



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.229 - SP (2016/0114881-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALETEIA CRISTINA AMANCIO (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REVISTA ÍNTIMA. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. DEMONSTRAÇÃO. PACIENTE GENITORA DE MENOR DE 12 (DOZE) ANOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de que a revista íntima seria inconstitucional, porquanto violadora de direitos e garantias individuais, não foi examinada pelas instâncias inferiores, não podendo, assim, ser apreciada por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Por evidente que a nova redação do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros.

3. Quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do *carcer ad custodiam* pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.

4. Ordem concedida para substituir a custódia preventiva da paciente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.229 - SP (2016/0114881-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALETEIA CRISTINA AMANCIO (PRESO)

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALETEIA CRISTINA AMANCIO, apontando-se como autoridade coatora o Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n.º 2075861-02.2016.8.26.0000).

Colhe-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante, em 23/1/2016, pelo suposto cometimento do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. A custódia foi convertida em preventiva, nestes termos:

"ALETEIA CRISTINA AMANCIO foi presa em flagrante delito no dia 23 de janeiro de 2016, por estar cometendo, em tese, os crimes previstos nos art. 33 da lei 11.343/2006, consistente em adentrar estabelecimento prisional, na ocasião, na posse do entorpecente.

O flagrante está em ordem e a prisão ocorreu de forma regular, motivo pelo qual não existe razão para o relaxamento da prisão em flagrante.

Diante da gravidade do delito, sendo o tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, inclusive, não se mostram suficientes a aplicação das medidas cautelares trazidas pela Lei no. 12.403/2011.

Some-se a isso, o fato de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável e possui pena máxima em abstrato superior a 04(quatro) anos.

Presentes, pois, os requisitos e fundamentos do artigo 312 do Código Penal, havendo provas da materialidade do crime e indícios suficientes de sua autoria.

Conveniente, portanto, a prisão cautelar da investigada visando garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.

Deste modo, a manutenção da prisão cautelar é a única medida suficiente neste momento.

Acrescente-se que a quantidade de tóxicos apreendidos se mostra, em princípio, incompatível eventual tese desclassificatória e robustece a comprovação do narcotráfico.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, CONVERTO a prisão em flagrante em PREVENTIVA." (fls. 42/43)

A defesa pleiteou a revogação da custódia cautelar, mas o pedido foi indeferido pelo Juízo singular (37/41).

Impetrado prévio *writ* no Tribunal de origem, a liminar foi indeferida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desembargador relator, sob os seguintes fundamentos no que interessa:

"Em resumo, alega a impetrante que a paciente padece de constrangimento ilegal, porque ausentes os requisitos da prisão preventiva, decretada sem fundamentação. Sustenta, ainda, que seria lactante e, quando de sua prisão em flagrante, fora submetida a revista vexatória, prática que violaria o contido na Lei Paulista n. 15.552/2014.

Lembramos de antemão que os critérios propostos na impetração não são absolutos nem no Col. Pretório Excelso, servindo de exemplo pronunciamento do Min. Luiz Fux, em 23.6.2015, no julgamento do RHC 121.075/AL: "(...) há hipóteses excepcionais, nas quais a violência e gravidade dos crimes imputados aos réus geram tamanho clamor popular, que a manutenção dos condenados em liberdade põe em risco a ordem pública e recomendam a prisão, nos termos do artigo 312 do CPP, independentemente de primariedade ou bons antecedentes dos condenados (...)".

Invocado o paradigma, nos é imperioso predicar que, a despeito dos argumentos expendidos na impetração, as circunstâncias de fato e de direito, até aqui evidenciadas com base empírica idônea, cf. jurisprudência do Col. Pretório Excelso (HC 129.472/RJ; RHC 128.070/RJ; RHC 128.241/SC; HC 126.663/MG HC 125296/PR), não autorizam a concessão da liminar, pois não se vislumbram o *fumus boni juris* e o *Periculum in mora* ensejadores da medida.

O juízo cognitivo desta fase possui âmbito restrito, razão pela qual a concessão da liminar deve motivar-se na flagrante ilegalidade do ato ou no abuso de poder da Autoridade, justificando, assim, a suspensão imediata de seus efeitos. E não se verifica, no caso em análise, os requisitos necessários, devendo-se aguardar o julgamento do *writ* pela E. Turma julgadora.

A prisão preventiva é um instrumento processual que pode ser utilizado pelo juiz durante um inquérito policial ou já na ação penal, devendo, em ambos os casos, estarem preenchidos os requisitos legais para sua decretação. O artigo 312 do Código de Processo Penal aponta os requisitos que podem fundamentar a prisão preventiva, sendo eles: a) garantia da ordem pública e da ordem econômica (impedir que o réu continue praticando crimes); b) conveniência da instrução criminal (evitar que o réu atrapalhe o andamento do processo, ameaçando testemunhas ou destruindo provas); c) assegurar a aplicação da lei penal (impossibilitar a fuga do réu, garantindo que a pena imposta pela sentença seja cumprida).

Sobre o assunto, sempre adequado recordar, que a privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade, sem que no caso concreto esse axioma seja lido extremadamente, de sorte a concitar para a impunidade ou deixando vítimas e sociedade à disposição dos infratores.

Não se olvide também existirem julgados no sentido de que "o exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele." (AI nº 92.010-5/2 Rel. Des. Vallim Bellocchi, J. de 11.11.98 e AI nº 315.636-5/2 Rel. Des. Coimbra Schmidt, J. de 10.03.03, dentre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inúmeros outros no mesmo sentido).

Feitas estas observações é de se levar em conta que o édito em questão nem exige fundamentação exaustiva, suficiente a presença de indicadores concretos baseados na real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rei. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Dje 10.8.2015), lição que cabe nos presentes autos. Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica", explica Paolo Tonini, professor de Florença, como deve ser entendida a exigência da motivação: "Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão" ("La prova penale", tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, Iª ed., RT, 2002, pág. 104).

Repito, não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandescentes evidências, em acordo com lição de Basileu Garcia (*in* 'Comentários ao Código de Processo Penal', 1ª ed., Forense, 1945, vol. III, nº 435, pág. 476, grifei; RJTACrim, 42/254).

Daí porque imprescindível a verificação concreta, em cada caso, da necessidade da adoção dessa medida extraordinária, o que ficou evidente no caso em tela.

Está prova da a materialidade e há suficientes indícios de envolvimento do(s) paciente(s), elementos que dão ensejo ao que a doutrina designa de *fumus commissi delicti*.

Os docs. juntados demonstram, em princípio, que a paciente teria tentado ingressar em estabelecimento prisional com substâncias entorpecentes, a fim de entrega-las ao seu amásio. Não receberia pela entrega qualquer contraprestação em dinheiro (fl. 41).

Isso quer dizer que nem de longe a d. Autoridade Judiciária deixou de explicar as razões do caso concreto, remetendo, ainda que sucintamente - pena de pré-julgamento - a peculiaridades do fato, que, em regra, deixam perplexa a sociedade pacífica e ordeira, de sorte a justificar a medida mais gravosa.

A proteção da ordem pública não é requisito em aberto, pois quem se dá - ao menos em tese - ao direito de realizar o que se descreveu nas cópias trazidas à colação, não tem o direito de expor toda a coletividade ao perigo até o trânsito em julgado. Ordem pública é expressão de tranqüilidade e paz no seio social e havendo risco demonstrado de que o(s) paciente(s) irá(ão) continuar no mesmo caminho, devem ser imediatamente recolhidos sob a guarda do Estado.

Igualmente se presta a garantir tranqüilidade na condução do processo, na oitiva das vítimas e testemunhas, na preservação do acervo probatório, que, mais do que uma atividade do Estado-juiz, é seu dever.

Nem se olvide que as penas previstas em tese são de elevado teor e não é preciso muito conhecimento da realidade forense para saber que alguém, nestas condições, não haverá de esperar pela presença da Polícia na porta de sua casa para entregar-se pacificamente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As medidas cautelares, nestes termos, são evidentemente insuficientes como alternativas à prisão preventiva, pois o Estado-administração não tem demonstrado existirem programas de fiscalização que sirvam como nova possibilidade de controle eficaz de quem se acha sob persecução penal.

Aqui não se há falar em Estado policial, revanchismo, vingança etc. O que há é controle constitucional e legal sobre o exercício abusivo da cidadania.

Revelou-se, então, na presente hipótese, legítima a prisão cautelar ora combatida pelo *writ*, porque a decisão que a decretou encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que - além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal - demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal.

Ademais, se cogitável a reiteração, se em risco a ordem pública - direito fundamental de todos os cidadãos (STF, HC 104.877/RJ, rel. Min. Ayres Britto), *prima facie* se revela justificado obstar-se qualquer cautelar alternativa, insuficientes as só condições pessoais favoráveis, quando é recomendável a prisão por outros elementos (STF, HC 124.994 e AgRg no HC 115.318; STJ, RHC 52.577/MG, RHC 54.734/MG, RHC 56.438/RS e RHC 58.545/MG).

Prematura qualquer discussão sobre a tipicidade, ainda não destacados a contento o passado social do paciente.

(...)

Em suma, insatisfeitas as condições para liberdade provisória.

Ante tais circunstâncias e aquilo que é tratado nestes autos, ao menos para esta fase, INDEFIRO a medida liminar postulada.

Requisitem-se as informações, nos termos do art. 662 do Cód. de Processo Penal, junto à Autoridade ora apontada como coatora, no prazo de 48 horas, acompanhadas das peças do processo de interesse no julgamento." (fls. 29/32)

No presente *mandamus*, a impetrante defende o cabimento do *habeas corpus*, bem como o afastamento da Súmula n.º 691 do Pretório Excelso, em virtude da flagrante ilegalidade da decisão indeferitória do pedido de liminar no prévio *writ*.

Alega que "a revista íntima realizada na paciente, também conhecida como revista vexatória, viola frontalmente direitos constitucionalmente garantidos, tendo a sua prática sido declarada proibida no Estado de São Paulo pela Lei Estadual 15.552/14, bem como havendo decisões da Comissão e da Corte Interamericana que condenam incisivamente a prática".

Sustenta a ausência dos fundamentos e requisitos que possam justificar a custódia cautelar da paciente.

Destaca que a paciente deu à luz na unidade prisional e a criança conta com apenas 2 meses de idade.

Afirma que a paciente é primária e não possui antecedentes criminais.

Aduz a necessidade de soltura ou colocação em prisão domiciliar para amamentação e cuidados com o filho da paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente e no mérito, o relaxamento da custódia cautelar. Subsidiariamente, a revogação da prisão preventiva ou a concessão de prisão domiciliar para a paciente.

Por decisão datada de 20.04.2016, concedi o pedido de liminar, substituindo até o julgamento deste *writ* a custódia preventiva da paciente por prisão domiciliar (fls. 63/72).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-geral da República Franklin Rodrigues da Costa, manifesta-se pela concessão de ofício da ordem "para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar" (fls. 77/81).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.229 - SP (2016/0114881-2)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REVISTA ÍNTIMA. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. DEMONSTRAÇÃO. PACIENTE GENITORA DE MENOR DE 12 (DOZE) ANOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação de que a revista íntima seria inconstitucional, porquanto violadora de direitos e garantias individuais, não foi examinada pelas instâncias inferiores, não podendo, assim, ser apreciada por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.
2. Por evidente que a nova redação do artigo 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros.
3. Quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do *carcer ad custodiam* pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.
4. Ordem concedida para substituir a custódia preventiva da paciente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

As questões trazidas a deslinde abarcam a alegação de inconstitucionalidade da chamada revista íntima e a ausência de fundamentos concretos a embasar o decreto constritivo. Subsidiariamente, postula-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

De início, ressalto que a apreciação do fundamento atinente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade da revista íntima, por violação de direitos e garantias individuais, encontra óbice evidente. Com efeito, da análise do ato apontado como coator (fls. 29/32) e das decisões de primeiro grau (fls. 37/41 e 42/43), extrai-se que a questão ainda não foi aquilatada pelas instâncias inferiores.

Destarte, não havendo prévio debate quanto à alegação em voga, sua deliberação por este Superior Tribunal de Justiça poderá ensejar indevida supressão de instância.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, v. g.:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ILEGALIDADE NA OBTENÇÃO DAS PROVAS. REVISTA ÍNTIMA. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA. TEMA NÃO ABORDADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE AUTORIZAM REGIME MAIS GRAVOSO: QUANTIDADE DE DROGAS, NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE E PACIENTE QUE INGRESSOU COM DROGA NO PRESÍDIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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 o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O tema referente à alegação de ilicitude da prova obtida em revista íntima não foi enfrentado pelo Corte de origem, de forma que sua análise por este Tribunal Superior significaria supressão de instância.

(...)

- Habeas corpus não conhecido."

(HC 332.330/RS, QUINTA TURMA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DIVERSIDADE E EXPRESSIVA QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. RISCO DE CONTINUIDADE NA NARCOTRAFICÂNCIA. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E NESSE PONTO IMPROVIDO. 1. *Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça do aventado excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista que tal questão não foi analisada no aresto combatido. Omissis.* 5. Recurso em parte conhecido e, nessa extensão, improvido." (RHC 60173/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO - Desembargador Convocado do TJ/PE, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015)

Passo, pois, à perquirição dos fundamentos utilizados para a decretação da custódia cautelar.

Conforme relatado, a presente impetração se insurge contra decisão que indeferiu a liminar formulada em prévio *mandamus*.

A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de pedido liminar em outro *writ*, salvo no caso de flagrante ilegalidade.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- Nos termos expostos na decisão agravada, não se constata nos autos constrangimento ilegal patente, apto a justificar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do STF.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 307.392/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 17/12/2014)

No mesmo sentido, o enunciado sumular nº 691 do Supremo Tribunal Federal, *litteris*:

"Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar."

Entretanto, a aplicação do referido verbete sumular pode ser excepcionada quando restar caracterizado o manifesto constrangimento ilegal, o que se verifica no caso em apreço.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrática, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na Lei nº 12.403/2011, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (NR)

In casu, a prisão preventiva foi decretada consoante a seguinte fundamentação:

"ALETEIA CRISTINA AMANCIO foi presa em flagrante delito no dia 23 de janeiro de 2016, por estar cometendo, em tese, os crimes previstos nos art. 33 da lei 11.343/2006, consistente em adentrar estabelecimento prisional, na ocasião, na posse do entorpecente.

O flagrante está em ordem e a prisão ocorreu de forma regular, motivo pelo qual não existe razão para o relaxamento da prisão em flagrante.

Diante da gravidade do delito, sendo o tráfico de entorpecentes equiparado a hediondo, inclusive, não se mostram suficientes a aplicação das medidas cautelares trazidas pela Lei no. 12.403/2011.

Some-se a isso, o fato de que o crime de tráfico de entorpecentes é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inafiançável e possui pena máxima em abstrato superior a 04(quatro) anos.

Presentes, pois, os requisitos e fundamentos do artigo 312 do Código Penal, havendo provas da materialidade do crime e indícios suficientes de sua autoria.

Conveniente, portanto, a prisão cautelar da investigada visando garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.

Deste modo, a manutenção da prisão cautelar é a única medida suficiente neste momento.

Acrescente-se que a quantidade de tóxicos apreendidos se mostra, em princípio, incompatível eventual tese desclassificatória e robustece a comprovação do narcotráfico.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, CONVERTO a prisão em flagrante em PREVENTIVA." (fls. 42/43)

Nota-se que foi apresentada motivação concreta, apta a justificar, em princípio, a custódia cautelar da paciente, em especial diante da quantidade de droga apreendida, cerca de 100 (cem) gramas de maconha (fls. 49).

Entretanto, verifico que a hipótese é peculiar e evidencia manifesto constrangimento ilegal porque, conforme consta dos autos, a paciente estava grávida, em estágio avançado de gestação, quando da prisão em flagrante, e veio dar à luz a seu filho em 5/2/2016 (fl. 54). Portanto, torna-se imprescindível aos cuidados físicos e psicológicos do infante a presença materna, máxime quando o pai da criança, Renan Marcel Davila Iamamura, também encontra-se encarcerado.

Estatui o artigo 318 do Código de Processo Penal, com redação dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 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;"**

Por evidente que a novel Lei veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como pelo feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros.

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas, em sua 65ª Assembléia Geral, realizada em dezembro de 2010, aprovou as Regras das Nações Unidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras - Regras de Bangkok.

No documento em questão restou expressamente assentada necessidade de se implementar no países membros "... *alternativas ao encarceramento previstas nas Regras de Tóquio e levando em consideração as especificidades de gênero das mulheres e a consequente necessidade de priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade àquelas que entraram em contato com o sistema de justiça criminal*".

Como premissas norteadoras de políticas públicas e de interposição legislativa nos ordenamentos jurídicos do aludidos países, calha a transcrição da Regras 57 e 58, *verbis*:

"As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, ***dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar***, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. ***Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.***"

É nesse novo horizonte que se apresentam as inovações legislativas estatuídas pela referida Lei 13.257/2016.

Com atinência à aplicabilidade da prisão domiciliar de natureza cautelar, é de se considerar que os mesmos fundamentos que ensejam a substituição da prisão preventiva por domiciliar em favor de agente *imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência* (art. 318, III, do CPP) são aplicáveis à *mulher com filho de idade até 12 anos* (art. 318, V, do CPP).

Mutatis mutandis, é de se invocar a iterativa orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, v. g.:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (10,97 GRAMAS DE MACONHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES IMPOSTAS. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL E IMPRESCINDIBILIDADE DA PACIENTE PARA CUIDADOS DE PESSOA MENOR DE 06 ANOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

III - No caso dos autos, a custódia cautelar encontra justificativa válida, pois, à paciente, 'foi concedida liberdade provisória, mediante o cumprimento das medidas cautelares alternativas, como comparecimento periódico em juízo, para informação das atividades, e a todos os atos processuais, bem como recolhimento domiciliar após o término de horário laboral'. No entanto, "houve descumprimento das medidas [...] porquanto várias tentativas de notificação da paciente não surtiram efeito [...] sendo pedido pelo Parquet a realização de citação por edital [...] Diante do silêncio da acusada após a citação por edital, o Ministério Público Estadual pleiteou a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, bem como a decretação da preventiva [...]", que foi deferida (fl. 68, e-STJ).

IV - Quanto à alegação de nulidade da intimação por edital, ao argumento de que "as vias para a notificação pessoal da paciente não foram esgotadas" (fl. 2, e-STJ), e de que "caso permaneça reclusa, seu filho de apenas 05 (cinco) anos de idade sofrerá graves consequências, pois ficará longe dos cuidados de sua genitora [...]" (fl. 8), nos termos do art. 318, inciso III, do Código de Processo Penal, verifico que os temas não foram apreciados pela eg. Corte de origem, o que inviabiliza a análise por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

V - Não obstante, revela-se viável a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, para substituir a custódia preventiva da paciente pela domiciliar, pois suas condições pessoais (primariedade, ausência de registros de outros delitos, a anterior concessão da liberdade no mesmo processo), aliadas ao fato de ser pessoa indispensável aos cuidados de filho menor de 6 (seis) anos de idade (CPP, art. 318, III), indicam a suficiência da medida. Precedente: RHC n. 49.537/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 23/10/2014.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III, do CPP.

No caso, deve o ilustre magistrado singular ficar responsável pela fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que o descumprimento das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição preventiva."

(HC 305.747/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 15/12/2014)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. RECORRENTE GRÁVIDA E COM DOIS FILHOS MENORES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO DA AGENTE EM PRISÃO DOMICILIAR. EXEGESE DO ART. 318, III, DA LEI 12.403/2011. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 12.403/2011, permitiu-se ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deficiência e a providência revelar-se suficiente como alternativa à constrição provisória.

2. Não obstante a gravidade da imputação, a excepcionalidade da situação em que se encontra a recorrente, que está grávida e possui dois filhos menores, um deles com apenas 3 (três) anos de idade, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem das crianças que merecem os cuidados da mãe, se permita que aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o Juízo singular.

3. Os predicados pessoais favoráveis da agente - primária, sem registro de outros envolvimento criminais, com residência fixa e profissão definida -, reforçam a conclusão pela suficiência e adequação do benefício.

4. Eventual descumprimento das condições da prisão domiciliar implicará no imediato restabelecimento da constrição preventiva.

5. Recurso ordinário não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de *habeas corpus* de ofício, para substituir a prisão preventiva da recorrente por domiciliar, nos termos do art. 318, III, do CPP, devendo o Juízo singular ficar responsável pela fiscalização do cumprimento do benefício."

(RHC 49.537/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014)

"HABEAS CORPUS. DECISÃO DE DESEMBARGADOR RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. ARTIGOS 33, CAPUT E 35, CAPUT, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR DE 6 ANOS. PECULIARIDADES CONCRETAS. MEDIDA SUFICIENTE PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar".

2. Tal impeditivo é ultrapassado somente em casos excepcionais, nos quais a ilegalidade é tão flagrante de modo a não escapar à pronta percepção do julgador, como na hipótese dos autos.

3. O juiz deverá substituir a prisão preventiva do acusado pela prisão domiciliar, quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade e tal medida revelar-se útil e suficiente como alternativa à prisão ad custodiam.

4. No caso dos autos, a paciente não ostenta registros criminais, os contornos da sua participação delitiva não estão muito bem delineados e ela comprovou ser genitora de duas crianças, uma delas de um ano.

5. Assim, a prisão domiciliar deve ser deferida, por razões humanitárias, em decorrência da doutrina da proteção integral à criança e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90, mesmo porque a medida cautelar revela-se adequada para a salvaguarda da ordem pública, diante das condições favoráveis que a paciente ostenta (primariedade e residência fixa) e das peculiaridades do caso, em que o juiz de primeiro grau não demonstrou ser a cautela extrema a única idônea a tutelar a ordem pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A violação da prisão domiciliar enseja o restabelecimento da prisão preventiva, que também pode ser novamente aplicada pelo julgador, se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar."

(HC 291.439/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 11/06/2014)

Por fim, embora não se desconheça opiniões doutrinárias em sentido contrário, tenho que a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao magistrado, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida.

Discorrendo sobre as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, lecionam Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

"Essas situações denotam um caráter humanitário de incidência da prisão domiciliar e exigem prova idônea. Contudo, a prisão domiciliar não pode ser erigida a um direito subjetivo do investigado ou acusado, bastando a evidência de suas circunstâncias fáticas para ser aplicada. A medida deve observar as regras de adequação e necessidade previstas nos incisos I e II do art. 282 do CPP. Em outras palavras, se a prisão domiciliar for insuficiente para evitar, por exemplo, a prática de outras infrações penais ou prevenir eventual fuga da pessoa, não pode ser decretada pelo juiz, que deverá determinar o recolhimento do agente em um estabelecimento penal próprio. (...). Dependendo da gravidade do crime praticado e de suas circunstâncias ou mesmo da periculosidade do agente, que pode ser integrante de uma organização criminosa, é descabida a incidência da prisão domiciliar." (*in* Curso de Processo Penal, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207)

Destarte, quando a presença de mulher for imprescindível a fim de prover os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, o princípio da proteção integral impõe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do *carcer ad custodiam* pela prisão domiciliar, *ex vi* do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.

Assim, considerando tais peculiaridades, razoável se afigura permitir que a paciente permaneça em prisão domiciliar, a fim de garantir os cuidados a seu filho menor.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, confirmando a liminar anteriormente deferida, para substituir a custódia preventiva da paciente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do Magistrado singular a fiscalização do cumprimento do benefício, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0114881-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 355.229 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000795620168260571 20758610220168260000 795620168260571

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PATRICK LEMOS CACICEDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALETEIA CRISTINA AMANCIO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.