



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.813 - SP (2015/0157046-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAROLINE GOMES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. POSSE DE ARMA DE FOGO COM A NUMERAÇÃO RASPADA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. RÉ QUE PERMANECEU PRESA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSE DE APETRECHOS UTILIZADOS NO PREPARO DE DROGAS. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO III, DO CPP. NÃO COMPROVAÇÃO DA INADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL PARA OS CUIDADOS COM O NASCITURO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvada a existência de flagrante ilegalidade, a autorizar a possibilidade atuação de ofício.

2. Não há ilegalidade quando a prisão preventiva está justificada na necessidade de acautelamento da ordem pública, diante das circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - apreensão de 107 invólucros e um “tijolo” da substância vulgarmente

conhecida por “maconha”, 205 porções contendo cocaína, e uma pedra de “crack” (estas últimas, substâncias de natureza extremamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nociva, com alto poder viciante e alucinógeno)-, bem como de apetrechos utilizados no preparo das drogas para posterior venda -, tendo sido encontrada, ainda, uma arma de fogo municiada e com a numeração raspada, fatos que levam à conclusão pela habitualidade da paciente no comércio ilícito, sobretudo considerando o seu histórico criminal, indicando que a medida extrema seria imprescindível, também, para fazer cessar tal prática delitiva.

3. Verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais da ré, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, e constatando-se que permaneceu custodiada durante toda a instrução criminal, ausente ilegalidade a ser sanada de ofício por este STJ.

4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a prisão *ante tempus*.

5. A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando a agente for gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando a gestação for de alto risco ou ainda quando for comprovadamente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (art. 318, III e IV, do CPP).

6. Não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da condenada, visto que asseguradas todas as garantias para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

A Quinta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.813 - SP (2015/0157046-6)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAROLINE GOMES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de CAROLINE GOMES DA SILVA, em face de acórdão da 12.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao apreciar o *Habeas Corpus* n.º 2055002-96.2015.8.26.0000, julgou prejudicado o pleito de reconhecimento de ilegalidade da custódia por excesso de prazo na formação da culpa e, no mais, denegou-lhe a ordem, mantendo o indeferimento ao direito de recorrer solta à paciente, nos autos da ação penal em que restou condenada ao cumprimento de 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de multa, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a fundamentação utilizada pelo Juízo sentenciante para justificar o indeferimento ao recurso em liberdade à condenada seria tão genérica quanto aquela descrita no decreto de prisão originário, restando malferido o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Assevera que não restou demonstrado, concretamente, como a liberdade da ré poderia oferecer risco à ordem pública, reputando ausentes os requisitos autorizadores da preventiva, previstos no art. 312 do CPP.

Destaca, outrossim, que a vedação à concessão da liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, foi declarada inconstitucional pelo STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende, ademais, que ainda que se entenda cabível a custódia preventiva na hipótese dos autos, de rigor que ela seja aplicada na modalidade de prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso III, do CPP, tendo em vista que a paciente deu à luz a uma criança e encontra-se reclusa em uma penitenciária que não detém condições aptas ao desenvolvimento de uma criança, aduzindo a necessidade de soltura da condenada para amamentação e cuidados com o filho, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Reclama que seria ilegítimo o indeferimento da prisão domiciliar *"com base na ausência de demonstração da precariedade da unidade prisional, na medida em que essa não é uma exigência legal"* (fl. 12).

Argumenta que *"no caso da criança lactante, é certo que a mãe é PRESUMIDAMENTE imprescindível para o seu cuidado e, com certeza, insubstituível, eis que ela é a fonte do alimento do bebê"* (fl. 13).

Enfatiza que local em que se encontram a mãe e o bebê *"é desprovido de estrutura adequada para o acolhimento de crianças recém-nascidas, sem condições para um acompanhamento médico pós-natal apropriado, sendo de rigor a imediata concessão de prisão domiciliar à mãe, já que é esta a única medida capaz de preservar o direito à saúde de ambos"* (fl. 19).

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva da condenada, postulando, subsidiariamente, pela substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso seja conhecido, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.813 - SP (2015/0157046-6)

VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE) (Relator):**

De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Examinando os autos, infere-se que a paciente foi presa em flagrante no dia 8-7-2014, convertida a custódia em preventiva e restou denunciada junto com CAIO EDUARDO SOUSA DA SILVA, como incurso *"no artigo 33, caput, e artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, c.c. o artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº. 10.826/2003, c.c o artigo 69 do Código Penal"* (fl. 27) e com ROSANA DA SILVA, esta última, acusada apenas pela prática dos delitos de tráfico e associação para o narcotráfico, isto porque, segundo esclareceu o magistrado singular:

[...] no ano de 2014, nesta Capital, os acusados associaram-se para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Consta ainda da exordial acusatória que, no dia 08 de julho de 2014, por volta das 13 horas e 30 minutos, na Rua Mucuge, nº.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

203, casa 1, nesta Capital, os acusados Caio e Caroline tinham em depósito o revólver, calibre 38, marca Taurus, municiado com 5 cartuchos íntegros, e um deflagrado, numeração raspada, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Por fim, a denúncia relata que, no dia 08 de julho de 2014, por volta das 13 horas e 30 minutos, na Rua Mucugê, nº. 203, casas 01 e 02, Brasilândia, nesta Capital, os acusados tinham em depósito, para fins de tráfico e fornecimento a terceiros, cerca de 205 porções contendo cocaína, uma pedra de “crack”, derivado de cocaína, 107 invólucros e um “tijolo” da substância vulgarmente conhecida por “maconha”, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. (fl. 27)

Observa-se que, em 9-7-2014, a prisão em flagrante dos réus foi convertida em preventiva, a bem da ordem pública, tendo o togado primevo concluído que "caso os agentes fossem soltos voltariam a delinquir, retomando o comércio ilícito que até a prisão exerciam", considerando, para tanto, o seguinte (fl. 37):

1. A família foi presa. Isso porque os integrantes trabalhavam traficando. Aliás, por conta desta atividade, o marido de Rosana já estava detido. E ela, querendo justificar o que fazia, disse que somente guardava aquele tijolo de maconha na sua casa.

2. Os outros dois, ou seja, o casal formado por Caio e Caroline tinham em depósito crack e cocaína, além de uma arma de fogo com numeração suprimida. E isso sem contar que no local foram apreendidos bens ligados à atividade criminosa, como balanço de precisão, anotações referentes ao tráfico e bens de terceiros.

Encerrada a instrução criminal, verifica-se que, em 7-4-2015, sobreveio a prolação de sentença condenando a ora paciente ao cumprimento de 9 (nove) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais pagamento de multa, por violação ao artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, oportunidade em que lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade, em razão de haver permanecido custodiada durante toda a instrução criminal, entendendo o magistrado singular, ainda, restarem inalterados os motivos ensejadores da medida extrema (fl. 32).

A Corte de Origem, apreciando pedido de *habeas corpus* lá aforado antes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prolação da sentença condenatória, julgou prejudicado o pleito de reconhecimento de ilegalidade da custódia por excesso de prazo na formação da culpa e, no mais, denegou-lhe a ordem, nestes termos:

Conforme cópia ora acostada aos autos, por sentença de 07 de abril de 2015, Caroline foi condenada a 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 594 (quinhentos e noventa e quatro) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incurso nos arts. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03 (fls. 67/72).

Dessa forma, superada a alegação de excesso de prazo para a prolação de sentença. Neste ponto, pois, o pedido perdeu o objeto e deve ser julgado prejudicado, de acordo com o art. 659 do Código de Processo Penal.

Todavia, não concedido à sentenciada o direito de recorrer em liberdade, cabe agora analisar a legalidade da nova constrição.

Adequada a negativa.

Com efeito, condenada a pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, admissível a prisão preventiva, nos termos da nova redação do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Mas não é só.

Pelo que se verifica dos autos, presa em flagrante (fl. 27), a acusada assim se manteve durante toda a instrução criminal.

É certo que a Lei 12.403/11 aboliu a figura da custódia cautelar decorrente de sentença recorrível do ordenamento jurídico. Tal modalidade de segregação tinha como principal requisito exatamente o fato de o réu ter permanecido encarcerado na fase instrutória. Afinal, nesse contexto, não se justificaria a soltura após o pronunciamento judicial pela procedência da acusação.

Como se vê, trata-se de pressuposto sobretudo lógico.

Não é, pois, exclusivo daquela extinta espécie de prisão processual. Dessa forma, na atual sistemática, deve continuar a ser considerado para a aferição do cabimento ou não da constrição preventiva após a prolação da sentença, como requisito adicional aos do art. 312 do CPP. Há que se ter em mente que, se conservada a segregação no decorrer da formação da culpa, é porque se reputaram presentes os motivos ensejadores da medida, situação, em regra, não alterada pela superveniência da condenação.

Ainda aplicável, portanto, o entendimento de que, se preso provisoriamente durante a instrução, por razões diretamente ligadas à necessidade da sequela da sua liberdade, com muito maior razão deve ser mantida a detenção provisória do réu, após a prolação do decreto condenatório. Por outro lado, contudo, se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

solto aguardou o julgamento, não se entendendo presentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, não há motivo para que a prisão processual decorra, unicamente, da condenação (RJDTACRIM 4/156-158).

Por fim, melhor sorte não lhe assiste quanto ao pedido de prisão domiciliar com fundamento no art. 318, III, do estatuto processual penal.

Com efeito, para a concessão do benefício pleiteado, indispensável a prova de que os cuidados especiais referidos pelo dispositivo legal não possam ser prestados no estabelecimento prisional.

Na hipótese dos autos a documentação de fls. 20/22 não se mostra suficiente para tal fim, indicando apenas o nascimento do filho da sentenciada, sem qualquer menção às condições da penitenciária em que Caroline se encontra recolhida.

Frente ao exposto, prejudicada em parte, denega-se a ordem no mais. (fls. 24-26)

Neste contexto, cumpre esclarecer que, no que tange aos fundamentos da segregação cautelar, é certo que, inicialmente, esta Quinta Turma adotou o entendimento de que não se aplicaria ao delito de tráfico de drogas, perpetrado na vigência da Lei n.º 11.343/2006, o benefício da liberdade provisória, haja vista a vedação expressa contida no art. 44 da aludida norma.

Contudo, em 10-5-2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 104.339/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes, declarou, por maioria, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/06, na parte em que proibia a concessão de liberdade provisória aos acusados pelo delito de tráfico de entorpecentes, de modo que, para a manutenção da prisão cautelar nos mencionados crimes, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

No presente caso, entretanto, **constata-se que não houve menção à vedação legal à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06 para motivar a ordenação e a preservação da prisão da paciente**, sendo certo que as decisões impugnadas justificaram a custódia apenas com base no art. 312 do CPP, diante da necessidade de acautelamento da ordem pública, haja vista a efetiva periculosidade social da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenada, revelada pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos, indicativas de dedicação à narcotraficância.

Com efeito, verifica-se que a paciente restou condenada por haver sido surpreendida, junto com outros dois agentes, **mantendo em depósito elevada quantidade de material tóxico - 107 invólucros e um “tijolo” da substância vulgarmente conhecida por “maconha”, 205 porções contendo cocaína, e uma pedra de “crack” (estas últimas, substâncias de natureza extremamente nociva, com alto poder viciante e alucinógeno)-, bem como de apetrechos inerentes ao tráfico de entorpecentes e, ainda, de uma arma de fogo municada e com a numeração raspada.**

Ora, forçoso reconhecer que tais circunstâncias revelam a gravidade diferenciada do delito praticado, mostrando que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e mostra-se realmente necessária na espécie, a bem de resguardar a **ordem pública**, sobretudo fazendo cessar a referida atividade criminosa, já que indicam o envolvimento rotineiro da ora paciente no comércio nefasto.

Evidente, no caso, a potencialidade lesiva da infração e a periculosidade social da condenada, pois a quantidade do material tóxico capturado na ocasião da prisão em flagrante seria apta a atingir grande número de usuários, caso fosse colocada em circulação, sendo indicativa da probabilidade concreta de continuidade no cometimento da referida infração, caso fosse libertada. Ou seja, bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar.

No tráfico de entorpecentes - crime que, embora não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, é de perigo abstrato (para alguns doutrinadores, de perigo concreto indeterminado), já que o risco para o bem jurídico protegido é presumido por lei, ou seja, independe de seu resultado concreto sobre a saúde de eventuais usuários - a periculosidade social do autor pode ser aferida pelas circunstâncias em que se deu a ação criminosa, da qual se pode concluir, ainda, se há ou não risco de reiteração delitiva.

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta - essa atitude sim, constantemente desautorizada por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

este Superior Tribunal de Justiça em seus inúmeros precedentes - mas de avaliar o periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito.

Retirar-se essa avaliação do julgador, ou mesmo entender que a descrição da forma como ocorreu o crime seria apenas uma tradução da conduta intrínseca ao tipo penal violado, como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, não se mostra consentâneo com a cautelaridade do instituto da prisão preventiva.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: *"O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria"* (RHC 106.697, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012).

Nesse norte, o seguinte precedente, deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O decreto de prisão preventiva, mantido pelo acórdão vergastado, demonstrou a pertinência da segregação preventiva sub



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judice, como forma de garantir a ordem pública. Narra a denúncia que o Paciente trazia consigo, para fins de tráfico, dois tijolos de maconha, com peso líquido de 903,8g.

4. "Não traduz manifesta arbitrariedade a decretação de prisão cautelar de acusado com quem foi apreendida expressiva quantidade de drogas, a revelar profundo envolvimento na atividade de tráfico de drogas, com risco de reiteração delitiva e à ordem pública." (HC 109111, 1.ª Turma, Rel. p/ Acórdão, Ministra ROSA WEBER, DJe 06/03/2013.)

5. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 282.635/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

Assim, verificando-se que agora há sentença condenatória proferida, em que foram avaliadas todas as circunstâncias do evento criminoso e as condições pessoais da ré, julgando-se necessária a manutenção da prisão preventiva, não se vislumbra ilegalidade a ser sanada por este Superior Tribunal.

De fato, a orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva, como ocorre *in casu*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CUSTÓDIA CAUTELAR. MANUTENÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A custódia cautelar foi mantida por ter o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, considerando presentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os requisitos do art. 312 do CPP, tendo em vista as circunstâncias do caso e a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e quantidade do entorpecente apreendido, 25 pedras de crack.

- O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que "não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante a instrução do processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar" (HC 245.975/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 7.12.2012).

- As condições pessoais favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e emprego lícito não impedem a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais, como se dá no caso dos autos.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 256.508/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A CUSTÓDIA ANTECIPADA. PACIENTE QUE RESPONDEU A TODO O PROCESSO PRESO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

3. Na espécie, inexistente ilegalidade manifesta, pois as instâncias ordinárias entenderam que continuavam hígidas as razões que autorizaram a segregação antecipada do paciente - condenado por tráfico de entorpecentes -, tanto que o Juízo de primeiro grau consignou expressamente que "o réu respondeu ao processo preso e permanecem íntegros os motivos que lastrearam a custódia cautelar, fundada primordialmente no inegável risco à ordem pública em caso de soltura, pelo que deverá aguardar segregado o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trânsito em julgado". Ademais, este Tribunal Superior firmou a compreensão de que o réu mantido custodiado durante toda a instrução criminal, como ocorre na hipóteses dos autos, deve assim permanecer, como um dos consectários lógicos e necessários da condenação.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.610/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 15/10/2012)

Quanto à pretendida substituição da medida extrema por prisão domiciliar, dita o art. 318 do Código de Processo Penal:

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 a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

E, como leciona a doutrina:

[...] algumas das hipóteses legais (do art. 318, do CPP) podem se revelar incompatíveis com a finalidade da preventiva, cabendo ao Poder Judiciário um mínimo de reserva crítica quanto ao sentido e amplitude da prisão domiciliar, de modo a não se frustrarem os objetivos perseguidos na decretação da prisão preventiva.

[...]

Impõe-se, portanto, um exame mais cuidadoso de cada caso concreto, a fim de se evitar (a) tantos a perda completa de eficácia da prisão domiciliar, ao fundamento da permanência dos riscos; e (b) quanto a perda igualmente completa da eficácia da preventiva fundamentadamente decretada.

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 645).

Deste modo, no caso em exame, ainda que realmente conste a prova de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente estava na grávida na ocasião em que foi presa, tendo dado a luz ao bebê que gestava em 8-12-2014 (fls. 34-36), não se pode perder de vista que a substituição da medida constritiva por prisão domiciliar é, como visto, uma faculdade do julgador e só deve ser deferida quando devidamente preenchidos seus requisitos legais.

Ora, observa-se que, na espécie, a pretensão foi rechaçada no aresto combatido com fundamento na ausência de comprovação de que a unidade prisional em que a paciente se encontrava recolhida não seria adequada aos cuidados especiais de que necessita um bebê recém nascido.

E, aqui, ao contrário de haver sido demonstrada a ineficiência do Sistema Penitenciário no acolhimento de presas gestantes e em fase de amamentação de filhos recém nascidos, é possível inferir que o pré-natal de Caroline teve início no seu 4º mês de gestação (fls. 36), mesmo período em que foi presa, assim, ao que parece, a própria paciente só passou a adotar os cuidados básicos inerentes à gravidez e indispensáveis para garantir a boa saúde do nascituro, após o seu recolhimento ao cárcere, utilizando-se, portanto, dos serviços médicos prestados pelo Estado dentro do regime carcerário.

Assim, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida por este Superior Tribunal, pois, realmente, não há prova inequívoca da impossibilidade da prestação da assistência médica requerida, nem de que a paciente não poderia dedicar ao bebê recém-nascido seus primeiros cuidados ou alimentá-lo devidamente, para autorizar o deferimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

A propósito, veja-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EMPREGO DE MEIO CRUEL, TORTURA, DISSIMULAÇÃO E DE RECURSO QUE IMPEDIU OU DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GARANTIA DA IMPUNIDADE DE OUTRO DELITO. GRAVIDADE DIFERENCIADA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRIÇÃO NECESSÁRIA E JUSTIFICADA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. GESTANTE EM ESTADO AVANÇADO. NÃO COMPROVAÇÃO DA INADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. COAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva dos agentes envolvidos, dadas as circunstâncias e motivos diferenciados pelos quais ocorridos os fatos criminosos.

3. Caso em que a paciente é acusada da prática de homicídio qualificado, cometido em tese a fim de assegurar a impunidade dos outros denunciados por delito anterior, executado através de meio cruel, tortura, dissimulação e mediante a utilização de recurso que impediu ou dificultou a defesa da vítima que, atraída pela ré, foi levada a local ermo, onde restou violentamente agredida e torturada, sendo, ao final, friamente executada.

4. A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando a agente for gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando a gestação for de alto risco ou ainda quando for comprovadamente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (art. 318, II e III, CPP).

5. Não há ilegalidade na negativa de substituição da preventiva por prisão domiciliar quando não comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da acusada, visto que asseguradas todas as garantias para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido.

6. Predicados pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 305.344/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 19/12/2014 - grifamos)

Dessa forma, não comprovado o preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP e havendo motivação apta a justificar o sequestro corporal, a bem da ordem pública, haja vista a gravidade acentuada do delito pelo qual restou condenada a paciente e o risco efetivo de reiteração delitiva extraído tanto das circunstâncias do crime quanto de seu histórico criminal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado de ofício por este Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça.

Por todo o exposto, não se conhece do *habeas corpus*, por se mostrar manifestamente incabível na espécie.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0157046-6

HC 328.813 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00598037020148260050 20150000405279 20550029620158260000 598037020148260050

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAROLINE GOMES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: CAIO EUDARDO SOUSA DA SILVA
CORRÉU	: ROSANA DA SILVA

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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.