



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.552 - SP (2016/0268558-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSE BERALDO
ADVOGADO : JOSÉ BERALDO - SP064060
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIA DE FATIMA CARDOSO DE AGUIAR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROXIMIDADES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO OBJURGADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REDUZIDA QUANTIDADE DE MATERIAL TÓXICO APREENDIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. FILHO COM IDADE INFERIOR A 12 ANOS. ART. 318, V, DO CPP. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STF 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. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da alegação de excesso de prazo na instrução criminal, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que a matéria não foi analisada no aresto combatido.

3. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação.

4. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente se mostre necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

5. O fato de a paciente ter dado à luz um filho em 3-6-2011, e possuir, ainda, outra filha portadora de necessidades especiais, torna-se cabível a substituição do cárcere pela prisão domiciliar, nos termos do Estatuto da Primeira Infância, conjugado com os vetores constitucionais que impõem ao Estado a proteção da família e a colocação de crianças a salvo de toda forma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opressão.

6. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente pela prisão domiciliar, até o exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.552 - SP (2016/0268558-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSE BERALDO
ADVOGADO : JOSÉ BERALDO - SP064060
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIA DE FATIMA CARDOSO DE AGUIAR (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de SILVIA DE FATIMA CARDOSO DE AGUIAR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que conheceu parcialmente e, nessa extensão, denegou a ordem visada no HC nº 2095086-08.2016.8.26.0000, mantendo a segregação cautelar da paciente nos autos da ação penal em que responde pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06.

Sustenta o impetrante, inicialmente, que a paciente se encontra segregada desde 3-2-2016 sem que tenha sido designada audiência de instrução e julgamento até o presente momento, razão pela qual haveria excesso de prazo na formação da culpa.

Defende a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada fundamentação idônea para justificar a ordenação e manutenção da custódia cautelar na espécie, reputando ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Pondera que a paciente é primária, de bons antecedentes, com residência fixa e profissão definida, predados que lhe permitiriam responder ao feito em liberdade, sobretudo em se considerando que possui quatro filhos, sendo um deles portador de necessidades especiais.

Enfatiza que a paciente faz jus a prisão domiciliar nos termos do art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.257/2016, que permite a concessão do aludido benefício às mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Consigna a excepcionalidade da custódia antecipada que somente poderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser decretada quando as medidas cautelares alternativas se mostrarem insuficientes ou inadequadas, o que não seria a hipótese dos autos.

Requeru, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva da paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida, bem como o seu pedido de reconsideração.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas, noticiando o Juízo Singular que os autos se encontravam no aguardo do cumprimento de carta precatória expedida para citação da paciente (e-STJ Fls. 332).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.552 - SP (2016/0268558-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (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 nos 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 a ser adotado pelo 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 esta Corte Superior de Justiça.

Extraí-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante **no dia 5-2-2016**, convertida a prisão em preventiva, e denunciada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, porque guardava, para fornecimento a terceiros, 24 g (vinte e quatro gramas) de maconha, em 46 (quarenta e seis) porções e 6 g (seis gramas) de cocaína, na forma de crack, dividida em 28 (vinte e oito) porções.

Quanto aos fatos, narra a denúncia o seguinte:

Segundo o apurado, a denunciada guardava em sua moradia, situada no lugar dos fatos, 47 (quarenta e sete) invólucros com maconha, 15 (quinze) invólucros de papel alumínio com cocaína em forma de "crack" e mais 13 (treze) invólucros de plástico com cocaína em forma de crack, drogas estas que se destinavam ao fornecimento a terceiros, local este que se situava nas imediações de sede de entidade beneficente e social, no caso a igreja "Capela São Martinho" que distava cerca de 70 metros daquele lugar, bem como de estabelecimentos de ensino, visto que o local dos fatos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distava aproximadamente 340 metros da "Escola Estadual Wanda Trandafilov" e cerca de 740 metros do "Centro de Educação Infantil Mauro Otoni Martins"

É dos autos que, no dia dos fatos, quando a denunciada não se encontrava naquele lugar, policiais militares para lá se dirigiram em razão da notícia de que pessoas ali embalavam drogas.

Chegando ao lugar, os policiais notaram que, em frente ao portão do imóvel, estava a ex-cunhada da denunciada, que informou que ali se encontravam apenas os filhos da denunciada, permitindo que os policiais ali ingressassem.

No referido momento, os policiais entraram na moradia da denunciada e revistaram o local, lá encontrando, embaixo de um colchão, uma saco plástico que acondicionava as porções de maconha e cocaína em forma de crack já referidas, bem como uma touca ninja e uma caderneta com anotações relacionadas ao tráfico de drogas.

Em seguida, os policiais receberam a informação de que a denunciada retornava do trabalho e usava, para tanto, o ônibus da linha "Mogi-Bertioga", motivo pelo qual os policiais diligenciaram e encontraram o reportado coletivo, abordando-o e lá encontrando a denunciada, que confirmou que residia no local dos fatos, não apresentando para os milicianos justificativa aceitável para o encontro das drogas na sua moradia, local em que ela guardava as referidas substâncias para serem fornecidas a terceiros.

Diante do verificado, a denunciada foi levada à presença da DD. Autoridade Policial, tendo sido lavrado o auto de prisão em flagrante delito contra a denunciada e apreendida as drogas e as demais coisas encontradas no lugar dos fatos.

A quantidade das drogas apreendidas, a natureza e diversidade delas e as circunstâncias da apreensão das substâncias revelam que se destinavam ao fornecimento a terceiros.

As substâncias encontradas foram constatadas (laudo de fls. 25/27), apresentando resultado positivo para cocaína e cannabis sativa l." (e-STJ Fls. 375 a 377)

Verifica-se que o Juízo Singular converteu a prisão em flagrante em preventiva porquanto "o *periculum libertatis* (CPP, 312) é revelado pela necessidade da manutenção da ordem pública ante a gravidade em concreto da infração supostamente perpetrada, haja vista a grande quantidade de entorpecente apreendida, o que sugere a periculosidade do suposto agente", ressaltando que "as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP não são suficientes para tutelar o bem jurídico acima exposto" (e-STJ fls. 52).

A denúncia foi recebida, ocasião em que foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva, mencionando-se que "a chamada da condição de mãe com filhos pequenos, com necessidades próprias, ganhou, somente agora, o interesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da denunciada, uma vez que, pelo que consta dos autos do inquérito policial, eram deixados na casa, trancados (fls. 52), fato que, inclusive, poderá ter a atenção do Ministério Público", razão pela qual "não se avista excepcionalidade alguma que justifique o selo da franca impunidade com a concessão de restituição da liberdade, nesta fase" (e-STJ Fls. 287).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal Estadual que conheceu parcialmente e nessa extensão, denegou a ordem, ao argumento de que pelo *"remédio heróico não se analisa matéria de fato, ou de prova - possível ilegalidade em "denúncia anônima" que originou a prisão -, como aduzido pelo Impetrante, pois trata-se de questão de mérito, que será apreciada em momento próprio, no julgamento do mérito da ação penal respondida pela paciente, o que, de fato, está a ocorrer"* (e-STJ Fls. 12).

Considerou, quanto ao pleito de liberdade processual, *"que os fatos apurados são reconhecidamente graves, bastando para essa conclusão uma breve leitura das peças juntadas, que relatam por parte da paciente, conduta típica de quem trafica entorpecentes, quando foi presa em flagrante, repita-se" e que "por óbvio, como já apontado, das cópias das investigações acostadas, depreende-se que se trata de indícios que dependem, ainda, de prova satisfatória, só alcançada com o decorrer do processo e ampla produção probatória"* (e-STJ Fls. 17).

Continuou afirmando, que *"essas circunstâncias, aliadas ao tipo de crime praticado, demonstram que se torna imprescindível a custódia preventiva da paciente, estando presentes, pois, iniludivelmente, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal"* (e-STJ Fls. 17).

Asseverou a Corte de origem que *"não apenas não se pode presumi-la portadora de suficiente confiabilidade para se ver contemplada com cautelares menos gravosas, como passa a ser justo recear pelo próprio efeito da concessão de prisão domiciliar"* (e-STJ Fls. 48).

Continuou afirmando que *"a documentação acostada à impetração é insuficiente para assegurar que o neonato venha a receber, se sua mãe for posta em liberdade, cuidados e retaguarda superiores àqueles que a Administração lhe assegura em ambiente pelo qual o Estado é responsável"* (e-STJ Fls. 49).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ponderou que "as medidas cautelares diversas da prisão se mostram insuficientes e inadequadas para garantir a ordem pública, conveniência da instrução e a aplicação da pena; sua eventual aplicação aqui constituiria em autêntico estímulo à prática de crimes desse jaez" e que *"de acordo com as informações trazidas aos autos, verifica-se que no Juízo a quo, na confirmação do flagrante, o zeloso Magistrado, já em observância à referida legislação, com percuciência decidiu pela conversão do flagrante em prisão preventiva, mediante a devida e correta motivação, contrariamente ao alegado na inicial do writ, s.m.j."* (e-STJ Fls. 17).

Aduziu, também, *"a impossibilidade de prisão domiciliar para a paciente, pois, pelas informações juntadas, no caso concreto, não se observa a comprovação de que a acusada, ora paciente, seja a única responsável pelos cuidados de seus filhos, sejam eles maiores ou menores de doze (12) anos de idade. Pois, como diz a cabeça do artigo 318 do C.P.P., o Juiz poderá substituir a prisão, nesses casos; e tal possibilidade não se mostra presente, como se observa na prisão em flagrante e na denúncia, s.m.j."* (e-STJ Fls. 18).

Por fim, consignou que *"a custódia preventiva é necessária e imprescindível, ainda que a agente acusada de tal prática delituosa seja primária, tenha residência fixa e ocupação lícita, segundo reiterados julgados de nossos tribunais"* (e-STJ Fls. 18).

Delineado o contexto fático, inicialmente, cumpre destacar que não há como se examinar a alegação de excesso de prazo na instrução criminal, já que tal questão não foi objeto de exame pela Corte de origem no acórdão impugnado, o que impede a apreciação da tese diretamente por este Superior Tribunal, dada sua incompetência para tanto e sob pena de indevida supressão de instância, consoante reiterados julgados desse Sodalício.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECORRENTE FORAGIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO RECORRENTE. MODUS OPERANDI. TESES DE NEGATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUTORIA E EXCESSO DE PRAZO PARA O FIM DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO. [...]

III - A tese de negativa de autoria, bem como a tese relativa ao excesso de prazo para a formação da culpa sequer foram examinadas perante o eg. Tribunal de origem, razão pela qual fica impossibilitada esta eg. Corte de proceder a análise de tais temas, sob pena de indevida supressão de instância.

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

(RHC 68.849/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016)

Não desprezando a gravidade da acusação lançada contra a paciente, necessário observar que a prisão cautelar é a última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

E, na espécie, a denunciada foi presa em flagrante delito na posse de reduzida quantidade de materiais tóxicos - 24 g de maconha e 6 g de *crack* -, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, ou seja, a potencialidade lesiva da conduta em si considerada não pode ser tida como das mais elevadas.

Com efeito, a Lei 12.403/11, modificando o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, dispôs que: "*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*".

Assim, por disposição legal, a medida extrema deverá ser decretada somente em último caso, quando realmente mostrar-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais da agente, totalmente favoráveis, já que é primária, com bons antecedentes, emprego e residência fixa.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do CPP:

A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida, em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória.

(Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)

De se destacar que, condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem, como ocorre na espécie.

Quanto à pretendida substituição da medida extrema pela prisão domiciliar, verifica-se o constrangimento ilegal suportado pela paciente, suficiente à justificar a atuação de ofício por este Superior Tribunal.

Com o advento da Lei 13.257/2016, foi incluído o inciso V no art. 318 do Código de Processo Penal, que permitiu ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando a agente for: mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Com efeito, a paciente deu à luz um filho em 3-6-2011, tendo outra filha portadora de necessidades especiais (e-STJ fl. 175 e 179 a 186).

Em observância aos preceitos constitucionais, notadamente o que assegura à família especial proteção do Estado, o qual também deve colocar as crianças a salvo de toda forma de crueldade, conforme arts. 226, caput, e 227, parágrafo único, ambos da Constituição Federal, sendo que não deixa de constituir forma de opressão privar a criança com idade inferior a 12 anos do contato com a mãe, e em atenção às peculiaridades que permeiam o caso concreto, se afigura cabível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar enquanto perdurar o julgamento pelas instâncias ordinárias, a fim de que possa prestar o devido auxílio à filha sem, porém, furtar-se à eventual aplicação da lei penal e à devida instrução do processo a que responde.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *habeas corpus* substitutivo, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente pela constrição domiciliar, até o julgamento exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0268558-4

HC 374.552 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001675620168260616 1675620168260616 20160000466330 20950860820168260000
3092016

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE BERALDO
ADVOGADO : JOSÉ BERALDO - SP064060
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIA DE FATIMA CARDOSO DE AGUIAR (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.