



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000682544

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001639-49.2021.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante GILDAZIO BARBOSA SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente sem voto), MARCO DE LORENZI E MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 24 de agosto de 2021.

LAERTE MARRONE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 17.447

Agravante: Gildázio Barbosa Souza

Agravado: Ministério Público

Comarca: Araçatuba

Agravo em execução penal. Decisão judicial que indeferiu pedido de concessão de prisão domiciliar para o sentenciado, pai de filhos menores. Recurso da defesa. Circunstâncias do caso que não justificam a concessão do benefício. Recurso desprovido.

1. GILDÁZIO BARBOSA SOUZA interpôs agravo contra decisão judicial que indeferiu pedido de concessão de prisão domiciliar (fls. 37/39). Alega, em suma, que possui filhos menores, de sorte que faz jus à prisão domiciliar, pois um deles apresenta uma condição grave de saúde que demanda atenção integral da mãe ficando o outro menor sem atendimento (fls. 01/07).

Processado o recurso, com manutenção da decisão agravada (fls. 50), a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 59/69).

É o relatório.

2. A irresignação não merece prosperar.

3. Ao que se depreende dos autos, o agravante



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(pai de dois filhos menores), reincidente, cumpre pena de 08 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de tráfico de drogas.

4. O artigo 117, da Lei de Execução Penal, que contempla a prisão domiciliar, estabelece que o benefício somente é cabível ao condenado que cumpre pena em regime aberto, o que não é a situação do agravante.

Verdade que se tem admitido, em situações extraordinárias, a concessão da prisão domiciliar a condenados que cumprem pena em regime diverso (STJ, HC nº 366.517, rel. Min. Rogério Schietti Cruz; RHC nº 26.816, rel. Min. Jorge Messi).

Mas se cuida de uma situação excepcionalíssima, a reclamar demonstração inequívoca que, dentro de um quadro de razoabilidade, não há outra solução.

5. No caso vertente, **não restou evidenciado um quadro excepcional a justificar o benefício.** Além da gravidade do crime perpetrado pelo agravante e de seu passado criminal, a sugerir que a prisão domiciliar não configura providência adequada para os fins da execução, dada difícil fiscalização do cumprimento da medida, havendo significativa possibilidade de fuga, o certo é que não está provado que os filhos da requerente encontrem-se em uma situação de total desamparo, a ponto de assentar que, nas circunstâncias concretas do caso, a prisão domiciliar avulta como medida dotada de juridicidade, na linha, aliás, do que anotou a r. decisão agravada. Na realidade, não está comprovado nos autos que a genitora dos menores está impossibilitada de cuidar dos filhos e não conta com ajuda de outro parente.

6. Certo que o **Supremo Tribunal Federal**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concedeu ordem de “habeas corpus” coletivo (HC nº 165.704, rel. Min. Gilmar Mendes), determinando a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças menores e pessoas com deficiência, desde que observadas as seguintes condicionantes:

“(i) presença de prova dos requisitos do art. 318 do CPP, o que poderá ser realizado inclusive através de audiência em caso de dúvida sobre a prova documental carreada aos autos; (ii) em caso de concessão da ordem para pais, que haja a demonstração de que se trata do único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, nos termos acima descritos; (iii) em caso de concessão para outros responsáveis que não sejam a mãe ou o pai, a comprovação de que se trata de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) a submissão aos mesmos condicionamentos enunciados no julgamento do HC nº 143.641/SP, especialmente no que se refere à vedação da substituição da prisão preventiva pela segregação domiciliar em casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ou contra os próprios filhos ou dependentes; (v) a concessão da ordem, em caráter emergencial, nos casos elencados na Recomendação nº 62/2020 do CNJ, para substituição da prisão preventiva por domiciliar ou concessão de saída antecipada do regime fechado ou semiaberto, nos termos da Súmula Vinculante 56 desta Corte; (vi) a comunicação da ordem ao DMF para acompanhamento da execução; (vii) a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de habeas corpus com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

Em primeiro lugar, como dito, não está demonstrando, de forma estreme de dúvida, tendo em conta a documentação juntada aos autos, que o paciente é o único responsável pelas crianças.

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

Eventual realização de audiência para a comprovação desta situação deve ser feita em primeiro grau.

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

Pois bem, o Egrégio **Supremo Tribunal Federal** concedeu ordem de “habeas corpus” coletivo (**HC nº 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski**), determinando “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do artigo 2º, do ECA e da Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, relacionadas no processo DEPEN e outras autoridades estaduais, decisão que foi estendida às demais mulheres presas não constantes das relações existentes nos autos”. No entanto, pontuou o **Excelso Pretório**, no referido julgamento, a existência de situações em que a prisão domiciliar poderia ser negada, mais precisamente: a) no caso de crime praticado com violência ou grave



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ameaça; b) delito perpetrado contra seus descendentes; c) “em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegaram o benefício” (teor da decisão colhido através de consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal).

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

Atentando-se a estas diretrizes, tem-se que a hipótese não comporta a prisão domiciliar.

Com efeito, importa considerar que o agravante, **reincidente**, praticou tráfico de drogas envolvendo elevada quantidade de substâncias entorpecentes de natureza diversa, num cenário a indicar que se trata de **pessoa perigosa**, de sorte que a prisão domiciliar, situação em que a restrição da liberdade não é submetida a um rigoroso controle (na prática, não há condições de uma fiscalização eficaz), **não avulta como medida suficiente para a garantia da ordem pública**.

Ou seja, tomando-se em conta as diretrizes estabelecidas na decisão do Excelso Pretório, tem-se um quadro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

excepcional a justificar a não concessão da prisão domiciliar.

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

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

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

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

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

Na interpretação do referido dispositivo legal há que se atentar para o **elemento teleológico**, que sobrepuja a mera literalidade do texto, na linha, aliás, do que preceitua o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (**FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, págs. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, págs. 430/431).**

Nesta ordem de ideias, embora não conste do texto de lei a possibilidade de ser negado o benefício em casos excepcionalíssimos, tal como o firmado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, a melhor compreensão da norma – sobretudo à luz do julgado do Excelso Pretório – é no sentido da subsistência desta terceira causa de exclusão da substituição, porquanto se afina com o escopo de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

norma, uma vez que não se pode admitir que o benefício seja implementado naquelas situações extraordinárias em que a condição do agente (seja pela conduta concretamente praticada, seja em razão de seu histórico – reincidência e descumprimento de benefício anteriormente concedido) descortine que a colocação em prisão domiciliar representaria um enorme risco à ordem pública.

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

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

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

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

A exceção da concessão do benefício em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

Assim, o propósito da lei não é conferir um



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

Nessa direção, impossível ignorar que em determinadas situações – frise-se, excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser presença que possa prejudica a formação de sua personalidade e a construção de seus valores. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.

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

Assim postas as coisas, dada a condição do recorrente, tal como acima referido, não é o caso de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. No caso em testilha, na ponderação dos interesses em jogo, a segurança pública é sobranceira em relação ao interesse tutelado na regra prevista no artigo 318-A, do Código de Processo Penal.

Há que se levar em conta, na interpretação da lei, o princípio da proporcionalidade (razoabilidade). Remarque-se que o princípio da proporcionalidade tem dupla face: desdobra-se na proibição



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do excesso e na proibição da proteção deficiente¹. Quanto a este último – que interessa ao caso concreto –, traduz a ideia que o Estado não pode se esquivar de tutelar adequadamente um direito ou interesse fundamental (como o é a segurança pública). Ou seja, o ato estatal de concessão da prisão domiciliar não pode colocar em risco a segurança pública.

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

Discorrendo sobre a prisão domiciliar, leciona **RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, “(...) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

Na realidade, sopesando os valores em jogo à luz do princípio da proporcionalidade (cfr. **ROBERT ALEXY**, Teoria dos Direitos Fundamentais, Malheiros Editores, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã, págs. 93/103, 116/120; **SUZANA DE TOLEDO BARROS**, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, 2ª edição, pág. 158), sobreleva, no caso concreto, a necessidade de emprestar efetividade ao título executivo (condenação criminal), bem como de tutelar a segurança pública (a agravante praticou crime grave).

7. Ante o exposto, nego provimento ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recurso.

LAERTE MARRONE

Relator