



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000375231**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2100729-68.2021.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é impetrante THIAGO RODRIGUES RAMOS e Paciente HELENTON BARBOSA JORGINO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE E FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 18 de maio de 2021.

**AMARO THOMÉ**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Habeas Corpus Criminal      Processo nº 2100729-68.2021.8.26.0000**

**Impetrante: THIAGO RODRIGUES RAMOS**

**Paciente: HELENTON BARBOSA JORGINO**

**Comarca: Indaiatuba**

**Voto nº 27.819**

**HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PRETENSÃO À REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – INADMISSIBILIDADE – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PANORAMA ATUAL DA SAÚDE PÚBLICA QUE, POR SI SÓ, NÃO É APTO A JUSTIFICAR O PEDIDO – PRISÃO DOMICILIAR – DESCABIMENTO – ORDEM DENEGADA.**

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por THIAGO RODRIGUES RAMOS em favor de HELENTON BARBOSA JORGINO, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Indaiatuba (autos nº 1500225-53.2021.8.26.0569), que teria decretado a prisão preventiva do paciente sem o devido amparo legal.

O paciente se encontra cautelarmente privado de sua liberdade de locomoção porquanto incurso, em tese, no crime tipificado no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, inc. VI, ambos da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006.

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado sob as seguintes alegações: (i) risco à saúde do paciente, ante a situação de pandemia de Covid-19; (ii) condições pessoais favoráveis do paciente; (iii) ausência dos requisitos autorizadores



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da custódia cautelar; (iv) inidoneidade da fundamentação da r. decisão vergastada e (v) o paciente é responsável pelos cuidados de criança menor de 12 anos de idade.

Requer, nestes termos, a revogação da prisão processual, ainda que com a imposição de medidas cautelares alternativas ao cárcere, ou, ainda, a concessão da prisão domiciliar.

Liminar **indeferida** às fls. 46/57.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça acostado às fls. 61/66, manifestando-se pela **denegação** da ordem.

**É o relatório.**

Não sendo esta a via adequada para o aprofundamento da cognição sobre o mérito, é suficiente ao julgamento desta ação aferir a efetiva subsunção dos fatos ao disposto no art. 312, do Código de Processo Penal, de forma a se controlar a legalidade do ato vergastado.

E, *in concreto*, vislumbra-se, *prima facie*, ameaça à ordem pública na libertação do paciente.

Após regular tramitação do feito, verifica-se presente, na espécie, o *fumus comissi delicti*, dada a prova da materialidade, constituída pela apreensão de estupefacientes (cf. auto de exibição e apreensão e laudo de constatação,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

respectivamente, às fls. 09/11 e 14/18 dos autos digitais da ação penal) e indícios suficientes de autoria, consubstanciados no próprio contexto de flagrância (fls. 37 e 41/44).

Paralelamente, constata-se que a natureza, quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes apreendidos (140 comprimidos de ecstasy, pesando 41,25g, 06 invólucros contendo 5,46g de maconha, 39 invólucros contendo 48,8g de cocaína, 14 invólucros contendo 186,26g de maconha, 90 invólucros contendo 213,78g de maconha, 01 invólucro contendo 89,92g de maconha, 13 invólucros contendo 47,37g de MDA e 04 invólucros contendo 0,41g de LSD), são **indicativos**, em princípio e em tese, da prática de expressiva ofensa ao objeto de tutela legal, a saúde pública.

Ademais, a quantidade e diversidade da droga, aliados à apreensão conjunta de diversos objetos comumente utilizados para a prática do tráfico de entorpecentes, tais como 100 embalagens plásticas e duas balanças de precisão, indicam sua aparente destinação à mercancia.

Tudo isso evidencia, *prima facie*, a propensão do paciente para a prática de atividades ilícitas, mormente considerando-se que, conforme bem destacado na r. decisão vergastada (fls. 32/34), o paciente ostenta envolvimento em outras práticas delitivas.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, nos termos do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, a garantia da ordem pública para fazer cessar a reiteração criminosa é fundamento idôneo para a decretação e a manutenção da prisão preventiva, quando há registro anterior de envolvimento em prática delitiva, circunstância que revela a propensão do agente para a prática de atividades ilícitas, demonstrando, em princípio e em tese, a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir (HC 577.882/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 23/06/2020, DJe 29/06/2020).

Nesse mesmo sentido: *“Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a preservação da ordem pública justifica a imposição da custódia cautelar quando o agente possuir maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade. Precedentes.”* (STJ, RHC 136.331/MG, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, j. em 24/11/2020, DJe 30/11/2020).

Por essas razões, a concessão da ordem implicaria intolerável vulneração da ordem pública, na acepção



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

doutrinária do termo<sup>1</sup>.

A expansão do comércio de drogas ilícitas coopera com o desmantelamento de núcleos familiares e exige de parcela dos criminosos que fazem a substância entorpecente chegar ao consumidor final envolvimento com outros tipos de crime do tipo tráfico de armas e corrupção.

Nada disso é abstrato, pois se materializa, dia-a-dia, no mundo naturalístico e ganha as páginas dos periódicos. No caso da paciente, a substância entorpecente apreendida era ilícita e causa danos irreversíveis à saúde de quem a consome e, em larga escala, ameaça a saúde pública.

A mercancia da droga fomenta longa cadeia criminosa que lhe dá suporte.

Foi com fundamento nesta constatação que o constituinte nacional dispôs que o tráfico ilícito de entorpecente equipara-se ao crime hediondo, pois ofende potencialmente ordem pública.

<sup>1</sup> "Entende-se pela expressão ["garantia da ordem pública"] a necessidade de manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Ed. Editora Forense, p. 618)

"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" (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim como presumiu o estado de inocência, o constituinte, no mesmo artigo, ponderando valores, presumiu a gravidade para a ordem pública do crime em exame, o que fez legitimamente ao inaugurar a ordem constitucional vigente.

Ao deixar em liberdade quem teria praticado o crime de tráfico ilícito de entorpecente, equiparado ao hediondo, estaria o aplicador da Lei excepcionando uma vontade constitucional que presume ofensivos à ordem pública os atos imputados ao paciente, e relativamente aos quais há clara intenção do Poder Constituinte Originário de dar tratamento legal particularmente rigoroso.

Nessa ordem de ideias, nem tudo que é constitucional é a favor do réu.

A observância de direitos e proteções previstos na Constituição no âmbito do Direito Penal e Processual Penal não pode ser enviesada com foco exclusivamente em sua acepção *negativa* – qual seja, a vedação ao excesso praticado pelo Poder Público na persecução penal –, fenômeno hodierno que a Doutrina descreve como o “*garantismo hiberbólico monocular*”.

Ora, o garantismo é *integral* e, como tal, tão proscritos são os excessos – *Übermaßverbot* – quanto a tutela deficiente de bens jurídicos constitucionalmente protegidos –



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Untermaßverbot*<sup>2</sup>.

Isso porque a Constituição, em uma de suas acepções, é somatória dos fatores reais de poder, de sorte que os interesses sociais mais diversos são por ela contemplados e compatibilizados, o que deve ser secundado na seara infraconstitucional.

As garantias constitucionais outorgadas aos acusados, em síntese, servem para contrabalançar a relação historicamente desequilibrada e opressora entre o Estado e estas partes, tudo para atender ao objetivo de uma sociedade livre e justa (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal), orientada à preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV, do mesmo diploma).

Portanto, o interesse na obediência destas regras não é favorecer o réu, isoladamente, mas sim conter o

<sup>2</sup> “Quer-se dizer com isso que, em nossa **compreensão (integral) dos postulados garantistas**, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O **dever de garantir a segurança** não está em apenas **evitar** condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável. Se a **onda** continuar como está, poderá varrer por completo a também necessária proteção dos interesses sociais e coletivos. Então poderá ser tarde demais quando constataremos o equívoco em que se está incorrendo no presente ao se maximizar exclusiva e parcialmente as concepções fundamentais do **Garantismo Penal**” (destaques constam do original). FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 12 jan. 2017.





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

arbítrio estatal e edificar sociedade equilibrada, voltada para tornar digna a existência do ser humano, o que não seria possível por violação de direitos fundamentais, ou por segregações inúteis.

A ordem constitucional e todo o ordenamento jurídico que nela encontra seu fundamento de validade, em visão geral, não laboram em prol deste ou daquele indivíduo, mas, ao contrário, assentam-se na supremacia do interesse público traduzido na finalidade última de propiciar existência digna ao ser humano.

Incide na espécie o comando inserto no Título II, da Constituição da República, que trata *“dos direitos e garantias fundamentais”* e que, portanto, não pode ser desconsiderado pelo aplicador da lei.

Desta forma, quando presente prova da materialidade e indícios suficientes e autoria do crime de tráfico ilícito de entorpecente, **o que concretamente ocorre na espécie**, incidirá a presunção constitucional de perigo à ordem pública (hediondez) deste tipo de conduta.

Entender de forma diversa é conceder à paciente um direito que não ostenta, em prejuízo da sociedade, atualmente oprimida mais pelo crime do que pelo Estado.

E nem se alegue que as ponderações tecidas



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pela autoridade indicada como coatora são fundamentadas em análise abstrata ou ignoram a regra da liberdade.

Ao contrário, a r. decisão vergastada, além de atender ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, está, sim, materializando uma vontade constitucional que certamente não se fundou em uma abstração arbitrária e desconexa com realidade.

Arrima-se na gravidade à ordem pública, que ganha concretude nos lares, nos periódicos e nas conhecidas mazelas causadas pela cadeia de produção e distribuição, que faz chegar ao consumidor final a substância entorpecente.

Tais circunstâncias concretas são expressamente adotadas como razões de decidir pelo C. Superior Tribunal de Justiça para dar maior rigor ao tratamento penal dos crimes tipificados na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, conforme se extrai dos termos do Informativo Jurisprudencial nº 541, de 11 de junho de 2.014:

*“O porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado [...]. Nesse passo, não há como negar que [a mercancia] de drogas [...] acaba estimulando [...] outros crimes relacionados ao*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*narcotráfico: homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas etc [...]. Essa ilação é corroborada pelo expressivo número de relatos de crimes envolvendo violência ou grave ameaça contra pessoa, associados aos efeitos do consumo de drogas ou à obtenção de recursos ilícitos para a aquisição de mais substância entorpecente. Portanto, o objeto jurídico tutelado pela norma em comento é a saúde pública, e não apenas a saúde [...]*”.

Em análise precária, tal como deve ser as tutelas de urgência e, ainda, a própria extensão do conhecimento do presente *habeas corpus*, a r. decisão encontra amparo na Lei e na Constituição.

Destaca-se, por oportuno, não ser necessário que a decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva seja extensa ou que possua minudência típica de uma sentença condenatória, bastando que aponte indícios de autoria e materialidade, além da indispensabilidade da segregação do agente (STJ, 5ª Turma – HC nº 2.678-0/ES, p. 231.270 e RHC 3801-2/MT).

Ademais, não se deve incorrer “no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Jamais do Magistrado que, mesmo quando empregue expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si"* (cf. *habeas corpus* nº 2130176-14.2015.8.26.0000, Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator(a): Paulo Rossi, j. em 12 de agosto de 2.015, V.U.).

É o que basta à constatação da legalidade da cautela decretada e mantida em desfavor do paciente.

Outrossim, ainda que restassem cabalmente demonstradas pelo impetrante, *"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."* (HC 609.328/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

No mesmo sentido: STJ - Habeas Corpus nº 49430/DF 2005/0182338-3, 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. j. 09.05.2006, unânime, DJ 29.05.2006; STF - HC N. 86.605-SP-RELATOR: MIN. GILMAR MENDES.

Ainda neste sentido *"é firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*subjetivas favoráveis do Agravante, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar.”* (AgRg no HC n. 127.486/SP, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 18/05/2015).

Tampouco há se conceder a ordem apenas tendo em vista a atual situação mundial em relação ao novo Coronavírus, classificada como pandemia de COVID-19.

Não se mostra correto afirmar que as pessoas privadas de sua liberdade de locomoção, presas cautelarmente ou definitivamente, sejam mais vulneráveis que aquelas que se encontram em outra situação de isolamento recomendada pelas autoridades encarregadas de contenção de possíveis contágios pelo Coronavírus.

Outrossim, a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, como o próprio nome determina, não possui caráter cogente e sequer há indicação nos autos de que o paciente integra grupo de risco.

O Ministro do STF Edson Fachin, nos autos da AP 1030, proferiu decisão indeferindo prisão domiciliar mesmo frente à pandemia de COVID-19, uma vez que a Recomendação 62 do CNJ, *“por se tratar de mera recomendação, não confere direito subjetivo aos detentos que se incluem nos denominados grupos de risco à obtenção de benefícios excepcionais”*.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E na mesma linha, o Ministro do STF Luiz Fux pontuou: *"coronavírus não é habeas corpus"* afirmando que *"[o]s bons propósitos da recomendação prevalecem se conjugados com critérios rigorosos para a liberação excepcional do preso"*, delineando três critérios: *"1) obediência à legislação penal e processual penal, que se sobrepõem à recomendação do CNJ; 2) análise das consequências de eventual liberação do preso, ante a gravidade do crime praticado e a possibilidade concreta de, fora do sistema, aquele indivíduo violar as recomendações de isolamento social ou, ainda, cometer novos crimes; 3) análise da possibilidade de isolamento dos presos acometidos da covid-19 em área separada do próprio sistema prisional ou de encaminhamento para a rede de saúde pública ou particular"*.

Nesse mesmo sentido, caminha também a atual orientação do Col. STJ.

Confira-se: STJ - HC nº 576989, Relator o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, decisão monocrática de indeferimento liminar de processamento do habeas corpus, proferida em 30/04/2020:

*"Ora, não se desconhece que a Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus/Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, contudo, isso não implica automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida”.*

Também nesse sentido, confira-se: STJ - RHC 133.279/MS, Rel. Mi. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. em 09/12/2020, DJe 11/12/2020; STJ - AgRg no HC 620.698/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, j. em 09/12/2020, DJe 14/12/2020.

E, na espécie, não há nos autos indicação de que o estado de saúde do paciente seja grave ou de que necessite de cuidados especiais não disponíveis na unidade prisional em que se encontra.

Assim, o panorama atual da saúde mundial, por si só, não é apto, portanto, a justificar a revogação da prisão preventiva.

Por fim, não se mostra suficiente a adoção das medidas cautelares de que trata o art. 319 do Código de Processo Penal:

1. quanto àquela prevista no inciso I, inócua a determinação de comparecimento periódico em Juízo, pois nada garante que, após deixar as dependências do Fórum, aquele por





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ela beneficiado não voltará a delinquir;

2. quanto àquelas previstas nos incisos II, III, IV e V, e art. 320, do Código de Processo Penal, a dinâmica dos fatos indica sua absoluta ineficácia, pois a reiteração do crime em comento ou, ainda, a frustração da persecução penal não é obstada pela (i) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando; (ii) proibição de aproximação ou contato com a vítima; (iii) proibição de ausentar-se da Comarca; ou, ainda, (iv) pela imposição de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga.

3. quanto àquela prevista no inciso VI, é inócua determinação de suspensão da atividade econômica atual do paciente, na medida em que declarou estar desempregado;

4. quanto àquela prevista no inciso VII, não há notícia de que estaria presente hipótese de inimputabilidade;

5. quanto àquela prevista no inciso VIII, o mero fato de recolher fiança não afastaria a existência dos pressupostos da custódia cautelar, mormente considerando-se que nada garante que, após paga a fiança, aquele por ela beneficiado não voltará a delinquir.

6. quanto àquela prevista no inciso IX, ainda que haja, no momento, disponibilização de monitoramento eletrônico e recursos humanos para realizar a respectiva





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fiscalização, tal dispositivo não impede, por si só, eventual recalcitrância na prática de crimes.

Assim, considerando-se haver, *in concreto*, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, estão presentes os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, razão pela qual não se vislumbra constrição ilegal à liberdade de locomoção do paciente, tampouco se cogita a imposição de qualquer outra medida cautelar dentre aquelas previstas no rol do art. 319, do mesmo diploma legal.

No que tange à pretendida substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar com fundamento no art. 318 do Cód. de Proc. Penal, destaco que os fundamentos adotados pela autoridade vergastada, isto é, aqueles coligidos na r. decisão que decretou a prisão preventiva (fls. 32/34) são amplamente admitidos pela jurisprudência desta Eg. 2ª Câmara de Direito Criminal, e pelo Col. Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, consigno não se mostrar cabível a concessão da ordem para deferir a pretendida substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, deduzida com fundamento de que o paciente seria genitor da criança mencionada à fl. 26.

Isso porque, conforme literal disposição do art. 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal, "*para a*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo". A impetração veio desacompanhada dessa prova documental pré-constituída, de que o paciente seria "o único responsável pelos cuidados do filho", o que infirma, por si só, o cabimento da tutela pleiteada, mormente considerando-se a incompatibilidade da via procedimental eleita com a dilação probatória.*

Ainda que assim não fosse, em conformidade com precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (*habeas corpus* nº 351.494 – SP; de relatoria do e. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ), a Lei nº 13.257, de 8 de março de 2.016 – Estatuto da Primeira Infância – determina que sejam adotadas em favor da criança de até seis anos completos ações prioritárias consoantes com os *"princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano"* (art. 1º).

A novel legislação altera o art. 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal, que passa a constar com a seguinte redação:

*"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for [...] homem, caso seja o único responsável pelos cuidados*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.*

A referida alteração consolida os direitos da criança inclusive no âmbito do Direito Processual Penal, conferindo transversalidade ao seu melhor interesse.

Contudo, conforme consta do próprio precedente ora examinado, *“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, [... sob pena de se] 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”.*

A hipótese concreta dos autos indica ser absolutamente incompatível com o acautelamento da ordem pública e da persecução penal – bens jurídicos constitucionalmente tutelados –, a conversão da prisão preventiva em **prisão domiciliar**, mormente considerando que o paciente estava na companhia de seu filho, quando foi surpreendido nas circunstâncias acima mencionadas, havendo a apreensão de elevada quantidade e variedade de droga, bem como de diversos petrechos geralmente utilizados para o preparo de drogas.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Igualmente não se constata, de plano, ser aplicável à espécie os efeitos da coisa julgada coletiva proferida nos autos do *habeas corpus* nº 165.704/DF, de Relatoria do Exmo. Min. Gilmar Mendes, expresso em determinar a observância dos condicionamentos do *habeas corpus* nº 143.641/SP.

Confira-se:

*"[determina-se] 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*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*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 [...]"*

Por sua vez, nos autos *habeas corpus* nº 143.641/SP, de Relatoria do Exmo. Min. Ricardo Lewandowski, há os seguintes condicionamentos, sendo este expresso em ressaltar situações excepcionalíssimas, como a presente:

*"[determina-se] a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício".*

De fato, da Constituição da República, dos tratados internacionais subscritos pela República Federativa do Brasil e, também, da ordem jurídica infraconstitucional vigente, se constata, em termos de política e seguranças públicas, primeiramente, a absoluta prioridade do melhor interesse dos menores, o qual é imediatamente seguido pelo interesse de repressão e persecução penal da prática de delitos.

Ademais, como destacado pelo juízo impetrado, a própria conduta criminosa imputada ao paciente milita contra o melhor interesse das crianças e adolescentes, porquanto a associação com traficantes coloca a criança em contato com ambiente deletério, enquadrando-se, *prima facie*, nas hipóteses “excepcionalíssimas” a que se refere o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 143.641/SP.

De fato, conforme bem ponderado pela autoridade indicada como coatora, “[...] *ainda que tenha alegado ser responsável por criança, é preciso salientar que o infante acompanhava o réu na suposta entrega da droga e residia no imóvel onde o tráfico seria praticado, o que coloca em risco sua integridade psicológica.*” (fls.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

32/34).

Evidentemente, a prisão preventiva do genitor do menor em comento trará algum impacto e sofrimento. Contudo, há que se resguardar a persecução penal e prestigiar a imediata interrupção das condutas criminosas, sob pena de se incorrer em grave violação ao princípio da razoabilidade e negar vigência aos demais interesses sociais, legítimos e positivados inclusive no plano constitucional e internacional.

Assim, sob qualquer prisma, não se vislumbra ilegal constrição à liberdade de locomoção da paciente passível de coibição.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem.

**AMARO THOMÉ**  
RELATOR