



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Registro: 2021.0000562561

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2113631-53.2021.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é impetrante CAÍQUE BARROS DE CARVALHO e Paciente RAFAEL VICENTE DA COSTA, é impetrado 3 VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SOROCABA.

ACORDAM, em 7ª 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 Exmos. Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente), REINALDO CINTRA E FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 14 de julho de 2021.

OTAVIO ROCHA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Voto nº 18257

Habeas Corpus nº 2113631-53.2021.8.26.0000

Comarca : Sorocaba

Impetrante : Dr. Caíque Barros de Carvalho

Paciente : RAFAEL VICENTE DA COSTA

Habeas corpus – Paciente e outros dez agentes denunciados pelos crimes de integrar organização criminosa, estelionatos e lavagem de dinheiro – Ministério Público que aponta o paciente como um dos líderes da organização criminosa que, entre os dias 31.3.2020 e 12.2.2021, teriam praticado diversos estelionatos contra vítimas idosas – Agentes que, passando-se por funcionários de agências bancárias, ligavam para as vítimas questionando compras supostamente realizadas por elas, induzindo-as a acreditar que seus cartões haviam sido clonados – Vítimas que, em razão desse contato, ligavam para os telefones das agências bancárias com as quais mantinham relacionamento, ligações essas que, por meio de operações eletrônicas clandestinas, eram redirecionadas aos integrantes da organização criminosa, que não só obtinham os dados pessoais e senhas correspondentes às contas bancárias, como ainda enviavam um motoboy às residências das vítimas para recolher seus cartões bancários, o que lhes permitia realizar saques e efetuar compras eletrônicas utilizando os dados e cartões assim obtidos – Prejuízo financeiro estimado em mais de dez milhões de reais, segundo relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) – Prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal – Pedido de substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar sob o argumento de que o paciente seria o único responsável por filha menor de 12 anos de idade (art. 318, VI, do CPP) – Dados constantes dos autos no sentido de que a sua filha encontra-se sob os cuidados de outra pessoa (avó materna), de sorte que ele não preenche o requisito para o benefício - Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça que não estabelece a obrigatoriedade automática de concessão do benefício da prisão domiciliar, mas apenas recomenda o exame de seu cabimento segundo os critérios nela enumerados – Prisão domiciliar que tem como pressuposto a comprovação de debilidade extrema em função de doença grave (artigo 117 da Lei de Execução Penal), existindo na legislação sobre execução penal em vigor previsões voltadas ao atendimento da saúde dos indivíduos que se encontram presos em razão da prática de crimes – Risco (horizontal) de contágio da Covid-19, mesmo ante a possível existência de 'superlotação carcerária', que não autoriza a imediata soltura daqueles que estão presos pela prática de crime – Necessidade de demonstração da impossibilidade da tomada de outras medidas de prevenção contra o contágio pelas autoridades incumbidas da administração dos estabelecimentos prisionais – Manutenção da prisão preventiva do paciente que não afronta a ordem concedida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus coletivo nº 188820, da Relatoria do Min. Edson Fachin – Inexistência de coação ilegal – Ordem denegada.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo i. Advogado Dr. Caíque Barros de Carvalho, a favor de RAFAEL VICENTE DA COSTA, sob a alegação de que ele estaria sofrendo coação ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, em razão da decretação de sua prisão preventiva nos autos da Ação Penal nº 1500791-97.2021.8.26.0602, ante a prática dos crimes de “*constituir, integrar e promover*” organização criminosa, estelionatos e lavagem de dinheiro.

Alega o i. Advogado que: **(1)** não estão presentes os requisitos do artigo 312 do Cód. de Proc. Penal; **(2)** trata-se de agente primário, sem antecedentes desabonadores, que possui ocupação lícita e endereço certo indicado nos autos (município de São Paulo); **(3)** “*a ocupação do réu é pública e notória, faz parte de um grupo musical, tendo grande relevância no meio. De modo que, mesmo em liberdade seria impossível passar despercebido, tendo em vista a quantidade de fãs que possui. Então, suas atividades fora do ambiente prisional seriam facilmente monitoradas*”; **(4)** ele tem filha menor de 12 anos de idade, “*que é dependente do pai, ora preso, pois a genitora é do lar e não trabalha*”, de sorte que tem direito à prisão domiciliar conforme art. 318, VI, do Cód. de Proc. Penal e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus coletivos nºs 143641 e 165704); e, ainda **(5)**, que a custódia cautelar do paciente agrava os riscos de contaminação pelo coronavírus, devendo ser observada a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Com base nos argumentos acima destacados, o i. Advogado postula a concessão da ordem a fim de que seja revogada a prisão preventiva de RAFAEL ou, subsidiariamente, que seja substituída por



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

prisão domiciliar ou alguma das medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O pedido liminar formulado quando da impetração foi indeferido às fls. 28/48.

O *writ* foi regularmente processado, com a juntada das informações de estilo (fls. 51/52).

A Procuradoria de Justiça de Habeas Corpus e Mandados de Segurança Criminais opinou pela denegação (fls. 57/69).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

1. RAFAEL foi denunciado *“como incurso no artigo 2º 'caput' e parágrafo 3º ([para quem] exerce comando), da Lei 12.850/2013; artigo 171, parágrafo 4º (contra idoso) por 10 (dez) vezes e artigo 171 “caput”, por uma vez, cumulados na forma do artigo 69, “caput” (concurso material), todos do Código Penal, e artigo 1º, “caput” e parágrafo 4º (forma reiterada e por intermédio de organização criminosa), por 03 (três) vezes, da Lei 9.613/98, tudo na forma do artigo 69, “caput”, do Código Penal”*. Na mesma peça acusatória também foram denunciadas outras dez pessoas¹, por condutas delitivas específicas.

Segundo consta da denúncia, o paciente (um dos líderes da

¹ Além do paciente, foram denunciadas as seguintes pessoas: Alexandre Rangel Macedo, Alison Henrique Victoriano, Luana Roberta Alves Campos, Alessandra Batista Petronilio, Taiane Oliveira Costa, Antônio Faustino da Silva, Evelyn Roberta Alves, Daiana Souza Almeida, Danielle Covello e Rodrigo Roberto Dias Toledo.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

organização criminosa) e os demais agentes, entre os dias 31.3.2020 e 12.2.2021, todos previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si e com outras pessoas ainda não identificadas, *“constituíram, integraram e promoveram, sofisticada organização criminosa, voltada à prática de estelionatos, através de atuar popularmente conhecido como 'Golpe do Motoboy', além de realizarem a lavagem dos valores e bens ilicitamente angariados em razão dos crimes por eles praticados”* (fls. 509/557 dos autos originais).

Descreve o i. Representante do Ministério Público que (fls. 509/557 dos autos originais),

Em atuar peculiar, os estelionatários adquiriam as informações pessoais das vítimas com empresas de mineração de dados, o que os permitia filtrar as pessoas pela idade e região do estado onde pretendiam aplicar o golpe, sempre focados em idosos, dado a maior vulnerabilidade e estabilidade financeira desses, e possuidoras de telefones fixos, para viabilizar o redirecionamento das ligações (...).

Em posse dos dados pessoais, os denunciados ligavam para clientes de bancos variados, se passando por funcionários da instituição financeira respectiva, oportunidade em que questionavam compras supostamente realizadas com os cartões das vítimas, dando a entender que o cartão havia sido clonado.

Ao passo que os ofendidos negavam e contestavam as referidas compras, eram orientados pelo interlocutor (membro da organização criminosa) a desligar o telefone e ligar imediatamente para o telefone do banco constante atrás dos cartões das próprias vítimas, tudo isso para evitar qualquer desconfiança e passar maior credibilidade a eles, garantindo o sucesso da empreitada criminosa.

Então, as ligações realizadas pelos ofendidos para o número real do banco, através de uma tecnologia específica denominada “SIP”, eram imediatamente redirecionadas para uma central de atendimento falsa da organização criminosa, como se do banco verdadeiro fosse, onde as vítimas eram induzidas a fornecer seus dados cadastrais e as senhas dos cartões, sob falso pretexto de viabilizar o estorno da compra contestada e possibilitar o cancelamento do cartão.

Em seguida, as vítimas eram orientadas a entregar os cartões a um “motoboy”, também integrante da organização criminosa, supostamente enviado pelo banco, que em tese os levaria até a instituição bancária para análise.

Com isso, um “motoboy” da organização criminosa, já previamente posicionado na cidade em que escolheram para aplicar os golpes, se dirigia até a residência das vítimas, se identificava como funcionário do banco e retirava os cartões.

Então, munidos dos cartões e das senhas dos ofendidos, os denunciados passavam a utiliza-los em prejuízo deles e do banco, passando os cartões por diversas vezes, em valores variados, em máquinas destinadas a esse fim, vinculadas a integrantes da organização criminosa e pessoas jurídicas criadas com esse intento, até atingir o limite de compras ou até que fossem bloqueados pela instituição bancária.

Em seguida, os valores eram transferidos pelas empresas administradoras das máquinas de cartão, para as respectivas contas bancárias a elas vinculadas.

Feito isso, através da célula financeira, o dinheiro era lavado. Isso ocorria através da disseminação dos valores, de forma fracionada, em contas bancárias diversas, que eram sacados também de forma dividida, tudo com o fim de omitir dos sistemas de proteção da ordem econômica e do sistema financeiro nacional, a vultuosa movimentação de valores oriundos da prática dos estelionatos, que ultrapassam a casa dos milhões de reais, que eram posteriormente ocultados nas residências dos líderes.

Não obstante os crimes praticados por todo o Estado de São Paulo, consta nos autos que pelo menos onze clientes do Banco Itaú Unibanco foram vítimas dessa organização criminosa na região de Sorocaba/SP, no período compreendido entre março de 2020 e agosto de 2020, totalizando um prejuízo aproximado de R\$ 57.673,80, suportado pelo mencionado banco,



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

após ter providenciado o ressarcimento dos clientes lesados pela organização criminosa em epígrafe.

Para possibilitar o branqueamento dos bens e valores obtidos de maneira ilícita, o grupo criou diversas pessoas jurídicas para o registro de máquinas de cartões de crédito e transações financeiras, destacando-se as seguintes (...).

(...)

Apenas a título de dimensionar a grandeza do grupo criminoso em comento, verificou-se, através dos Relatórios de Inteligência Financeira, juntados a fls. 89/99 e 124/127 da medida cautelar nº 1519446-54.2020, elaborado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, que o grupo, em apenas alguns meses do ano de 2020, movimentou, sem lastro e nem origem, o importe de R\$ 10.462.080,00 (dez milhões, quatrocentos e sessenta e dois mil e oitenta e oito reais).

(...)

Além disso, por ocasião do cumprimento do mandado de prisão temporária e busca e apreensão, expedidos nos autos da medida cautelar nº 1519446- 54.2020.8.26.0602, foram apreendidos aproximadamente R\$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais), em dinheiro, e R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais) em cheques, no apartamento onde juntos residiam ALEXANDRE e ALESSANDRA.

No que diz respeito à RAFAEL, o i. Promotor de Justiça oficiante assim individualizou a sua conduta (fls. 517/518 dos autos originais) [sem destaques nos originais],

Os denunciados RAFAEL e ALEXANDRE, em conjunto e diretamente, controlavam a central de telemarketing da organização e a gestão dos atendentes por eles contratados para realizar as ligações.

Além de liderar, RAFAEL também se envolvia direta e ativamente nos golpes praticados pela organização criminosa. Tanto assim é que, a título de exemplo, no dia 18 de janeiro de 2021, a linha telefônica atribuída a ele, qual seja, nº (11) 981779111, foi utilizada pelo grupo criminoso para continuar o contato com uma vítima, iniciado pelo telefone fixo comumente utilizado por eles para os golpes, mas que apresentou problema naquela ocasião. Para garantir o sucesso da empreitada criminosa, os estelionatários utilizaram o número supramencionado para enganar a vítima, moradora da região de Ribeirão Preto/SP (fls. 256/267 – da medida cautelar nº 1519446-54.2020).

O mesmo ocorreu com uma ligação realizada no dia 19 de janeiro de 2021, quando a linha pessoal de RAFAEL novamente foi utilizada para a prática do golpe, também na região de Ribeirão Preto/SP (fls. 267/269 – da medida cautelar nº 1519446-54.2020).

Além disso, conforme relatório de investigação de fls. 433/437 da medida cautelar nº 1519446-54.2020, RAFAEL também era o responsável por adquirir as informações pessoais das vítimas, junto a empresas de mineração de dados, utilizando, para tanto, o falso pretexto de ser proprietário de uma empresa de telemarketing, o que reforça que a empresa “RAFAEL V DA C TELEMARTETING – EPP”, registrada em seu nome, foi criada com a específica finalidade de ser utilizada na prática dos ilícitos penais protagonizados pela organização criminosa da qual faz parte.

Apurou-se, também, que RAFAEL está diretamente envolvido no branqueamento de capitais, o que faz através da supramencionada empresa, que em sua conta empresarial movimentou um valor total de R\$ 902.033,00 (novecentos e dois mil e trinta e três reais), no período compreendido entre 20/04/2020 a 25/11/2020.

E, ainda, tem-se que o denunciado RAFAEL era o responsável por coordenar as pessoas que disponibilizaram as máquinas de cartões de crédito para a organização criminosa, bem como por fazer toda a conexão com o “motoboy” responsável por retirar os cartões das vítimas em suas respectivas residências.

(...)

Mas não é só.

O i. membro do *Parquet*, ademais de descrever o *modus*



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

operandi da organização criminosa, também imputou ao paciente e a alguns dos demais acusados a prática de onze estelionatos, dez deles contra idosos (fls. 524/539 dos autos originais), bem como o crime de lavagem de dinheiro (fls. 539/553), descrevendo como os agentes ocultavam e dissimulavam o produto dos delitos perpetrados.

Preso por força de prisão temporária, o paciente teve sua custódia convolada em prisão preventiva pelo d. Magistrado de Primeiro Grau, nos seguintes termos (fls. 12/13) [sem destaque no original]:

[–] Em relação aos denunciados Rafael Vicente da Costa, Rodrigo Roberto Dias de Toledo e Alexandre Rangel Macedo, a Promotoria de Justiça requereu a prisão preventiva (fls. 503/508), secundando assim representação da autoridade policial (fls. 429/469). Os interrogatórios dos investigados Alexandre e Rafael, prestados na fase policial (fls. 216/217 e 245/247), demonstram que estes ocupam, em tese, a função de gerenciamento da organização criminosa, de forma que a prisão preventiva de cada um deles se faz necessária, a fim de impedir a repetição de atos nocivos, pois, como bem ressaltado pelo representante do Ministério Público (fl. 504), eles foram capazes de movimentar milhões de reais em curto lapso temporal, não havendo dúvidas de que, em liberdade, voltarão a praticar os delitos, com o intuito de continuar obtendo lucros ilícitos.

[–] Quanto ao investigado Rodrigo, cuja participação nos delitos fora minuciosamente descrita nos interrogatórios dos investigados mencionados no parágrafo anterior, pelo fato de já apresentar, em seu histórico criminal, passagens por crimes de roubo e tráfico de drogas, conforme descrito no relatório policial (fl. 444), e pelo fato de estar em local incerto, já que não foi encontrado para cumprimento de mandado de prisão temporária, entendo que sua prisão é necessária para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

[–] No entanto, não merece acolhimento a representação pela conversão das prisões temporárias dos investigados ALESSANDRA BATISTA PETRÔNILIO E ALISON HENRIQUE VICTORIANO, já que ambos, pelo que se constata das provas colhidas na fase investigatória, entre elas, os interrogatórios dos investigados Alexandre (fls. 216/217) e Rafael (fls. 245/247), ocupam posição secundária na organização, não havendo, pelo menos por ora, indícios de que continuariam a praticar delitos, DETERMINO a expedição de alvará de soltura.

[–] Isto posto, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA do(s) acusado(s) RAFAEL VICENTE DA COSTA, RODRIGO ROBERTO DIAS DE TOLEDO E ALEXANDRE RANGEL MACEDO, com fundamento nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal.

Os aspectos destacados na decisão acima – que contém fundamentação clara e suficiente, cumprindo a exigência do art. 93, IX, da CF/88 –, confrontados com a especial gravidade da conduta de RAFAEL, efetivamente apontam para a necessidade do encarceramento provisório, eis que claramente presentes os requisitos do art. 312 do Cód. de Proc. Penal, especialmente o relativo à necessidade de preservar a instrução processual e assegurar a aplicação da lei penal.

Afinal, ante a enorme quantia em dinheiro auferida ilicitamente



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

pelos membros da organização, é razoável supor que se disporem a utiliza-la para escamotear e adulterar provas e coagir testemunhas, sem prejuízo da opção de abandonarem o distrito da culpa para com isso colocaram-se fora do alcance das autoridades brasileiras.

Mas a custódia cautelar do paciente também se justifica para garantia da *ordem pública*, cujo conceito, muitas vezes adjetivado de “vago” e “impreciso”², está visivelmente conjugado com o dever do Magistrado de examinar o cabimento da prisão ou medidas cautelares em função da dinâmica social³, que pode exteriorizar-se na exigência de resposta estatal mais efetiva relativamente a determinada espécie de crime, numa dada conjuntura⁴.

Assim é, aliás, em quase todas as legislações contemporâneas do Ocidente, que adotaram os mesmos requisitos para a decretação da prisão preventiva, com destaque para a dos Estados Unidos da América⁵, que possui inegável tradição de respeito ao princípio da *presunção da inocência* (o princípio passou a integrar a Constituição dos Estados Unidos da América no ano de 1791, contido na 5ª Emenda da “Declaração de Direitos”) e nem por isso deixa de contemplar na lei a hipótese de manutenção do acusado no cárcere se presente a necessidade de garantir a *ordem pública*⁶.

² Nesse sentido, por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, pág. 370, para quem trata-se de “um conceito vago, indeterminado”; e CHOUKR HASSAN, Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147-148, para quem trata-se de “argumento típico da retórica de emergência” etc.

³ Sobre o tema, vide nossas considerações no trabalho que publicamos em parceria com MARCO ANTONIO GARCIA BAZ, intitulado *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2000, fls. 56/61.

⁴ Para JULIO FABBRINI MIRABETE, “(...) 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.” (*Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 15ª ed. rev. e atual., 2003).

⁵ *Fiança Criminal e Liberdade Provisória...*, op. cit., fls. 56/57.

⁶ A decisão mais conhecida da justiça norte-americana acerca da *periculosidade* como fundamento para a recusa da liberdade provisória é a proferida pela Suprema Corte (USSC) no caso “U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987)”, na qual a Corte afirmou que “não há inconsistência lógica em afirmar-se a probabilidade de que determinado agente venha a praticar crime no futuro”. Vide a respeito, *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, op. cit., págs. 217 e ss.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Defato,aleinorte-americanana⁷relacionadeformabemmaisdetalhada do que o Código de Processo brasileiro quais os fatores que o juiz deve levar em conta para determinar se o agente criminoso faz jus ou não à liberdade provisória. Tais fatores, em resumo, referem-se à *gravidade da acusação*, expressada pelo uso, ou tentativa, ou ameaça de uso de violência contra a pessoa ou a propriedade de outrem; o *peso das evidências* disponíveis contra o agente⁸; às *condições pessoais do agente*, que são descritas na lei como “*caráter pessoal, condições físicas e mentais, laços familiares, emprego, recursos financeiros, tempo de residência no local do crime, laços com a comunidade, conduta social pretérita, registros de abuso no uso de drogas ou álcool, histórico criminal e eventuais registros anteriores relacionados a não observância do compromisso de comparecimento aos atos de um processo criminal após soltura provisória*”; e, ainda, à eventual circunstância de o crime ter sido cometido durante o gozo de liberdade provisória ou cumprimento de suspensão condicional da pena em razão de outra infração (independentemente de haver sido requerida a prisão temporária – como previsto no § 3142[d] – para o fim de serem revogados esses benefícios)⁹.

No processo penal brasileiro, como já tivemos oportunidade de

⁷ O *Bail Reform Act of 1984*, que atualizou a legislação federal acerca da questão da fiança e medidas cautelares penais.

⁸ O 9º Circuito de Apelação dos EUA – que corresponde aos nossos Tribunais Federais Regionais – entende, a nosso ver acertadamente, que o peso das evidências contra o preso é o aspecto de menor relevância a ser considerado nesta altura; assim, v.g., “U.S. v. Motamedi, 767 F.2d 1403, 9th. Cir. 1985”. Realmente, durante a “hearing” – audiência na qual se discute questões preliminares, inclusive o cabimento de fiança ou outras medidas cautelares [precursora das “audiências de custódia” introduzidas a partir do último mês de fevereiro por iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral de Justiça, publicado no Diário Oficial da Justiça de 27 de janeiro] – não se concebe qualquer discussão acerca do *meritum causae*, sendo, pois, suficiente a existência de sérios indícios de autoria e materialidade, tal como definidos na lei brasileira.

⁹ Nos EUA, são severíssimas as sanções para o indivíduo que descumpre qualquer das condições impostas para a concessão da liberdade provisória (nos crimes de competência da Justiça Federal). E, se o réu pratica novo crime durante o gozo de liberdade provisória, por exemplo, fica sujeito às seguintes sanções: a) se a ofensa principal é punida com pena de morte, prisão perpétua ou quinze anos ou mais de prisão: multa de US\$250.000 ou dez anos de prisão, ou ambos; b) se punida com mais de cinco anos e menos de quinze: multa de US\$250.000 e cinco anos de prisão, ou ambos; c) se punida com mais de um ano e menos de cinco: multa de US\$250.000 e dois anos de prisão; d) se punida com um ano ou menos de prisão ou somente multa: multa de US\$100.000 e um ano de prisão; 2) Perda da garantia patrimonial exigida para a soltura: a) cobrança, pelo Estado, do valor estipulado a título de “promessa de fiança”; b) perda de qualquer propriedade que tenha sido ofertada ao tempo da soltura para assegurar o juízo quanto ao comparecimento do réu aos atos do processo; e c) perda do valor em dinheiro efetivamente dado em fiança (cf. *Fiança Criminal e Liberdade Provisória*, op. cit. Páginas 222-223 e 230).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

afirmar¹⁰, “a inserção da possibilidade de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem econômica (de acordo com a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91 e alterou o art. 312 do CPP) parece sinalizar intenção do legislador de estender o conceito de ordem pública às situações em que a 'gravidade' do crime, sua 'repercussão' ou a 'reação do meio ambiente à ação criminosa' tornam exigível do juiz raciocínio mais diluído do que aquele que se projeta apenas sobre as consequências da violência ou ameaça que incidiram sobre vítima determinada”.

Para esse sentido, ao que se vê, evolui a jurisprudência brasileira, reconhecendo que a *ordem pública* é conceito que extrapola a gravidade intrínseca relativa à tipificação individual de determinadas condutas, aflorando, porém, do “modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins)”, constituindo-se em pressuposto de prisão cautelar “como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio

¹⁰ Fiança Criminal e Liberdade Provisória..., op. cit., pág. 60.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

social" (STF, HC 104877, Segunda Turma, Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em 01/03/2011¹¹).

Daí que, em casos como o ora em análise, em que há fortíssimos indícios de prática pelo paciente RAFAEL dos crimes de “constituir, integrar e promover” organização criminosa, estelionatos e lavagem de dinheiro, não merece acatamento a afirmação trazida pelo i. Impetrante de que a prisão cautelar decretada contra ele não está lastreada em razões fático-jurídicas válidas e consistentes.

Considerando-se, pois, as circunstâncias dos fatos, bem assim a presença dos requisitos do art. 312 do Cód. de Proc. Penal, é forçoso convir que a custódia cautelar era incontornável, não sendo possível cogitar-se da concessão de liberdade provisória ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do CPP), alternativas essas que seriam claramente insuficientes para evitar que o agente volte a perpetrar crimes semelhantes aos que lhe foram imputados na denúncia.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se [não sublinhado no original]:

Ao princípio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção (CR, art. 5º, LXVIII) se contrapõe o princípio que assegura a todos o direito à segurança (art. 5º, caput), do qual decorre, como corolário lógico, a obrigação do Estado com a "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 144). Presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva não viola o princípio da presunção de inocência (CR, art. 5º, inc. LXVIII). Poderá ser decretada, entre outras hipóteses, para a garantia da ordem pública, conceito jurídico que "não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins) (HC 104.877/RJ, Rel. Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, j. 01/03/2011). Conforme José Frederico Marques, "desde que a permanência do réu, livre ou solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva como garantia da ordem pública". (...) A substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas (CPP, art. 319) não é recomendável quando aquela estiver justificada na "periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada" (...).

¹¹ No mesmo sentido: STJ, RHC 58.048/BA, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC -, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Recurso desprovido. (STJ - RHC 58048/BA – Rel. Min. NEWTON TRISOTTO (Desembargador do TJ/SC) – 5ª Turma - DJe 02/09/2015).

Ademais, como sabido, a jurisprudência do C. STJ também já assentou o entendimento de que *“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, como ocorre na hipótese em tela”* (STJ – HC nº 459.347–GO, 6ª Turma, Min. HUMBERTO MARTINS, 18.8.2018)¹², o que depende, sempre, da constatação da ausência dos requisitos do artigo 312 do Código de Proc. Penal.

2. O i. Impetrante postula também a substituição da prisão preventiva por *prisão domiciliar*, com respaldo no art. 318, VI, do Código de Processo Penal, argumentando que o paciente tem filha menor de 12 anos de idade, *“que é dependente do pai, ora preso, pois a genitora é do lar e não trabalha”*.

Estabelece o art. 318, VI, do CPP (incluído pela Lei nº 13.257/2016):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (...)

No caso concreto, o paciente não comprovou fazer jus ao benefício acima destacado.

É que ao ser qualificado na Delegacia de Polícia Civil, ele

¹² Outras decisões: STF, HC 88662, Relator Min. EROS GRAU, 2ª T, j. 5/09/2006, DJ 29/09/2006; STJ, RHC nº 16.789, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 15/02/2005, DJ 21/03/2005.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

esclareceu à Autoridade Policial que possui uma filha de 9 anos de idade, a qual se encontra sob a responsabilidade e cuidados da avó materna (Sra. Simone Alves de Oliveira), indicando o endereço onde ela reside (fl. 249 dos autos da ação penal eletrônica).

Ora, a benesse prevista no art. 318, VI, do Código de Processo Penal não é de caráter objetivo e automático, sendo imprescindível que fique comprovado nos autos que o agente é o único responsável para os cuidados de seu(s) filhos(s) menor ou portador de deficiência.

Nesse sentido a jurisprudência, v.g.:

(...) Com advento da Lei n. 13.257/2016, permitiu-se ao Juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência e o homem que for o único responsável por seu filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, consoante dispõe o art. 318 da citada Lei federal. A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal, entretanto, não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao Magistrado avaliar a adequação da medida ao clausulado, além de se comprovar efetivamente a condição de único responsável ou de ser imprescindível aos cuidados da criança. (...) (STJ - RHC 94.263/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018)

Dessa forma, é forçoso reconhecer que ao paciente não se aplica a substituição da prisão preventiva por *domiciliar*, nos termos da ordem coletiva deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 165704, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, cuja ementa foi elaborada com o seguinte teor [sem destaque no original]:

Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem. 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência. 8. Concessão do habeas corpus coletivo. (HC 165704, Relator GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2021 PUBLIC 24-02-2021)

3. Por outro lado, ante a alegação de que a manutenção da prisão preventiva de RAFAEL agrava os riscos de contaminação pelo *coronavírus*, necessárias algumas considerações.

Não se desconhece o teor da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, emitida pelo C. Conselho Nacional de Justiça, no sentido da adoção, pelos Tribunais e magistrados do país, de *“medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”*.

Dita “recomendação”, que faz expressa referência à competência do CNJ (estabelecida no artigo 103-B, § 4º I, II e III, da CF/88) para *“expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”, “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” e “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário”,* evidentemente não se confunde com *determinação* ou *controle* de atos jurisdicionais dos magistrados brasileiros, cuja legitimidade deriva da independência e imparcialidade asseguradas pela própria Constituição nos seus artigos 5º, LV, e 95, I, II, III, bem como pelos tratados internacionais relativos à matéria firmados pelo Brasil¹³.

E tanto é assim que, ao emitir o documento, já no seu artigo 1º

¹³ Vide o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, em Paris (Resolução 217 A-III da Assembleia Geral), que o Brasil firmou na mesma data; o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966, em Nova Iorque (Resolução n. 2.200-A-XXI), ratificado pelo Brasil por meio do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena (Áustria) em 20 de dezembro de 1988, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York (EUA) em 15 de novembro de 2000, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, em Mérida (México), ratificada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

o CNJ anuncia o propósito de,

[Art. 1º] *Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.*

Pois bem.

O art. 117 da Lei de Execução Penal (nº 7.210/84), que se encontra em pleno vigor, estabelece como pressuposto para obtenção de prisão domiciliar que o sentenciado esteja cumprindo pena em regime prisional aberto ou, ao menos, que tenha obtido o direito de progredir a esse regime de cumprimento de pena corporal.

Dispõe o art. 117 da Lei nº 7.210/84¹⁴:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Sobre o que se deve entender por *doença grave*, para o fim de concessão de *prisão domiciliar* ao condenado com base no inciso II do artigo acima, GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹⁵ ensina que “*Não se trata de ser enfermo, mesmo gravemente; a lei é enfática ao demandar debilidade extrema em função dessa doença. Por isso, cabe a avaliação judicial para cada caso, sem que se possa automatizar a concessão da prisão domiciliar. Ilustrando, o portador do vírus da AIDS, mesmo com manifestações de enfermidades oportunistas, não faz jus à prisão em domicílio, salvo se estiver em situação de limite, debilitado a ponto de não representar qualquer perigo à sociedade*”.

¹⁴ Por sua vez, o artigo 318 do Cód. de Processo estabelece que “*Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;...*”.

¹⁵ DE SOUZA NUCCI, Guilherme, *Código de Processo Penal Comentado*, 14ª ed. São Paulo: Forense, 2015, pág. 748.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

E, no mesmo sentido, v.g., o seguinte julgado [sem destaque no original]:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONTRA POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR RECOLHIMENTO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO II, DO CPP. EXTREMA DEBILIDADE NO ESTADO DE SAÚDE DO RÉU E IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER TRATAMENTO MÉDICO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] Não comprovada a extrema debilidade do recluso ou a gravidade da doença e, asseguradas todas as garantias para que sejam atendidas suas necessidades de saúde dentro do estabelecimento prisional, inviável o deferimento da prisão domiciliar, especialmente em se considerando a gravidade dos delitos pelos quais já foi, inclusive, pronunciado. [-] Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC 389.009/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

É dizer, se nem mesmo à pessoa que já está acometida de doença grave cabe reconhecer direito automático ao cumprimento da pena em domicílio, parece que, mesmo diante do conteúdo da Recomendação nº 62/2020, é dever dos magistrados brasileiros aferir em cada situação a conveniência de concessão do direito à “prisão domiciliar”¹⁶, segundo a verificação de tratar-se o interessado de pessoa presa “em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus”, como, aliás, estabelece o seu artigo 5º, inciso I, letra b.

E é natural que seja assim.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC nº 568.693/ES (no qual figura como impetrante/requerente a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo), em 14.10.2020, da Relatoria do i. Min.

¹⁶ Prisão domiciliar, aliás, que “prisão não é” como ressaltou o i. Ministro do STF Marco Aurélio de Mello em 14 de novembro de 2013, quando se discutia em plenário o regime de cumprimento das penas dos condenados na Ação Penal 470. A fala do Ministro, reproduzida em diversos jornais do país do dia 15 de novembro de 2013, foi do seguinte teor, *ipsis letteris*: “Aí se parte para prisão domiciliar, que prisão não é”.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, observou que, *“conforme asseverado pela requerente, o quadro fático apresentado pelo Espírito Santo é idêntico ao dos demais Estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros”*.

E a horizontalidade do risco de contágio também foi mencionada em decisão monocrática da lavra do i. Des. ALBERTO ANDERSON FILHO, deste Tribunal de Justiça, exarada no mesmo 1º de abril no Habeas Corpus nº Processo nº 2061058-72.2020.8.26.0000, na qual o i. Magistrado observou que na pandemia que vivenciamos, muito embora existam pessoas com maior propensão a contrair a enfermidade causada por esse agente patogênico, em razão da idade e/ou deficiência imunológica preexistente, todos os habitantes do planeta estão em tese sujeitos a ter contato com ele e eventualmente adoecer.

Assim se expressou o i. Desembargador:

Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado CORONA VIRUS.

Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou na China.

Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019.

Inúmeras pessoas que vivem em situação que pode ser considerada privilegiada, tais como: o Príncipe Albert de Mônaco, o Príncipe Charles da Inglaterra, primeiro da ordem de sucessão ao trono, o Presidente do Senado Federal Davi Alcolumbre etc. foram contaminados e estão em tratamento.

Lembre-se também das pessoas que, para o bem de inúmeras outras, ficam expostas a evidente e sério risco e mesmo com equipamentos de proteção (roupas, luvas, máscaras etc.), rígidas regras de higiene e etc, são infectadas pelo COVID 19.

Os dados ressaltados na decisão acima obrigam a que se



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

destaque que a legislação sobre execução penal em vigor já contém previsões voltadas ao atendimento da saúde dos indivíduos que se encontram presos em razão da prática de crimes.

Com efeito, a Lei de Execução Penal estabelece o direito à assistência à saúde, incluído, se necessário, *atendimento médico* (no próprio estabelecimento e, se o caso, em local diverso), como se verifica dos seguintes dispositivos:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

(...)

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

(...)

Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

(...)

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Desse modo, apenas diante do risco – que, repita-se, é *horizontal* – de que possam contrair a Covid-19, parece prematuro concluir sobre se a soltura dos acusados pela prática de crime é conveniente para eles próprios e para os demais membros da coletividade, sem que se deva constatar, *a priori*, a impossibilidade da tomada de outras medidas de prevenção contra o contágio pelas autoridades incumbidas da administração dos estabelecimentos prisionais.

E isso, levando-se em conta que a superlotação desses



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

estabelecimentos no país, embora constitua problema real e bem conhecido, não afeta de modo uniforme todos os estabelecimentos, em todos os Estados, em muitos deles havendo enfermaria para atendimento de casos não graves e espaço suficiente a permitir o convívio em níveis de distanciamento não muito diversos daqueles a que estão sujeitos os habitantes das grandes cidades, hoje segregados por recomendação dos governos e entidades responsáveis pela saúde pública.

De fato, em que pese a superlotação em presídios, impende considerar outro dado não menos relevante sobre a realidade socioeconômica do Brasil, que não pode ser simplesmente ignorado na abordagem da questão das pessoas que se encontram presas.

Qualquer um que consulte os dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) resultantes do trabalho de coleta do Censo de 2010, encontrará que naquele ano foi constatado que cerca de 11,4 milhões de pessoas (6% da população do país) viviam em *aglomerados subnormais*. Com o censo, o identificou a existência de 6.329 favelas no Brasil, distribuídas em 323 dos 5.565 municípios brasileiros¹⁷.

O conceito de *aglomerado subnormal* (que o IBGE passou a utilizar em 2010 em substituição a “Zonas Especiais de Interesse Social”) compreende todo e qualquer conjunto constituído por no mínimo 51 unidades habitacionais (barracos, casas etc.) em terrenos de propriedade alheia (pública ou particular), disposto de forma densa e desordenada (com média de ocupação individual maior que a das

¹⁷ Vide a respeito: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/92/cd_2010_aglomerados_subnormais.pdf.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

habitações normais...), tendo como característica comum a carência de serviços públicos essenciais.

Ora, todo brasileiro com conhecimento mínimo da realidade nacional sabe como são diminutas e precárias as moradias das favelas (ou “comunidades”). Sabe, também, que esse contingente de mais de onze milhões de brasileiros (mais de dez vezes superior ao total de indivíduos presos em estabelecimentos penitenciários em todo o país) não se encontra em condições de observar com rigor as recomendações das entidades de saúde pública sobre isolamento e restrição de contatos sociais.

Não é sem razão, aliás, que o governo federal editou, igualmente em 1º de abril, a Portaria (conjunta¹⁸) nº 54, visando *“Aprovar recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) dos Estados, Municípios e do Distrito Federal com o objetivo de garantir a continuidade da oferta de serviços e atividades essenciais da Assistência Social”* (art. 1º), considerando *“a disseminação do novo coronavírus (COVID-19) e sua classificação mundial como pandemia e... a importância de o Estado brasileiro garantir a oferta regular de serviços e programas socioassistenciais voltados à população mais vulnerável e em risco social e promover a integração necessária entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema Único de Saúde”*.

Daí que, mesmo desprezando-se todos os óbices legais já mencionados, mas levando-se em conta que as autoridades públicas têm recomendado aos cidadãos que se mantenham resguardados em

¹⁸ Ministério da Cidadania/Secretaria Especial do Desenvolvimento Social/Secretaria Nacional de Assistência Social.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

suas casas e procurem atendimento especializado somente quando presentes alguns dos sintomas da enfermidade causada pela Covid-19¹⁹, parece prematuro estimar como positivo o impacto na disseminação da doença que decorreria da concessão sistemática a presos condenados do benefício da “prisão domiciliar”.

Afinal, se os índices de reincidência criminal no país se aproximam dos 70%, como alguns ii. Presidentes do Conselho Nacional de Justiça²⁰ têm destacado nos últimos anos, é indispensável obtemperar que a soltura indiscriminada de presos assintomáticos, que se encontram em presídios onde há enfermarias e possibilidade de isolamento daqueles que apresentem sintomas iniciais de gripe, poderia implicar em agravamento do gravíssimo problema da segurança pública no país, que há anos figura no grupo dos países com os maiores índices de criminalidade do planeta²¹.

E ao argumento de que a questão da segurança pública não é prioritária, senão exclusivamente a humanitária, haveria que responder-se, então, que a recomendação adequada seria no sentido da soltura de todos os presos, inclusive aqueles que cumprem penas longas por crimes graves e gravíssimos, cujo risco de contágio

¹⁹ Segundo o Ministério da Saúde, os sintomas mais comuns da doença são “Febre E tosse OU dificuldade para respirar, entre outros sintomas gripais. Se aparecerem os sintomas ligue para 136 ou procure um posto de saúde” (cf. <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#definicaodecaso>).

²⁰ Matéria intitulada “Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros (do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial)”, publicada em 21/01/2014 - 12h52 (Atualizado em 21/01/2014 - 14h28) em <https://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>, continha a informação de que “Números apurados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) apontam para uma taxa de reincidência de 70% entre os presidiários brasileiros, alertava, em 2009, o então presidente do STF (Supremo Tribunal Federal) e do CNJ, ministro Gilmar Mendes. Seu sucessor, o hoje ex-ministro do STF César Peluso, reforçou o alerta dois anos depois, ao dizer que sete em cada dez presidiários brasileiros voltam à cadeia”. No mesmo sentido: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2011/09/05/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso.ghtml>.

²¹ Veja-se, por exemplo, a notícia publicada no dia 7.12.2017 pelo periódico ODIA, do Rio de Janeiro, com o título “*Estudo recentemente publicado revelou que o Brasil é o país com o maior número de mortes violentas no mundo - País registrou 70 mil assassinatos, 12% do total em todo o planeta. Em números absolutos, supera a violência na Índia, Síria, Nigéria e Venezuela*”. Segundo o texto da reportagem, “O Brasil teve, no ano passado, o maior número de mortes violentas do mundo. Foram 70,2 mil mortos, o que equivale a mais de 12% do total de registros em todo o planeta. O alerta faz parte de um novo informe, publicado nesta quinta-feira, pela entidade Small Arms Survey, considerada como referência mundial para a questão de violência armada” (vide https://odia.ig.com.br/_conteudo/brasil/2017-12-07/estudo-brasil-e-o-pais-com-o-maior-numero-de-mortes-violentas-no-mundo.html).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

obviamente não é diverso do que afeta os demais.

O site da UOL/FOLHA publicou no dia 23 de abril de 2020, em matéria intitulada “Contêiner para presos doentes vira risco de nova derrota para Moro”²², que *“ao menos dois presos já morreram de coronavírus. E 30 mil foram liberados das cadeias. Há 59 casos de Covid-19, além de outros 141 suspeitos de terem a doença”*.

Assim, supondo-se que todas as pessoas mencionadas na matéria efetivamente tenham contraído a enfermidade e, ainda, que é correta a cifra amplamente divulgada pelos meios de comunicação sobre ter o Brasil atualmente 770 mil pessoas encarceradas²³, há que concluir-se que a taxa de contaminação dos condenados pela prática de crime no país é de 0,0262337662337662%, é dizer, vinte e seis milésimos do número total.

Ocorre que o Ministério da Saúde do Brasil disponibilizou no mesmo dia 23 de abril a notícia de que o *“Brasil registra 45.757 casos confirmados de coronavírus e 2.906 mortes. Dos 45.757 casos, 25.318 pessoas são consideradas recuperadas e outras 17.533 estão em acompanhamento”*²⁴.

Então, se levado em conta que a população brasileira atual é de 210.147.125 pessoas (segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, que pode ser consultada por qualquer

²² Eis o endereço da Internet: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/04/23/container-para-presos-doentes-vira-risco-de-nova-derrota-para-moro.htm>.

²³ Vide, por exemplo, a matéria intitulada *“Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado”*, de autoria de Luciano Nascimento, Repórter da Agência Brasil – Brasília, publicada na Internet em 14/02/2020 - 12:47, no seguinte endereço: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>.

²⁴ Dados esses que, aqui e ali, vêm sendo questionados quanto à sua precisão. O próprio UOL/FOLHA, em matéria intitulada *“Número de casos do coronavírus no Brasil são subestimados, diz estudo”*, publicada hoje (23.4.2020), informa que os dados oficiais podem significar *“apenas a ponta do iceberg”* (<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/27/casos-de-coronavirus-no-brasil-sao-subestimados-diz-estudo.htm?cmpid=copiaecola>).



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

pessoa que se disponha a fazê-lo²⁵), excluindo os cerca de 770 mil presos, constata-se que a taxa de contaminação da população que se encontra em liberdade é de 0,0218465639000774?pu seja, vinte e um milésimos sobre o número total, praticamente idêntica a da população carcerária.

A partir daí, salvo melhor juízo, cai por terra toda a argumentação de cunho humanitarista voltada a justificar a necessidade de soltura das pessoas encarceradas em razão da prática de crimes em face do risco a que estariam expostos no cárcere, uma vez que a soltura delas, simplesmente, não significaria a redução desse risco, ao mesmo tempo que traria evidentes prejuízos à segurança pública, além de abalo à credibilidade do sistema de segurança pública do país, como resultado da inevitável queda da eficácia de sua função de controle da observância das leis penais²⁶.

E tudo isto sem levar em conta, ainda, que o Brasil, ao contrário de outros países de nosso entorno geográfico e cultural (como, por exemplo, o México²⁷), não conta com um sistema minimamente eficaz de atenção e reparação às vítimas pelos danos ou prejuízos sofridos com a prática de crimes, as quais, além de haverem sofrido as consequências da prática dos crimes que ensejaram o encarceramento de brasileiros que tanto atraem a atenção da imprensa, mantêm-se expostas aos mesmos riscos de contrair a Covid-19 e serem novamente vitimadas.

Necessário anotar, ainda, que no âmbito do sistema prisional deste Estado de São Paulo, a Secretaria de Administração Penitenciária tem adotado diversas medidas para o combate da

²⁵ O dado, relativo à “população residente estimada (2019)” está disponível na Internet no seguinte endereço:

<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=ESTIMATIVA+POPULA%C3%87%C3%83O+ATUAL>.

²⁶ O significativo índice de reincidência (já aqui mencionada) dos indivíduos colocados em liberdade sugere, inclusive, que não haveria recursos financeiros sequer para reprimir a onda de crimes que sucederia à soltura indiscriminada de centenas de milhares de presos.

²⁷ Este país dispõe, desde o ano de 2013, de uma lei nacional (a “Ley General de Víctimas... publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013”) voltada à “proteção das vítimas, a proporcionar-lhes ajuda, assistência ou reparação integral”.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

“disseminação da Covid-19 junto à população carcerária, aos servidores públicos, e aos demais usuários do sistema prisional, tais como advogados, voluntários, visitantes e outros colaboradores”. De acordo com o ofício encaminhado a Corregedoria Geral de Justiça pelo Sr. Secretário da SAP, Dr. Nivaldo César Restivo, em 8.4.2020²⁸, ainda não havia na ocasião registro de presos contaminados, sendo que *“as unidades prisionais estão orientadas a realizar a observação e identificação de custodiados que apresentem sintomas de gripe, inclusive com orientação à população carcerária quanto à necessidade da informação voluntária sobre a ocorrência dos sinais e sintomas, possibilitando assim, a identificação célere de enfermos”.* E em complementação a tais informações, em 13.5.2020²⁹, o Sr. Secretário acrescentou que, visando a redução do *“fluxo de pessoas nas Unidades Prisionais, notadamente de defensores, estamos ultimando detalhes para que os integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo utilizem a ferramenta tecnológica que permita o atendimento virtual dos clientes. No que se refere aos cuidados à saúde, tem-se que o atendimento aos custodiados continua fazendo frente às necessidades. Em 154 Unidades temos, ao menos, um profissional de saúde pertencente aos quadros da Secretaria da Administração Penitenciária, para o pronto atendimento. Somam-se as equipes médicas resultantes de pactuação com 38 (trinta e oito) municípios por meio da Deliberação CIB-62/2012, as quais atendem 59 (cinquenta e nove) Unidades (podendo ser concomitantes com o atendimento de profissionais da SAP). Ainda assim, na ausência de equipe de saúde, o custodiado poderá ser atendido na rede pública local”.* De se anotar, ainda, que em 13.7.2020³⁰, o Sr. Secretário esclareceu ao Tribunal de Justiça que o Governo Estadual está promovendo testagem em massa

²⁸ Ofício SAP nº SAPOFI202027403A, datado de 8.4.2020.

²⁹ Ofício SAP nº SAPOFI202033207A, datado de 13.5.2020.

³⁰ Ofício SAP nº SAPOFI202044934A, datado de 13.7.2020.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

(aplicação de Testes Rápidos) dos custodiados do sistema penitenciário, tendo sido constatado que a *“taxa de mortalidade aferida no mundo é de 4,55%, em São Paulo é de 4,8%, entre os presos, está na casa de 0,96% e entre os servidores 2,71%, índices muito abaixo da população em geral. (–) Do mesmo modo, a recuperação de enfermos beira os 55% no índice mundial, 60% no brasileiro e no sistema penitenciário paulista 80,67% para os servidores e 89,35% para os presos, numa clara indicação de acerto nas medidas até então adotadas”*.

Assim as coisas, sem descuidar da Recomendação nº 62/2020, emitida pelo C. Conselho Nacional de Justiça, ante a ausência de demonstração pelo paciente de que se enquadra em grupo de risco (*“pessoas acima dos 60 anos e aquelas com doenças crônicas, como diabetes e doenças cardiovasculares”*, segundo informação oficial³¹); de que padece de especial condição de vulnerabilidade no presídio em que se encontra; e, ainda, de que apresenta sintomas reais da enfermidade relativa à Covid-19 ou necessita por qualquer outra razão de cuidados médicos especiais —vale consignar que não há nos autos qualquer relatório médico a respeito da saúde do paciente —, não cabe reconhecer a seu favor a existência de cerceamento ilegal de seu direito de locomoção passível de ser sanado via deste *Habeas Corpus*.

Nesse sentido, aliás, as seguintes decisões dos Tribunais Superiores do país:

INADEQUAÇÃO – HABEAS CORPUS – LIMINAR – INDEFERIMENTO. “A crise sanitária ocasionada pela covid-19 é insuficiente a levar ao acolhimento da providência pretendida. Embora o paciente seja idoso – 69 anos de idade –, não se tem notícia de casos confirmados ou de suspeita de infecção no estabelecimento prisional, nem se verifica estar

³¹ Vide: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#definicaodecaso>.



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

acometido de qualquer doença preexistente que possa se agravar a partir do contágio. O Juízo, ao deixar de acolher o pedido, ressaltou a viabilidade de receber, na unidade prisional, atendimento médico necessário". Liminar indeferida. (STF - Habeas Corpus nº 184522-SP; rel. Marco Aurélio; Despacho de liminar; j. 07/05/2020).

[Sumário e trechos da decisão (não há ementa)]: *Pedido de urgência incidental. Reiteração do pleito de concessão da prisão domiciliar em favor da paciente. Alegação da "necessidade de imediata adoção da referida substituição do regime prisional por se tratar a recorrente de pessoa maior de 75 anos, acometida de hipertensão arterial sistêmica e diabetes mellitus tipo 2, em razão de ser ela pertencente ao grupo de risco do Coronavírus, tanto pela idade, quanto pela doenças que a atingem". "Conforme se verifica, todas as medidas foram tomadas no sentido de prevenção contra o COVID-19 no âmbito da unidade prisional onde se encontra a requerente, com indicativo de êxito, vez que até o momento não há qualquer registro 5 de contaminação pelo coronavírus entre a população carcerária, além dos cuidados adicionais a ela dirigidos, no tocante à sua particular fragilidade, de modo a não estar justificada qualquer alteração quanto às providências já concretizadas."* Pedido indeferido. (STF - AgReg no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 162.575-SC; rel. Edson Fachin; Decisão Monocrática; j. 03/04/2020).

[Sumário e trechos da decisão (não há ementa)]: *Ação Penal. "Trata-se de reiteração do pleito de prisão domiciliar humanitária formulado em favor de N. M.". "A defesa técnica do requerente torna a destacar a sua idade avançada e o estado de saúde". Acresce, ainda, "o surgimento recente da pandemia de COVID-19, popularmente conhecido como coronavírus" como fato a ensejar a colocação do requerente em prisão domiciliar, destacando que "possui todas as características que o incluem no grupo de maior risco" de mortalidade em caso de contágio". "Verificada a adequação do ambiente prisional às recomendações expedidas pelas autoridades sanitárias à diminuição da curva de proliferação do coronavírus e do contágio que desencadeia a doença COVID-19, como ocorre na hipótese, não se constata a necessidade da adoção de medidas excepcionais na execução da reprimenda privativa de liberdade". Pedido indeferido. (STF - Ação Penal nº 996-DF; rel. Edson Fachin; Decisão Monocrática; j. 02/04/2020).*

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. AMEAÇA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEVADO RISCO À ORDEM PÚBLICA E À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. COVID-19. COMORBIDADES (DIABETES E HIPERTENSÃO). DISPONIBILIDADE DE TRATAMENTO AMBULATORIAL. RÉU ISOLADO. INSTALAÇÕES EM BOAS CONDIÇÕES FÍSICAS E HIGIÊNICAS. PRISÃO DOMICILIAR INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. As prisões visaram interromper a atuação de organização criminosa (policiais civis e militares) voltada à prática de corrupção, ativa e passiva, ameaça e possível lavagem de dinheiro, sendo a participação do acusado (policia civil) fornecer informações privilegiadas e sigilosas aos demais integrantes. Há referência de 9 ameaças a outros integrantes das forças policiais que não compõem o grupo criminoso. 4. A Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça estipula medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e recomenda a reavaliação das prisões provisórias. No entanto, essa recomendação não reflete uma diretriz obrigatória no sentido de se ter de soltar, irrestritamente, todos aqueles que se encontram presos provisoriamente, mas sim, um elemento interpretativo a ser levado em consideração em cada caso concreto, tendo-se em conta o trazido aos autos pela parte interessada. 5. A Magistrada de primeira instância, atenta à Resolução n. 62/2020 do CNJ, destacou que a unidade prisional não está superlotada, tem boas condições físicas e de higiene. Foi determinado que o investigado permanecesse isolado e que a Corregedoria informasse a existência de eventual contaminação por Covid-19. 6. Segundo a avaliação do IML, as moléstias apresentadas pelo investigado – diabetes e hipertensão – são de tratamento ambulatorial com o uso contínuo de medicação, com consultas regulares ao médico assistente. 7. O quadro de momento, bem como as providências determinadas pelas autoridades competentes, permitem a manutenção da custódia do investigado. 8. Nos limites da cognição sumaríssima própria do pedido de superação da Súmula n. 691 do STF, não há como constatar flagrante ilegalidade que justifique a intervenção prematura desta Corte Superior, sob pena de indevido salto de instância. 9. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no Habeas Corpus nº 569.076- MG; rel. Min. Rogério Schietti Cruz; 6ªT; j. 12/05/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SÚMULA 691/STF. RESOLUÇÃO N. 62/CNJ E PANDEMIA DA COVID-19. NÃO CONFIGURADA SITUAÇÃO DE RISCO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Fundamentação com esteio na reiteração delitiva do agravante, pois foi preso em flagrante por furto e revelam os seus antecedentes, resumidas em quatorze (14) páginas, que possui inúmeras condenações pelas práticas de crimes similares, contra o patrimônio, além de ser ressaltado o fato de que está em livramento condicional, com comparecimento trimestral (o próximo para maio), voltando a delinquir quando em cumprimento



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

de livramento condicional. 2. Quanto à Resolução 62 do CNJ, não se verifica a presença dos requisitos por ela disciplinados: a prisão não perdura por mais de 90 dias e não há prova suficiente no sentido de que o agravante está no grupo de risco, seja pela idade, seja por apresentar problemas de saúde que podem ser potencializados pela Covid19. 3. Não havendo ilegalidade para justificar a mitigação do enunciado da Súmula 691 do STF, o writ deve ser indeferido liminarmente. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no Habeas Corpus nº 571.125-SP; rel. Nefi Cordeiro; 6ªT; j. 05/05/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO INDEFERIDA LIMINARMENTE. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA. COVID-19. RÉU NÃO INSERIDO NO GRUPO DE RISCO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 6. Não se desconhece o grave momento que estamos vivendo, diante da declaração pública da situação de pandemia pelo novo coronavírus, no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, que requer a adoção de medidas preventivas de saúde pública para evitar a sua propagação. 7. Todavia, essa relevante circunstância não tem o condão de permitir a revogação de todas as prisões cautelares. No presente caso, os documentos carreados aos autos não evidenciam que o agravante se encontra nas hipóteses previstas na Recomendação n. 62 do CNJ para fins de revogação da prisão preventiva, ou concessão da prisão domiciliar, pois não demonstrou estar inserido no grupo de risco. 8. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no Habeas Corpus nº 577.330-SP; rel. Reynaldo Soares da Fonseca; Acórdão; 5ª T; j. 19/05/2020; e, no mesmo sentido: HABEAS CORPUS nºs 575315-SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, em 24.4.2020, publ. em 28.4.2020 e 567.408-RJ, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, em 20.3.2020, publ. em 23.3.2020).

Por último, é necessário ainda ressaltar que, examinadas todas as particularidades do caso, não aproveita a RAFAEL a decisão colegiada proferida em 24.2.2021 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 188820, da Relatoria do Ministro EDSON FACHIN, que concedeu a ordem com excepcional efeito coletivo para beneficiar **acusados** presos com a **liberdade provisória** ou sentenciados em regime semiaberto com o **aberto domiciliar** (mediante “antecipação” da progressão), nos seguintes termos [sem destaque no original]:

Ante o exposto, diante da persistência agravada do quadro pandêmico da emergência sanitária decorrente da Covid-19, presentes a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação a direitos fundamentais das pessoas levadas ao cárcere, para fins da efetividade da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, observado o contido no art. 5º-A nela incluído pela Recomendação n.º 78/2020, DEFIRO, em parte, a medida liminar, ad referendum da Segunda Turma, nos termos seguintes termos:

Quanto à progressão antecipada da pena: DETERMINAR que os juízes de execução penal do País, de ofício ou mediante requerimento das partes, desde que presentes os requisitos subjetivos (art. 112, § 1º, da LEP), concedam progressão antecipada da pena aos condenados que estejam no regime semiaberto para o regime aberto em prisão domiciliar e que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos: i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física; ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020; iii) cumpram penas por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n. 62/2020 do CNJ (incluído pela Recomendação n. 78/2020 do CNJ); iv) falem 120 (cento e vinte) dias para completar o requisito objetivo para a progressão do regime semiaberto para o aberto (art. 112 e



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

parágrafos da LEP).

As condições do regime aberto em prisão domiciliar serão fixadas pelo juízo da execução penal respectivo.

Na apreciação dos processos individuais, não obstante, o juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder ao condenado em cumprimento de pena em regime semiaberto a progressão antecipada para o aberto em prisão domiciliar, caso objetivamente presentes as seguintes hipóteses cumulativas: 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico adequado no estabelecimento prisional. Alternativamente, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder a progressão ao regime aberto em prisão domiciliar, caso presentes situações excepcionais que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que o regime aberto em prisão domiciliar, ainda que com monitoração eletrônica, mostra-se manifestamente inadequado ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.

Quanto à prisão domiciliar e à liberdade provisória: DETERMINAR que os juízes singulares e os Tribunais do País quando emissores da ordem de prisão cautelar, de ofício ou mediante requerimento das partes, concedam prisão domiciliar ou liberdade provisória, ainda que cumuladas com medidas diversas da segregação (art. 319 do CPP), a presos que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos: i) estejam em presídios com ocupação acima da capacidade física; ii) comprovem, mediante documentação médica, pertencer a um grupo de risco para a Covid-19 conforme contido no art. 2º, § 3º, da Portaria Interministerial n.º 7, de 18 de março de 2020; iii) não estejam presos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça, exceto os delitos citados no art. 5º-A da Recomendação n. 62/2020 do CNJ (incluído pela Recomendação n. 78/2020 do CNJ).

As condições da prisão domiciliar e da liberdade provisória, inclusive, a eventual cumulação de medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), serão definidas pelos juízes de origem ou Tribunais quando emissores da ordem de prisão.

Na apreciação dos processos individuais, não obstante, o juízo competente, caso entenda adequado, poderá deixar de conceder a prisão domiciliar ou a liberdade provisória, caso objetivamente presentes as seguintes hipóteses cumulativas: 1) ausência de registro de caso de Covid-19 no estabelecimento prisional respectivo; 2) adoção de medidas de preventivas ao novo coronavírus pelo presídio; 3) existência de atendimento médico no estabelecimento prisional. Alternativamente, o juízo competente, na apreciação dos processos individuais, poderá deixar de conceder prisão domiciliar ou liberdade provisória, caso presentes situações excepcionais que demonstrem objetivamente a ausência de risco concreto e objetivo à saúde do detento na hipótese de sua manutenção no cárcere e que a soltura, mesmo com imposição de medidas cautelares diversas à prisão (art. 319 do CPP), mostra-se manifestamente inadequada ao caso concreto e causa demasiado risco à segurança pública.

Como já mencionado, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, e certamente no presídio onde o paciente está recolhido, tem seguido rígidos protocolos de segurança sanitária para controle e redução dos riscos de contaminação pelo *coronavírus*.

Ante essas ponderações, não se constata a coação ilegal aventada na petição inicial.

Esta é a convicção deste Relator acerca do direito reclamado, extraída com a independência e imparcialidade que decorrem da



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ordem constitucional vigente (artigos 5º, LV, e 95, I, II, III, da CF/88) e dos tratados internacionais relativos à matéria firmados pelo Brasil³².

Assim, por tais fundamentos, **DENEGO** o *habeas corpus*.

OTAVIO ROCHA

Relator

³² Vide o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948, em Paris (Resolução 217 A-III da Assembleia Geral), que o Brasil firmou na mesma data; o artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966, em Nova Iorque (Resolução n. 2.200-A-XXI), ratificado pelo Brasil por meio do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena (Áustria) em 20 de dezembro de 1988, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991; a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York (EUA) em 15 de novembro de 2000, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, em Mérida (México), ratificada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.