem como as versões apresentadas pelos denunciados, evidenciam que os entorpecentes realmente se destinavam ao comércio ilícito de drogas(...)”. (cf. fls. 01/06 dos autos do process 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

esquadrinhar-se a prova.

Vale dizer, há indícios de que o paciente cometeu o crime de tráfico de drogas, em concurso com outros dois agentes, envolvendo 975g de maconha (cf. fls. 19/23), em ação que, considerando a quantidade da droga e o concurso de agentes, traduz um acentuado grau de culpabilidade da conduta.

Além disso, o paciente ostenta condenação pela prática do crime de furto (cf. fls.226/227), a denotar um quadro de reiteração na prática de crime.

São dados concretos a indicar 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,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

Na lição de **JULIO FABBINI MIRABETE**, a prisão preventiva para garantia da ordem pública justifica-se como 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 (tendo em conta a quantidade da droga).

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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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 (**cf. fls. 78/83 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, não há ilegalidade em razão do tempo de prisão provisória.

O reconhecimento de excesso de prazo não deve ser balizado por um critério puramente matemático, vale dizer, pelo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

simples cômputo dos dias em que preso o acusado cautelarmente. O Direito não constitui uma ciência exata, de sorte que se deixa de visualizar constrangimento ilegal se a demora na ultimação da instrução encontra uma justificativa aceitável.

Nessa quadra, a doutrina (cfr., por exemplo, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Comentado, RT, 9ª edição, págs. 1.049/1.050) e a jurisprudência (STF, HC nº 108.426, rel. Min. Luiz Fux; HC nº 101.110, rel. Min. Eros Grau; HC nº 104.845, rel. Min. Joaquim Barbosa, entre outros) fazem referência ao princípio da razoabilidade como critério de aferição da matéria, de sorte que o excesso de prazo comporta análise caso a caso, dependendo das circunstâncias (complexidade da causa, número de réus, entre outras), as quais têm o condão de conferir juridicidade ao diferimento da prisão cautelar.

Nessa ordem de ideias, observa-se que o paciente (a) acha-se denunciado por fato bastante reprovável sob a óptica penal, autorizador de um juízo prospectivo no sentido de que, no caso de condenação, a pena imposta será elevada.

Com efeito, conforme lição de **AURY LOPES JR.** e **GUSTAVO HENRIQUE BADARO**, citados por **Guilherme de Souza Nucci**: “A natureza do delito e a pena a ele cominada, enquanto critérios de razoabilidade de duração do processo, representam, em essência, o critério da proporcionalidade. Processos que tenham por objeto delitos mais graves e, consequentemente, apenados mais severamente, poderão durar mais tempo do que os outros feitos por delitos de pequena gravidade. Todavia, embora o critério de proporcionalidade seja fundamental,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na ponderação da duração do processo em relação ao binômio 'natureza do delito-pena', não poderá ser aceito, de forma isolada, como índice de razoabilidade. Levando ao extremo, delitos apenas com prisão perpétua teriam como razoável um processo que durasse toda a vida... (Código de Processo Penal Comentado, RT 9ª edição, pág. 1049, grifo nosso).

Por sua vez, (b) a pandemia derivada da ação do coronavírus – que se qualifica como força maior, justifica a custódia cautelar, não emprestando antijuridicidade à manutenção da prisão (artigo 798, par. 4º, do Código de Processo Penal).

De resto, (c) consulta ao sistema eletrônico do Tribunal de Justiça revelou que a audiência de instrução, debates e julgamento da causa está designada para o dia 08.02.2021, às 13:30 horas (cf. fls. 282).

6. Por outro lado, não é o caso de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, a despeito de o paciente possuir filha menor de idade.

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)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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”.

Desta forma, não está demonstrado, de forma estreme de dúvida, tendo em conta a documentação juntada aos autos da origem (cf. fls. 172), que o paciente é o **único** responsável pela criança (no sentido de que inexistente outra pessoa que possa cuidar da menor).

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 hipótese não comporta a prisão domiciliar.

Com efeito, na linha do gizado, tomando em conta a gravidade em concreto das condutas 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:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 possa prejudicar a formação de sua personalidade e a 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 prejudica 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 da paciente (considerando a gravidade em concreto da conduta e seu passado criminal), tal como acima referido, não é o caso de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. No caso em testilha, na ponderação dos 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

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

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).

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. Enfim, não se divisa constrangimento ilegal na espécie.

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

LAERTE MARRONE

Relator