



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.348 - SP (2019/0322664-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **FLAVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA**
ADVOGADO : **FLÁVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA - SP179070**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANA CAROLINA DE SOUZA DA SILVA (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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 EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. ANÁLISE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRISÃO DOMICILIAR. TESE NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO, ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA QUE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU AVALIE A POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR.

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 prisão preventiva da paciente está fundamentada na gravidade concreta do delito e na necessidade de garantia da ordem pública, destacando-se a quantidade e a variedade de substância entorpecente apreendida em seu poder: quase 130 kg de maconha, 19 pacotes de “skank”, 2 tabletes de “haxixe” e 6 pacotes de cigarro “Eight”. Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Esta Corte Superior possui entendimento de que a quantidade, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade ou a natureza da substância entorpecente apreendida podem servir de fundamento para a decretação da prisão preventiva.

4. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

5. Violação ao princípio da homogeneidade. Não é possível inferir, nesse momento processual e na estreita via do *habeas corpus*, acerca de eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da homogeneidade). A confirmação (ou não) da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não se coaduna com a finalidade da presente ação constitucional. Assim, a mera possibilidade do paciente, em eventual condenação, ser agraciado com o privilégio previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, com eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não implica desproporcionalidade da prisão preventiva por ser mera possibilidade que somente será confirmada ao final da instrução criminal, com a prolação de sentença. Inadequação da via eleita.

6. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

7. A tese da prisão domiciliar não foi conhecida/enfrentada pelo Tribunal estadual e por isso não poderá ser debatida por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

8. A separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova norma que regula o tema – Lei n. 13.769/2018, que inseriu os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.

9. Assim, a despeito do óbice processual (supressão de instância), a ordem deve ser concedida em menor extensão, para que a situação alegada pela defesa da paciente seja examinada pelo juízo processante.

10. *Habeas corpus* não conhecido, ordem, no entanto, concedida de ofício apenas para que o Juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar, à luz da nova diretriz estabelecida pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP e da Lei n. 13.769/2018.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.348 - SP (2019/0322664-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : FLAVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA
ADVOGADO : FLÁVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA - SP179070
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CAROLINA DE SOUZA DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANA CAROLINA DE SOUZA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2194641-90.2019.8.26.0000).

Segundo consta dos autos, a paciente foi presa cautelarmente e denunciada pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso V, e no art. 35, *caput*, todos da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual, questionando os requisitos da prisão preventiva.

O Tribunal de origem, contudo, denegou a ordem nos termos do acórdão de e-STJ fls. 178/182.

Na presente oportunidade, a defesa, além de afirmar a negativa de autoria, sublinha que o decreto construtivo não apresenta fundamentação idônea. Ressalta que os requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP) não são visualizados. Aduz que a paciente é primária, possui residência fixa e ocupação lícita, podendo responder ao julgamento do processo em liberdade. Expõe que, caso condenada, poderá vir a cumprir a pena em regime diverso do fechado. Mostra, por fim, que se trata de mãe de 2 filhos menores de 12 anos, fazendo jus à concessão de prisão domiciliar.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva, a adoção de medidas cautelares diversas (art. 319 do CPP) ou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Indeferido o pedido liminar (e-STJ fls. 188/190), o Ministério Público Federal manifestou-se pela negativa de seguimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 206).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.348 - SP (2019/0322664-3)

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 n. 113.890/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC n. 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC n. 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 questão jurídica cinge-se a verificar a legalidade da prisão preventiva do paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

*Entende-se pela expressão **[garantia da ordem pública]** a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.*

[A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o novo pressuposto – demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado –, apenas explicitou entendimento já adotado pela jurisprudência pátria ao abordar a necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de existência de *periculum libertatis*. Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

[...] . 7. O requisito do *periculum libertatis* exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade dos imputados. 8. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constitutivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Precedentes. 9. É imprescindível apontar-se uma conduta dos réus que permita imputar-lhes a responsabilidade pela situação de perigo à genuinidade da prova. [...] (HC n. 137.066/PE, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 13/03/2017).

[...]. Prisão preventiva. Decretação por força da mera gravidade da imputação, sem base em elementos fáticos concretos. Inadmissibilidade. Medida que exige, além do alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria (*fumus commissi delicti*), a indicação concreta da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*) e a efetiva demonstração de que essa situação de risco somente poderá ser evitada com a máxima compressão da liberdade do imputado. Necessidade, portanto, de indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo. [...] (HC n. 122.057/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 10/10/2014).

[...] III. Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (RHC n. 79.200/BA, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/1999, DJU 13/08/1999).

Idêntica é a posição desta Corte:

[...]. 4. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. [...] (RHC n. 97.893/RR, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

19/12/2019)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

2. [...] Como é cediço, a segregação preventiva, como medida cautelar acessória e excepcional, que tem por escopo, precipuamente, a garantia do resultado útil da investigação, do posterior processo-crime, da aplicação da lei penal ou, ainda, da segurança da coletividade, exige a efetiva demonstração do periculum libertatis e do fumus commissi delicti, nos termos do art. 312 do CPP. [...] (HC n. 503.046/RN, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Nesse sentido:

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constitutiva 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 [...]. (HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015)

[...] 2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. [...]. (HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/10/2014)

Na hipótese, o Tribunal de Justiça estadual manteve a prisão preventiva da paciente para fins de garantia da ordem pública, com espeque na quantidade e variedade de drogas apreendidas. Confira-se, no que interessa (e-STJ fls. 178 e ss.):

[...] A acusação é por suposta infringência ao art. 33; caput, c.c. o art. 40, inciso V; e o art. 35, caput, todos da Lei nº 11.343/2006, por fato ocorrido em 24 de maio p.p.. (Denúncia fls. 74/77).

Segundo consta, policiais militares rodoviários em patrulhamento de rotina pela rodovia Marechal Rondon ao visualizarem o veículo “Hyundai IX35” preto, ocupado pela paciente e pela investigada Vanessa Nogueira da Silva, e o “Hyundai Tucson” preto, conduzido pelo investigado Amarildo Aparecido da Silva, ambos com os vidros pretos bem escuros, resolveram segui-los e posteriormente cercá-los no posto de gasolina do Km 539 da aludida rodovia. Realizada busca no “Tucson”, os milicianos localizaram 127 (cento e vinte e sete) tijolos e 5 (cinco) tabletes de “maconha”, 19 (dezenove) pacotes de “skunk”, 2 (dois) tabletes de “haxixe”, e 4 (quatro) pacotes de cigarro “Eight”, e no “IX35”, eles encontraram 3 (três) porções de “maconha” bem como dois pacotes de cigarro “Eight”. Os policiais apuraram que a paciente e Vanessa são garotas de programa, que conheciam Amarildo, com quem se relacionaram antes da viagem, e ao que tudo indica elas estariam exercendo a função de “batedoras” para o sucesso do transporte da droga, a fim de avisá-lo sobre eventual presença de policiais.

Consta ainda que o veículo “Hyundai Tucson” é produto de roubo ocorrido em Sumaré/SP em 14 de abril p.p. (RDO nº 606/2019). Os laudos periciais constataram que a paciente e seus dois comparsas transportavam o total de 129.581,69 gramas de “maconha”.

Analisando os autos, verifica-se que não existe o constrangimento ilegal apontado fazendo-se por ora necessária a manutenção da prisão da paciente ante a situação de flagrante delito e para a garantia da ordem pública.

Não obstante o entendimento contrário do impetrante, além de a prisão se assentar na existência de comprovação de materialidade e indícios de autoria, a r. decisão impugnada (fls. 49/51) está suficientemente fundamentada, referindo-se à preservação da ordem pública e à gravidade dos fatos a justificarem a prisão como necessária, e nenhuma outra medida, valendo lembrar que o juiz, mesmo quando emprega expressões de cunho genérico, decide



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante si.

De outra parte, o impetrante nada de novo trouxe que pudesse convencer da desnecessidade da prisão preventiva, subsistindo íntegros os fundamentos que resultaram nela.

E conquanto desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa, o tráfico ilícito de entorpecentes além de estar relacionado ao aumento da violência e da criminalidade, é fonte de desestabilização das relações familiares e sociais, motivos suficientes para manter a segregação cautelar da paciente.

Ressalte-se que a existência de predicados positivos da paciente primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si só, não é suficiente para autorizar a concessão da liberdade provisória, e que o princípio da presunção de inocência convive de forma harmoniosa com a custódia cautelar, quando a prisão se lastreia na presença das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, como é a hipótese dos autos, não se constituindo cumprimento antecipado de pena.

Outrossim, a possibilidade de a agora paciente ser beneficiada com o redutor de pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, caso eventualmente condenada, diz respeito à questão de fundo da causa, devendo ser discutida em ação própria, não havendo como utilizar tal argumento para justificar a soltura dela, sob pena de violar o princípio constitucional do juiz natural, prejudicar o mérito e suprimir a instância originária.

Logo, a prisão da paciente é em princípio legítima, não se verificando o constrangimento ilegal apontado.

Ante o exposto, denega-se a ordem. (grifei)

Afere-se, nesse contexto, que a prisão preventiva da paciente está fundamentada na gravidade concreta do delito e na necessidade de garantia da ordem pública, destacando-se a quantidade e a variedade de substância entorpecente apreendida em seu poder: quase 130 kg de maconha, 19 pacotes de “skank”, 2 tabletes de “haxixe” e 6 pacotes de cigarro “Eight”. Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A prisão [está] fundamentada na qualidade e quantidade da droga apreendida, motivação considerada idônea para a manutenção da segregação de natureza cautelar (STJ, AgRg no HC n. 323.444/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 4/8/2015).

Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva, não há que se falar em ilegalidade da segregação cautelar em razão de deficiência na fundamentação (Precedentes). (HC n. 63.237/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 1/3/2007, DJ 9/4/2007).

Eventuais condições subjetivas favoráveis da paciente, tais como primariedade, residência fixa e/ou trabalho lícito, por si sós, não obstarão a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Nesse sentido:

[...]

3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ que as condições favoráveis do agente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 533.692/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 25/11/2019, grifei)

A segregação cautelar está, portanto, amparada na gravidade concreta do delito (tendo em vista a quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida).

Confira-se, a título de ilustração, julgados desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. 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, a prisão preventiva imposta ao recorrente encontra-se suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta da conduta delituosa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*revelada pela expressiva quantidade de droga apreendida - 525 gramas de cocaína e, aproximadamente, 2,5 quilogramas de maconha -, o que justifica seu encarceramento cautelar, 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.***

3. O fato de o recorrente possuir condições pessoais favoráveis, por si só, não impede a decretação de sua prisão preventiva.

4. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do recorrente.

5. Recurso desprovido.

(RHC n. 117.728/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019, grifei)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

1. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada e com base em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema nos termos do art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal.

2. No caso, a manutenção da constrição cautelar está baseada em elementos vinculados à realidade, pois as instâncias ordinárias fazem referências às circunstâncias fáticas justificadoras, destacando, além da **quantidade de drogas encontradas (122 pedras de crack), apreensão de apetrechos para o tráfico de entorpecentes e uma arma de fogo, calibre .38, municiada. Tudo a revelar a periculosidade in concreto dos agentes.**

3. Eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantir a revogação da prisão preventiva.

4. Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC n. 115.452/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019, grifei)

Lado outro, não é possível inferir, nesse momento processual e na estreita via do *habeas corpus*, acerca de eventual capitulação jurídica (tráfico privilegiado) e/ou regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da proporcionalidade). A confirmação (ou não) da tipicidade da conduta do agente e da sua culpabilidade depende de ampla dilação probatória, com observância e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. **O que se apura, nessa impetração, é a presença dos requisitos legais para a manutenção da prisão preventiva e, a priori, estão presentes,** o que não prejudica, entretanto, eventual mudança de posicionamento, no decorrer da instrução criminal. Assim, a mera possibilidade de a paciente, em eventual condenação, ser agraciada com o privilégio previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, com eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não implica desproporcionalidade da prisão preventiva por ser mera possibilidade que somente será confirmada ao final da instrução criminal, com a prolação de sentença.

Ademais, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

Dessa forma, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a tese da prisão domiciliar não foi enfrentada pelo Tribunal estadual e por isso não poderá ser debatida por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Porém, cumpre recordar que os incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal, autorizam o Juiz a substituir a prisão preventiva da mulher gestante ou mãe com filho de até 12 anos de idade pela domiciliar.

Sobre o tema, o Colegiado da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele *writ*, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em data recente, sobreveio a Lei n. 13.769/2018, de 9/12/2018, introduzindo os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal:

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

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

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

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Efetivamente, a novel legislação estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

Todavia, a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei não significa que o magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Desta forma, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

Porém, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova norma que regula o tema – Lei n. 13.769/2018, que inseriu os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.

Assim, a despeito do óbice processual (supressão de instância), a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve ser concedida em menor extensão, para que a situação alegada pela defesa da paciente seja examinada pelo juízo processante.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem** de ofício apenas para que o Juízo de primeiro grau avalie a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar, à luz da nova diretriz estabelecida pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP e da Lei n. 13.769/2018.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0322664-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 542.348 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11992019 15008444620198260603 20190000834527 21946419020198260000

EM MESA

JULGADO: 04/02/2020

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FLAVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA
ADVOGADO : FLÁVIO RODRIGUES DA SILVA BATISTELLA - SP179070
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CAROLINA DE SOUZA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : AMARILDO APARECIDO DA SILVA
CORRÉU : VANESSA NOGUEIRA DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).