



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000636376**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2160170-77.2021.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Pacientes GIOVANNI AUGUSTO BASQUE CAPELLIM e VINICIUS DA SILVA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Denegaram a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) E MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 9 de agosto de 2021.

**LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

***Habeas Corpus* nº 2160170-77.2021.8.26.0000**

**Comarca de Avaré – 2ª Vara Criminal**

**Pacientes: Giovanni Augusto Basque Capellim e Vinicius da Silva**

**Impetrante: Gregorio Giacomo Errico**

**Impetrado: Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Avaré**

**Voto nº 17146**

HABEAS CORPUS – PRETENDIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP – Inexiste constrangimento ilegal em decisão que converte as prisões em flagrante em preventivas, diante da demonstração da materialidade do delito e da existência de indícios da autoria, fundamentada em fatos concretos indicadores da real necessidade da prisão cautelar dos Pacientes. Ordem denegada.

Vistos.

Gregorio Giacomo Errico, Defensor Público do Estado de São Paulo, impetra este *Habeas Corpus*, com pedido liminar, em favor de **Giovanni Augusto Basque Capellim e Vinicius da Silva**, apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Avaré, alegando, em síntese, que os Pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, em razão da decisão que decretou as prisões preventivas, carente de fundamentação, sem demonstrar em termos concretos a necessidade das medidas. Aduz que não estão preenchidos os requisitos da prisão preventiva, que os Pacientes são primários, Giovanni possui um filho de 01 ano e 03 meses, bem como que foi apreendida pequena quantidade de drogas. Alega que poderá a conduta ser desclassificada para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e que



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a prisão preventiva afronta o princípio da proporcionalidade, uma vez que, em caso de condenação, poderá ser eventualmente aplicada a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, fixado regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Menciona, ainda, a necessidade da revogação da prisão cautelar, diante da pandemia do “COVID-19”.

Assim, requer a concessão da liminar, para que seja concedida a liberdade provisória em favor dos Pacientes, ou a prisão domiciliar ao Paciente Giovanni, bem como, ao final, que seja concedida a ordem de *Habeas Corpus*, convalidada a liminar, para sanar o constrangimento ilegal que sofrem os Pacientes (fls. 01/07).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 121/124).

Prestadas as informações pela digna autoridade Judiciária dita coatora (fls. 137/138), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 141/149).

É o relatório.

No caso presente, verte das informações prestadas pela digna autoridade Judiciária dita coatora, datadas de 14.07.2021, que os pacientes foram presos em flagrante, em 07.07.2021, pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33, “caput”, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06, eis que policiais militares encontravam-se em patrulhamento e, ao adentrarem em local conhecido pela prática de tráfico de drogas, avistaram o paciente Vinícius, que já fora preso por tráfico de drogas e estava em liberdade há poucos meses, e o paciente Giovanni, que já fora surpreendido em situação de flagrante, na época



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em que era menor de idade, ambos em frente à casa de Vinícius, os quais ficaram apreensivos com a presença policial; efetuada a abordagem, localizaram, em poder de Vinicius, 02 porções de maconha e 01 pedra grande de “crack”, e, em poder Giovanni, 06 porções de maconha, prontas para comercialização, tendo ambos confessado que, nos fundos da casa de Vinicius, havia uma sacola preta contendo um pote plástico, onde foram localizadas 24 porções de maconha, 02 porções grandes de “crack”, diversas embalagens de sacolés vazios e uma balança de precisão; bem como confessado a prática do tráfico de drogas. Em 08.07.2021, foi convertida a prisão em flagrante em preventiva, diante da presença de indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas, bem como da insuficiência das demais medidas cautelares para a garantia da ordem pública, aguardando-se a conclusão do inquérito policial (fls. 137/138).

De fato, consta da decisão que converteu as prisões em flagrante em preventivas, que ora transcrevo: “(...) *estão presentes os pressupostos previstos na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o que se verifica pelos documentos de fls. 06/10 e pelos seguros e coerentes depoimentos prestados na repartição policial. Também restou preenchido o requisito previsto no art. 313, I, do mesmo diploma, já que o delito de tráfico de drogas possui pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos.*

*A medida encontra justificativa na necessidade de garantir a ordem pública. No caso vertente, as circunstâncias da prisão dos autuados - notadamente pela quantidade de entorpecentes apreendidas (21,2 g de "crack" e 122,3 g de maconha) não possibilitam, neste momento processual, a concessão da liberdade provisória.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Ainda em decorrência das mencionadas peculiaridades do caso em concreto, as medidas alternativas à segregação cautelar, previstas nos artigos 319 e 320 do Diploma Processual Penal não se mostram aconselháveis - eis que, como supra fundamentado, a garantia da ordem pública e a necessidade de garantir a futura aplicação da lei penal tornam imperiosa a manutenção da acusada no cárcere.*

*Como dito alhures, a quantidade de material entorpecente apreendido em poder dos indiciados (21,2 g de "crack" e 122,3 g de maconha) auto exibição fls. 23/24, laudo químico toxicológico de constatação provisória de fls.47/55 indicam o envolvimento dos averiguados em práticas ilícitas, o que justifica sua segregação cautelar.*

*Nesta esteira, impende destacar que as condições subjetivas favoráveis dos autuados, tais como primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, como no caso em tela. (...)*

*A concessão da liberdade provisória em virtude da Pandemia CONVID-19 não se justifica. Conforme Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, como o próprio nome já diz, recomenda a adoção de algumas providências pelos magistrados a fim de resguardar a saúde dos presos em face da pandemia gerada pelo Coronavírus e, portanto, não o vincula. Cabe ao magistrado analisar cada caso com as suas especificidades.*

*Note-se que as circunstâncias pessoais não indicam que a permanência do averiguado em cárcere é temerária, diante do grave cenário de crise proporcionado pela pandemia do COVID-19. Não ficou demonstrado estar o réu inserido em grupo de risco ou a ineficiência dos serviços de saúde no interior do estabelecimento prisional.*

*Por fim, impende destacar que medidas já estão sendo tomadas nos presídios do Estado visando preservar a saúde dos presos*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*e impedir a disseminação do Coronavírus, tais como suspensão de visitas e o isolamento de suspeitos ou confirmados com a doença.*

*Não há que se falar em relaxamento da prisão em flagrante, vez que os laudos de exame de corpo delito dos acusados estão juntados às fls. 58/59 e 60/61.*

*Ademais, não há documentos que comprovem que Giovanni possui filho menor e sequer que o mesmo se encontra sob seus cuidados.” (fls. 94/98).*

Verifico, assim, que a I. Magistrada que converteu as prisões em flagrante em preventivas o fez de forma fundamentada, considerando não somente a gravidade abstrata do delito, mas a existência de indícios de autoria e de prova da materialidade, as circunstâncias concretas do caso, bem como as condições pessoais dos Pacientes, reveladoras da necessidade da conversão das prisões em flagrante em preventivas, atendendo ao disposto no artigo 312 do CPP.

Com efeito, considerando as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o delitos, tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas, somadas a diversas embalagens e balança de precisão, conforme os depoimentos prestados pelos policiais na Delegacia (fls. 09 e 10), o boletim de ocorrência (fls. 13/17), o auto de exibição e apreensão (fls. 30/31) e o laudo de constatação preliminar (fls. 54/61), a conversão das prisões em flagrante em preventivas era mesmo de rigor, para atender às finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

A propósito: “*RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (1,7KG DE CRACK). NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente e a gravidade do delito, evidenciadas pela quantidade de droga apreendida - aproximadamente 1,7kg de crack -, bem como por ter sido encontrada uma arma calibre 38 e a quantia em espécie de R\$ 2.542 (dois mil, quinhentos e quarenta e dois reais), recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. 3. A presença de eventuais condições pessoais favoráveis do acusado, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas (...)"(RHC 73693/ BA- STJ- QUINTA TURMA - Relator Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25/10/2016) – grifos nossos*

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

Frise-se que, para fundamentar a decisão que impõe a prisão preventiva ou denega liberdade provisória, basta que o





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

julgador se pronuncie sobre a necessidade da medida cautelar, com base na presença de indícios de autoria e prova da materialidade do delito.

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

Assim, a decisão que converteu as prisões em flagrante em preventivas foi devidamente fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* pela I. Magistrada, o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido: “**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, NA NECESSIDADE DE ASSEGURAR-SE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, na necessidade de assegurar-se a aplicação da lei penal e na conveniência da instrução criminal está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar. II - Transcrição do trecho do decreto de prisão cautelar o qual dá conta de que o paciente supostamente integra quadrilha de roubo de cargas. III - Habeas corpus denegado.**” (HC 95-474/SP- STF- PRIMEIRA TURMA- Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJ- 14-04-2009). grifo nosso

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

Nesse sentido já se manifestou o STF: “*No tocante à custódia cautelar, é da jurisprudência desta Corte que a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais*





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*que, de per se, não são suficientes ao afastamento da prisão preventiva” (STF - HC 112642 - Relator Ministro Joaquim Barbosa - j . 26/06/2012 – Dje 10/08/2012).*

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

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

No mais, não obstante o Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 104.339 / SP, por maioria, tenha declarado a inconstitucionalidade da expressão “*e liberdade provisória*”, constante do “caput” do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, a concessão da liberdade provisória não se afigura possível no caso dos autos em que, como já mencionado, estão presentes indícios de autoria e prova da materialidade, bem como as circunstâncias concretas do caso revelam a necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Anoto, por oportuno, que não se olvida que o Conselho Nacional de Justiça, em sua Recomendação nº 62, de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

17.03.2020, diante da declaração pública de situação de pandemia em relação ao “COVID-19”, novo “coronavírus”, pela Organização Mundial da Saúde em 11.03.2020, recomendou que o controle da prisão seja realizado pela análise do auto de prisão em flagrante, para conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou, excepcionalmente, converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa; bem como recomendou a reavaliação das prisões provisórias, priorizando-se mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou presos que se enquadrem no grupo de risco, que estejam em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo “coronavírus”, bem como presos há mais de 90 dias ou por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Todavia, trata-se de recomendação e não de determinação da imediata soltura de todos aqueles que se encontram encarcerados, devendo-se levar em consideração, de um lado, a saúde pública, e, por outro lado, a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, à luz do caso concreto.

A propósito: “(...) *novas ordens de prisão cautelar*”



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*devem ser excepcionais neste momento de crise, de modo a priorizar as segregações imprescindíveis para garantia da ordem pública e/ou econômica, da instrução criminal e da aplicação da lei penal. A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal. (...)”* (STJ; Habeas Corpus nº 567.408/RJ; Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz; Decisão Monocrática; Data de Publicação: 23.03.2020).

Além disso, na ADPF 347, o Plenário do C. STF, por maioria, negou referendo à medida cautelar quanto à matéria de fundo, vencido o Relator, Ministro Marco Aurélio.

E, *in casu*, muito embora os delitos não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, verifico que a prisão preventiva, como já exposto, foi devidamente fundamentada e, a despeito da pandemia do “COVID-19”, a manutenção da prisão cautelar se revela efetivamente necessária para atender as finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Além disso, não consta destes autos que os Pacientes se enquadrem nos grupos de risco da doença.

Observo, neste ponto, que estão sendo adotadas medidas com a finalidade de evitar o contágio nos estabelecimentos prisionais, como a suspensão das visitas, e que o artigo 14 da Lei de Execução Penal prevê a assistência à saúde do preso, por meio do atendimento médico, farmacêutico e odontológico. E, conforme dispõe o artigo 120, inciso II, da Lei de Execução Penal, os presos provisórios e definitivos poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando houver necessidade de tratamento médico, tudo a evidenciar que basta que o estado de saúde do preso seja comunicado ao



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diretor do estabelecimento prisional, nos termos do parágrafo único do artigo 120 da Lei de Execução Penal.

Nesse contexto, se restar comprovada a insuficiência do tratamento realizado no estabelecimento prisional, tal fato deverá ser comunicado, inicialmente, à autoridade administrativa da unidade prisional, para que adote as providências necessárias.

Outrossim, com relação à prisão domiciliar pleiteada pelo Paciente Giovanni, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ordem de *Habeas Corpus* nº 165.704, concedeu o *writ* para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, com as seguintes condicionantes: “(i) *presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos*; (ii) *em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos*; (iii) *em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência*; (iv) *a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes*; (v) *a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte*” (STF, HC nº 165.704, Rel.: Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Data de Julgamento: 20.10.2020).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No presente caso, contudo, as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o crime, já expostas, mostram situação extremamente excepcional, excluída da abrangência da decisão da Colenda Corte Superior, conforme as condições previstas no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP também do C. STF, demonstrando a insuficiência da prisão domiciliar para garantir a ordem pública, a aplicação de lei penal e a instrução criminal, dada a dificuldade de fiscalização do seu efetivo cumprimento. Ademais, não há nos autos qualquer prova que demonstre, estreme de dúvidas, que o Paciente seja o único responsável pelos cuidados de seu filho e que ele necessita de seus cuidados ininterruptos e se encontra desamparado ou em situação de risco em razão da sua prisão.

Cumprе ressaltar que, de acordo com o artigo 318, incisos III e VI, do Código de Processo Penal, o Magistrado “poderá” substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos ou imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 anos de idade ou com deficiência. Assim, a referida norma não cria um direito subjetivo para o preso, mas tem como objetivo primordial assegurar os interesses da criança, proporcionando seu desenvolvimento saudável, se possível, na companhia de seus genitores. No entanto, além de não haver provas de que o Paciente seja o único responsável pelos cuidados de seu filho, as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o delito evidenciam que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não atenderia à finalidade de resguardar os interesses da criança.

Sobre o tema, ensina Guilherme de Souza



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Nesse sentido já decidiu o STJ: “A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11/6/2014), de que o uso do verbo 'poderá', no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria 'dever' do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei.

Semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa grávida ou com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema” (HC 351.886/ RS- SEXTA TURMA- Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 15/12/2016).

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





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Por fim, anoto que a verificação de eventual desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 implica análise profunda do mérito e das provas do processo principal, o que é inadmissível na estreita via do *Habeas Corpus*.

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

Ante o exposto, denego a ordem.

**LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**  
**Relator**