



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 444.370 - SP (2018/0079778-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RITA DE CASSIA GANDOLPHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. RÉ MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, sobretudo à razoável quantidade de droga apreendida, não podendo ser considerada nula por fundamentação inidônea.

3. A questão jurídica limita-se então a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*

4. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. *"Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar"* (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

6. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o *Habeas Corpus* coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

7. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem se pronunciou de forma genérica sobre a inviabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar. O crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e a paciente comprova ser mãe de um menino de 6 anos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo *a quo*.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 03 de maio de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 444.370 - SP (2018/0079778-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RITA DE CASSIA GANDOLPHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JULIANA SILVA DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 2198145-75.2017.8.26.0000.

A paciente, presa em flagrante em 16/11/2015 (e convertida a custódia em preventiva), foi condenada pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (pois, em tese, *trazia consigo e guardava, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 18 pinos plásticos contendo cocaína, pesando 5,5g e 45 porções de maconha, pesando 72,6g* - e-STJ fl. 42), à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 dias-multa, sendo mantida a segregação cautelar (e-STJ fls. 39/43).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal estadual. O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 60):

HABEAS CORPUS - INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INOCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS - RÉ MANTIDA CUSTODIADA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - MEDIDA DE EXCEÇÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - DECISÃO MANTIDA ORDEM DENEGADA.

Na presente impetração (e-STJ fls. 1/20), a defesa alega, em síntese, a ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou a prisão preventiva e a desproporcionalidade da manutenção da medida, afirmando que a paciente é mãe de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criança de 6 (seis) anos de idade e, portanto, faria jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

Pugna, liminarmente e no mérito, pela expedição de alvará de soltura e, subsidiariamente, pela concessão de prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 103/106) e prestadas as informações (e-STJ fls. 111/152), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem, cujo parecer foi assim ementado (e-STJ fls. 154/155):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 6 (SEIS) ANOS DE IDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. DEDICAÇÃO À PRÁTICA CRIMINOSA. REINCENTE ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA DECRETAÇÃO DA MANUTENÇA DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS.

Consulta realizada ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça local revela que a apelação interposta pela defesa contra a sentença condenatória foi julgada em 22/2/2018, já certificado o trânsito em julgado para a acusação e determinada a baixa dos autos à origem. Todavia, tanto a parte quanto o Juízo de primeiro grau informam que houve oposição de embargos de declaração em 9/4/2018, não se considerando exaurida, portanto, a jurisdição das instâncias ordinárias.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 444.370 - SP (2018/0079778-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido, os precedentes: STF, HC 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014.

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar do paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

A defesa busca, em síntese, a revogação da prisão preventiva da paciente (por ausência dos pressupostos legais autorizadores da medida extrema) e, subsidiariamente, a concessão da prisão domiciliar.

I) Da fundamentação da prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 04/08/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015 e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014.

No particular, a paciente está presa desde 16/11/2015 e já foi condenada à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, sendo mantida a sua custódia cautelar. O processo está na fase de julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão que negou provimento à apelação.

Estes foram os motivos declinados na sentença, pelos quais o Juiz negou à paciente o direito de recorrer em liberdade (Ação Penal n. 0601717-51.2016.8.04.0001);

Indefiro o direito de apelar em liberdade, pois a ré praticou tráfico de entorpecentes, atividade que acarreta profundo malefício para toda a sociedade, pois desagrega e destrutura famílias inteiras,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

além de ter relação direta com o acréscimo da criminalidade violenta. Ademais, a ré permaneceu presa durante o processo, não se justificando sua soltura após a condenação e tudo indica que, caso permaneça solta, voltará a delinquir.

Com efeito, para a esta Quinta Turma, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na espécie.

Para a decretação da prisão do paciente foram apontados os seguintes motivos (e-STJ fls. 34/35):

*Pelo(a) MM. Juiz(a) foi dito que averiguada JULIANA SILVA DOS SANTOS foi surpreendida, em tese, durante a prática do delito de tráfico, na medida em que foi surpreendida em poder de **18 invólucros de cocaína e 45 porções de maconha (quantidade suficiente para presumir a traficância), além de R\$ 68,00 em dinheiro e 1 aparelho celular**. A natureza entorpecente da substância foi constatada pelo auto n. 562.035/2015. Consta, ainda, que a averiguada teria confessado informalmente a finalidade de tráfico e apontado aos policiais o restante da droga. **Consta também que o flagrante foi conduzido pelo serviço reservado da Polícia Militar em que a averiguada aparece como a responsável pelo tráfico no local dos fatos**. A situação fática encontra-se subsumida às regras previstas pelo art. 302 do CPP. E as demais providências que se seguem à prisão em flagrante foram regularmente tomadas, conforme se verifica dos presentes autos. Ao menos em princípio e sem adentrar no mérito, não houve nenhum equívoco na sua prisão, não havendo que se falar em relaxamento da prisão em flagrante. A Lei 12.403/11 estipulou que as medidas cautelares penais serão aplicadas com a observância da necessidade de aplicação da lei penal, necessidade para a investigação ou instrução penal e para evitar a prática de infrações, devendo a medida em questão, ainda, ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do averiguado (art. 282 do CPP). Na condição de uma dessas medidas cautelares, a prisão preventiva só é cabível quando as outras cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas para o caso concreto (art. 282, §6º, do CPP). Estão presentes os requisitos da prisão preventiva: trata-se, em tese, de delito doloso cuja pena máxima supera os quatro anos e há provas da materialidade e indícios da autoria. Além disso, a prisão preventiva é necessária para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução processual e para assegurar a aplicação da lei penal. Consigne-se que o tráfico de drogas é delito equiparado ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*hediondo e cujo tratamento exige maior rigor. Não bastasse, a Lei 11.343/06, em seu art. 44, estabelece a insuscetibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados de praticarem o delito de tráfico. Dessa forma, por expressa vedação legal, o benefício não poderia ser concedido, destacando-se, porém, que toda prisão cautelar deve preencher os requisitos de qualquer cautelar, ou seja, o fumus boni iuris e também o periculum in mora. Como já analisado acima, a prisão da averiguada está absolutamente amparada pela lei (presentes que estão os requisitos da prisão cautelar), o que demonstra a presença do fumus boni iuris. **No caso em tela a averiguada não comprovou ter ocupação lícita nem mesmo residência. Desse modo torna-se temerária, em razão da garantia instrução processual e da aplicação da lei penal, a concessão da liberdade provisória cumulada ou não com outra medida cautelar.** Como se sabe, não é possível o prosseguimento do processo sem a citação pessoal do autuado, na forma do artigo 366 do Código de Processo Penal, sendo necessária a sua custódia para conveniência da instrução criminal em caso de ajuizamento da ação penal e também para aplicação da lei penal em caso de condenação. Afastado, por ora, o redutor do §4º do art. 33 da Lei. **Nestes termos, considerando a gravidade do crime (em tese, tráfico) as circunstâncias do fato (razoável quantidade de drogas apreendida, situação aparente de traficância), as condições pessoais da averiguada (ausência de vínculo com o distrito da culpa e já ostenta condenação por tráfico de drogas), a liberdade provisória e as medidas cautelares diversas da prisão (previstas no art. 319 do CPP) são absolutamente inadequadas e insuficientes para o caso concreto aqui analisado, razão pela qual, nos termos do art. 282 c.c. art. 310, II, do CPP, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva mostra-se de rigor. Ante o exposto, e mais que dos autos consta, nos termos do art. 310, II, do CPP, **CONVERTO a prisão em flagrante em PREVENTIVA**, expedindo-se o necessário para a prisão da averiguada **JULIANA SILVA DOS SANTOS**. (grifos nossos e originais)***

Posteriormente, novos pedidos de liberdade provisória foram indeferidos pelo Juízo, em razão das circunstâncias do flagrante.

O Tribunal estadual, ao julgar o mérito da impetração anterior, também manteve a segregação cautelar da paciente (e-STJ fls. 59/69).

Como pode ser observado, o decreto preventivo concluiu que a prisão preventiva seria necessária, levando em conta os fatos imputados à paciente, bem como sua reiteração na prática delitiva (com condenação anterior pela prática de tráfico de drogas).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, com base nessa descrição, todas as decisões anteriores consideraram as circunstâncias do flagrante, que indicam que a paciente detinha a posse de 18 pinos plásticos contendo cocaína, pesando 5,5g e 45 porções de maconha, pesando 72,6g, acondicionadas em material próprio para a venda, plástico transparente.

A propósito, "*Admite-se a prisão preventiva quando as circunstâncias concretas do crime revelarem risco à ordem pública*" (HC n. 118.844, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, publicado em 19/12/2013).

Além disso, o decreto, ratificado pelo acórdão e pela sentença, destacaram que a paciente já tinha condenação anterior pela prática do mesmo delito, fato que, aliado à quantidade de droga apreendida, revela sua propensão para a senda delitiva, mormente porque se trata de condenação por crime da mesma espécie, o que denota o risco concreto de reiteração delitiva.

Em decisões análogas:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

2. No caso dos autos, quando da prisão em flagrante do recorrente foram apreendidas diversas porções de drogas, embaladas para venda, totalizando 16,2 gramas de crack, 16,8 gramas de cocaína e 2,6 gramas de maconha. Apesar da quantidade de entorpecentes não ser vultosa, tem-se que o fato de o paciente possuir anterior passagem criminal pelo mesmo crime justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva.

3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC n. 82.960/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENADO À PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO BEM FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, aptos a justificar a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e diversidade de drogas apreendidas em poder da agente (40 unidades de cocaína e 29 unidades de maconha), bem como, considerando os indícios de ser contumaz na prática de delitos, ante a existência de outros processos contra o ora paciente, circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta perpetrada, e que revela a indispensabilidade da imposição da medida extrema, na hipótese, diante do fundado risco de reiteração delitiva (precedentes).

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 394.558/BA, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 15/08/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTADA NO ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE DIFERENCIADA. PERICULOSIDADE SOCIAL. HISTÓRICO CRIMINAL DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO EFETIVO. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do acusado, revelada pelo seu histórico criminal, indicativo de dedicação à narcotraficância.

3. A quantidade da droga, já fracionada, localizada em poder do agente, é fator que indica maior dedicação à narcotraficância, autorizando a preventiva.

4. O fato de o agente possuir condenação anterior pela prática de delito idêntico ao dos autos - tráfico de entorpecentes - é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir, autorizando a preventiva.

[...] 7. Indevida a aplicação de cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada para acautelar o meio social, diante da gravidade efetiva do delito.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 391.604/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 09/05/2017) **Notas: Quantidade de droga apreendida: 84 porções de maconha, pesando 272,3 g.**

[...] 3. No caso, a prisão cautelar foi mantida pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada com base nas circunstâncias concretas do flagrante - foram apreendidas duas porções de maconha embaladas com papel filme e prontas para venda e um tijolo ainda não fracionado, uma balança de precisão, rolo de papel filme, bem como farto material utilizado para fabricação de balões. **Além disso, o paciente ostenta condenação anterior também por tráfico de entorpecente.** Essas circunstâncias demonstram a gravidade das condutas imputadas ao paciente, bem como o risco concreto de reiteração criminosa, a autorizar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 335.115/SP, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,
julgado em 03/11/2015, DJe 09/11/2015)

Nesse aspecto, sem razão o impetrante: a prisão preventiva da paciente está amparada em fundamentação idônea.

II) Da prisão domiciliar

Mister verificar, nesse momento, se é possível conceder à paciente a prisão domiciliar.

A resposta é sim.

Explico.

Sobre a prisão domiciliar dos presos provisórios, dispõe o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal (incluído pela Lei n. 13.257/2016):

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

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

Em relação às execuções (provisória ou definitiva) da pena, o art. 117 da Lei de Execuções Penais, lado outro, estabelece que:

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;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

In casu, a proximidade do exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias transformará a natureza da segregação cautelar da paciente em execução provisória da pena. Todavia, fazendo-se uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, e à luz do constitucionalismo fraternal (CF/88, preâmbulo e art. 3º), infere-se que as inovações trazidas pelo novo regramento podem, também, ser aplicadas à fase de execução da pena.

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Nesse contexto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta terça-feira (20) [20/2/2018], por maioria de votos, **conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP)**. (Notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acesso no dia 22/3/2018, às 17h21min, disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>).

Consta, por oportuno, do dispositivo voto condutor do aresto (HC n. 143.641/SP):

*Em face de todo o exposto, concedo a ordem para **determinar 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, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. [...]

Ao conceder o *Habeas Corpus*, a Suprema Corte lembrou que o artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. Essa alteração no CPP foi dada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016).

Ressalte-se que o deferimento da prisão domiciliar não significa libertar a ré, que continua presa cautelarmente com o seu direito de ir e vir limitado, como se infere da regra inserta no art. 317 do CPP: "*A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial*".

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. **A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

A Lei n. 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

No particular, há certidão de nascimento de 1 (um) filho da paciente, colacionadas aos autos à e-STJ fl. 58, que comprova que ela é mãe de L.G.S.L., nascido em 8/2/2012 (possuindo, nesta data, 6 anos), menor, então, de 12 (doze) anos.

Ademais, o crime a ela imputado (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça, a quantidade de substância entorpecente apreendida não pode ser considerada de grande monta (78,1 gramas) e a paciente não pode ser considerada reincidente, pois já depurado o tempo da condenação anterior (5 anos), também por tráfico de drogas.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a segregação cautelar e denegou a concessão de prisão domiciliar de forma genérica, sem apontar os dados concretos que justificassem o indeferimento da medida. Confira-se, por oportuno (e-STJ fls. 60/69):

Rita de Cássia Gandolpho, Defensora Pública, impetra ordem de Habeas Corpus, com pedido liminar, em prol de JULIANA SILVA DOS SANTOS, contra ato da MMª. Juíza de Direito Lilian Lage Humes, da 12ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo SP.

*Pleiteia a impetrante, em síntese, o direito de a paciente recorrer em liberdade da sentença condenatória, alegando ausência dos requisitos da prisão cautelar. **Subsidiariamente, requer a concessão da prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, incisos III e V, do Código de Processo Penal.***

A liminar foi indeferida (págs. 40/41), e a autoridade apontada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como coatora prestou informações (págs. 45/63).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (págs. 66/68).

É o relatório.

A paciente foi condenada por sentença prolatada em 23 de maio de 2016, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por violar o disposto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe negado o apelo em liberdade.

Consta das informações que a Defesa interpôs recurso de apelação, sendo os autos remetidos ao Tribunal de Justiça, encontrando-se no aguardo do julgamento.

Pretende a impetrante, via o presente remédio heroico, seja concedido à paciente o direito de recorrer em liberdade, uma vez que ausentes os requisitos da prisão cautelar. **Subsidiariamente, requer a concessão da prisão domiciliar.**

Mas razão não lhe assiste.

Inicialmente, anoto que a restrição da liberdade para aguardar o julgamento do apelo não viola a presunção de inocência ou caracteriza execução antecipada da pena, antes mesmo de a condenação transitar em julgado.

A ordem de recolhimento da acusada à prisão não significa considerá-la culpada, nem gera os efeitos próprios da condenação; trata-se de providência de precaução, tomada após cuidadoso exame de elementos existentes nos autos, quando as circunstâncias do caso levam à presunção de que ela voltará a delinquir ou procurará furtar-se à execução, caso a condenação venha a tornar-se definitiva.

O princípio insito no art. 5º, LVII, da CF, não impede a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas apenas que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados. (STF – RT 756/489).

Da mesma forma, não viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como observa o Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal: “O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede em tema de proteção ao status libertatis do réu (artigo 7º, nº 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esses atos de constrição pessoal se ajustem às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível” (JSTF 224/311).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, o fato de Juliana eventualmente possuir residência fixa e ocupação lícita não é suficiente para infirmar a necessidade da custódia preventiva. Deve-se relevar, sobremaneira, as circunstâncias do crime e suas consequências, elementos valiosos para a imposição da medida de exceção, pois que informadores da personalidade da agente dotada de potencialidade perigosa a ponto de colocar em risco a segurança pública, se em liberdade permanecer.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema:

As circunstâncias da primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa, por si sós, não constituem motivos bastante para elidirem a decretação da medida extrema, quando esta se reveste dos elementos necessários e devidamente fundamentada na garantia da lei penal e na conveniência da instrução criminal. Ordem indeferida (STJ 5ª Turma - HC nº 991-TO - Rel. Min. Flaquer Scartezini - v.u. - DJU 09.03.92 - p. 2587).

No caso em análise, a MMª. Juíza a quo, ao fixar a pena, destacou que a paciente ostenta maus antecedentes (condenação anterior por tráfico), fixando-lhe regime inicial fechado e, de forma adequada, fundamentou as razões pelas quais negava- lhe o direito de apelar em liberdade:

“(...) Indefiro o direito de apelar em liberdade, pois a ré praticou tráfico de entorpecentes, atividade que acarreta profundo malefício para toda a sociedade, pois desagrega e desestrutura famílias inteiras, além de ter relação direta com o acréscimo da criminalidade violenta. Ademais, a ré permaneceu presa durante o processo, não se justificando sua soltura após a condenação e tudo indica que, caso permaneça solta, voltará a delinquir. (...)”.

Assim, os requisitos da custódia cautelar ainda estão presentes. Além disso, reitero, a decisão que decreta, ou mantém, a prisão, se fundamentada, ainda que de forma sucinta, com os dispositivos legais é o quanto basta. No presente caso, a Juíza de 1º Grau a fez adequadamente ao prolatar a sentença condenatória, trazendo os elementos de convicção que motivaram a medida de exceção.

A paciente foi condenada pelo delito de tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo e, conforme mencionado na sentença a quo, permaneceu presa durante toda a instrução criminal, não justificando sua libertação agora condenada, sendo- lhe negado apelar em liberdade.

Observo, ainda, que a prisão cautelar não ofende a presunção de inocência. Medida acautelatória, de cunho processual, visa a cessação da prática criminosa e assegurar a prova da materialidade do fato e de sua autoria. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal:

O inciso LVII do art. 5º da Constituição, ao dizer que ninguém será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, dispõe sobre a culpabilidade e as consequências do seu reconhecimento para o réu; não dispõe sobre a proibição da prisão em flagrante, sobre a prisão preventiva nem sobre a execução provisória do julgado penal condenatório, quando esgotados os recursos ordinários. A prisão preventiva do réu, de natureza processual, objetiva garantir a aplicação da lei penal e a execução provisória do julgado, não dizendo respeito ao reconhecimento da culpabilidade. O inciso LXI do artigo 5º da Constituição prevê hipóteses de prisão cautelar, tornando constitucionais as normas da legislação ordinária que dispõem sobre a prisão processual, inclusive parar execução provisória pendente recurso de índole extraordinária (HC 74.972-1 – DJU de 20.06.1997, p. 28.472).

Ademais, a deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das sequelas que causa, deixa clara a potencial periculosidade daquele que é apontado como seu autor, demandando uma resposta penal mais efetiva, funcionando como um elemento inibidor da disseminação de delitos do mesmo grau de lesividade.

Em conclusão, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou constrangimento no ato da MMª. Juíza de Direito da 12ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo SP.

*Pelo exposto, **DENEGO A ORDEM** impetrada em prol de **Juliana Silva dos Santos**.*

Embora as decisões que decretaram a prisão preventiva da paciente tenham feito referência à existência de condenação anterior pela prática de tráfico de drogas, o fato é que na sentença condenatória ficou consignado que já **se passaram 5 (cinco) anos da condenação anterior** e por isso ela **não pode ser considerada reincidente**. Tanto é que a Defensoria Pública opôs embargos de declaração contra o acórdão que manteve a sentença condenatória, invocando recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, para afastar a valoração de tal fato como mal antecedente. Afirma que a Suprema Corte sedimentou o entendimento de que *não pode ser considerado que a recorrente possuía mal antecedente, já que ultrapassado o chamado prazo depurador em relação à condenação utilizada. [...]*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.092.162 SÃO PAULO
RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI – g.n.) (e-STJ fls. 98/99).

Como efeito, a paciente é **mãe de filho menor de 12 (doze) anos**, o **crime imputado não envolveu violência ou grave ameaça** e suas **condições pessoais são favoráveis** (ultrapassado o prazo depurador da condenação anterior, não se pode considerar que a paciente seja reincidente na prática delitiva). Registra-se, ainda, que **a paciente está segregada há 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses** (desde 16/11/2015) e foi condenada à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, com trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público.

É legítimo, portanto, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, substituir a segregação da paciente pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal.

Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias. A propósito:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. RÉ MÃE DE TRÊS CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). RECURSO PROVIDO.

1. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, sobretudo à razoável quantidade de droga apreendida, não podendo ser considerada nula por fundamentação inidônea.

2. A questão jurídica limita-se então a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 3º).

4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02.2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

6. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, a recorrente comprova ser mãe de três crianças, uma menina de 7 anos, outra menina de 3 anos e um menino de apenas 6 meses de idade, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

7. Recurso provido para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da recorrente pela prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo.

(RHC 94.861/RS, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018, grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. RÉ MÃE DE UMA CRIANÇA DE 1 ANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, com a recorrente foram apreendidas 47 porções de cocaína, com peso total de 37,7 gramas, e 79 porções de maconha, com peso total de 144,9 gramas, o que justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

4. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o artigo 318 do CPP passou a permitir ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

5. Em 20/02/2018, nos autos do HC 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de publicação), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de: a) crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, b) crimes praticados contra seus descendentes ou c) situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas.

6. Na espécie, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, isso porque a paciente foi denunciada por delito praticado sem violência ou grave ameaça e é mãe de uma bebê de 1 ano.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para substituir a segregação cautelar da paciente por prisão domiciliar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 416.132/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.

2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.

3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

(HC 362.922/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017, grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. LIMINAR CONCEDIDA. CUIDADOS MATERNOS NA PRIMEIRA INFÂNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE. DOUTRINA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS. SUPERIOR INTERESSE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º e 227; ECA, ART. 100. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos da jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, a superveniência da sentença condenatória, em regra, não prejudica o habeas corpus impetrado contra o decreto prisional, quando mantidos os fundamentos que levaram a decretação da segregação cautelar, como no caso concreto (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015). 3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. Na hipótese, a custódia cautelar encontra amparo na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito. Todavia, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

5. A Certidão de Nascimento acostada às e-STJ fl. 145 atesta que a paciente é mãe de um filho de 1 ano e 3 meses de idade, tem apenas 19 anos, é primária, não tendo sido mencionado histórico de atos infracionais ou que responda a outros processos criminais. Os cuidados maternos na primeira infância são indiscutíveis. Nesse contexto, entendo que é o caso de proteger e resguardar a integridade física e emocional da criança, substituindo a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Precedentes.

6. **O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consagrados como a igualdade e a liberdade.

7. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art.3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

8. Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015).

9. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando-se a liminar, para deferir a paciente o direito à prisão domiciliar.

(HC 358.080/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. O Juiz de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva da paciente, destacou a gravidade concreta do delito, evidenciada pelo modus operandi.

3. A Lei n. 13.257/2016 estabelece conjunto de ações prioritárias a ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante "princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas [...] em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano" (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º).

5. Apesar da benéfica legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro de que o uso do verbo "poderá", no caput do art. 318 do Código de Processo Penal, 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. Ademais, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa 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.

6. **Embora os argumentos adotados pelo Magistrado de primeiro grau demonstrem a gravidade concreta do delito em tese cometido, a hipótese permite a prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, medida eficaz e adequada, apta a afastar o periculum libertatis, especialmente, pelo fato de a paciente, sem antecedentes, ser imprescindível aos cuidados de sua filha, menor impúbere (5 anos), que, segundo atestado pediátrico "encontra-se acometida de distúrbios emocionais (crises de ansiedade, insônia, choro intenso, inapetência severa) com a ausência de sua genitora, necessita de apoio psicológico e contato permanente com sua mãe, [...] fazendo uso de sedativo" (fl. 114).**

7. Ordem concedida para, confirmada a liminar, substituir a custódia preventiva da paciente por prisão domiciliar com monitoramento eletrônico até o esgotamento da instância ordinária, caso não esteja presa por outro motivo, ficando a cargo do Juízo monocrático a fiscalização do cumprimento do benefício.

(HC 362.236/AM, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017, grifo nosso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seguindo essa ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar dispositivos da LEP, disse com clareza meridiana:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61).

2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna".

.....

6. Ordem concedida.

(HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851)

Assim sendo, a fim de proteger a integridade física e emocional do filho menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente (inclusive em sede da execução provisória da pena) pela prisão domiciliar, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espeque nos arts. 117 da LEP e 318, V, do Código de Processo Penal, todos com alicerce no Preâmbulo e no art. 3º da CF/88.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem**, de ofício, para conceder a prisão domiciliar a JULIANA SILVA DOS SANTOS, com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo *a quo*.

É o meu voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0079778-2

HC 444.370 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00987826720158260050 20170000906475 20302015 21981457520178260000 23182015
987826720158260050

EM MESA

JULGADO: 03/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RITA DE CASSIA GANDOLPHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JULIANA SILVA DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.