



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.546 - TO (2016/0217089-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : NASCITURO
PACIENTE : CRISTINA VIEIRA SALES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GESTANTE, PRIMÁRIA, COM BONS ANTECEDENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DA GESTANTE E DO FILHO RECÉM-NASCIDO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. 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. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*

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

4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bangkok. *"Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar"* (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

5. Caso em que a paciente é primária, portadora de bons antecedentes, estava gestante (7 meses) e agora possui filho recém-nascido, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

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 Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.546 - TO (2016/0217089-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : NASCITURO
PACIENTE : CRISTINA VIEIRA SALES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CRISTINA VIEIRA SALES contra decisão proferida por Desembargador Relator, que indeferiu liminarmente o *writ* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (HC n. 0012959-20.2016.8.27.0000).

A impetrante narra, em sua inicial, que a paciente foi presa preventivamente no dia 18/6/2016 e adentrou no sétimo mês de gravidez. Assim, requereu a revogação da prisão preventiva, cujo pleito foi indeferido pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 22/23).

Afirma que o Juízo responsável pela unidade prisional oficiou o Magistrado do processamento criminal informando o risco de manter a paciente segregada naquela unidade, em virtude da falta de condições estruturais no local, ausência de pessoal técnico em número suficiente, de maternidade no Município e a **distância de aproximadamente 66km até a cidade mais próxima com recursos médicos**. Em consequência, a defesa formulou novo pedido de revogação da prisão preventiva perante o Juízo processante, o qual foi novamente indeferido, com informação sobre a diligência tomada no sentido de transferir a paciente para estabelecimento adequado (e-STJ fl. 24).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal *a quo*, pretendendo a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Entretanto, o Desembargador Relator indeferiu liminarmente o *writ* sob a premissa de não ser tal remédio constitucional cabível, na medida em que as circunstâncias delineadas pela impetrante não ficaram evidenciadas de plano, além de que a autoridade impetrada estava tomando todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

medidas necessárias, com a máxima urgência, para garantir a transferência da paciente para a Cadeia Feminina de Palmas/TO (e-STJ fls. 10/12).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 2/9), a impetrante sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal, pois trata-se de **mulher grávida, no sétimo mês de gestação, com risco de vida para ela e o nascituro, pois a unidade prisional não possui condições mínimas de ampará-los por oportunidade do parto**. Afirma que a inércia judicial está a violar tratados de direitos humanos e que é possível conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, IV, do CPP.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a prisão preventiva seja convertida em prisão domiciliar, expedindo-se alvará de soltura em favor da paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ fls. 34/38), foram prestadas as informações (e-STJ fls. 48/69 e 81/90), das quais inferiu-se a inexistência de condições de atendimento médico/hospital à paciente no interior da unidade prisional.

Vieram aos autos, em seguida, decisão da primeira instância noticiando o **deferimento da prisão domiciliar, somente após o parto e até seis meses de vida do infante** (e-STJ fls. 72/77).

Nesse contexto, por se tratar de paciente gestante e diante da inexistência de condições de atendimento médico/hospital na unidade prisional, o pedido liminar foi deferido para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar (e-STJ fls. 92/95).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela prejudicialidade da ordem, tendo em vista a perda superveniente do objeto, cujo parecer foi assim ementado (e-STJ fls. 153/156):

HABEAS CORPUS. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO QUE CONCEDEU A PRISÃO DOMICILIAR APÓS O PARTO. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO SUPERIOR AO PERÍODO DA GESTAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. PELA PREJUDICIALIDADE DO HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.546 - TO (2016/0217089-9)

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, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, no presente *writ*, a substituição da segregação preventiva pela prisão domiciliar.

O Ministério Público Federal defende a prejudicialidade da ordem, tendo em vista o deferimento da prisão domiciliar pela primeira instância, somente após o parto e até 6 meses depois do nascimento da criança.

Embora o Juízo de primeiro grau tenha deferido o pedido de prisão domiciliar, há limitações objetivas que merecem ser enfrentadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A primeira reside no fato de que, nos termos do que foi decidido pelo Juízo *a quo*, a prisão domiciliar somente se implementaria após o parto e foi por força da medida liminar deferida por esta Relatoria que o referido benefício foi estabelecido antes do nascimento da criança.

Segundo em virtude da limitação objetiva temporal imposta pela primeira instância: a prisão domiciliar deveria perdurar apenas até o sexto mês após o parto (e-STJ fl. 77), *in verbis*:

*CONVERTO a prisão preventiva da ré CRISTINA VIEIRA SALES, qualificada nos autos, em PRISÃO DOMICILIAR, A QUAL DEVERÁ OCORRER **SOMENTE APÓS O PARTO**, MEDIANTE COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO NOS AUTOS, DEVENDO, NESTE CASO, PERDURAR ATÉ O SEXTO MÊS APÓS O PARTO (NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO).*

Nesse contexto, não é o caso de considerar prejudicada a análise, de ofício, das insurgências da defesa.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de prejudicialidade suscitada pelo *Parquet*.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, 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.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

A prisão domiciliar, por sua vez, *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial* (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

317 do Código de Processo Penal).

Dispõe o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016):

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante;

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

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

Na espécie, o Juiz singular decretou a prisão preventiva da paciente com espeque na garantia da ordem pública, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas em seu poder (cerca de 15kg de maconha) (e-STJ fls. 51/53).

O Tribunal de origem, em seguida, indeferiu, monocraticamente, o pedido de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, por considerar a ausência de desídia do Poder Judiciário nos cuidados necessários para com a paciente. Confira-se, por oportuno, os termos da referida decisão (e-STJ fls. 10/12):

Trata-se de HABEAS CORPUS com pedido de liminar, impetrado por HERO FLORES DOS SANTOS, DEFENSOR PÚBLICO, em favor de CRISTINA VIEIRA SALES, processada pela suposta prática dos crimes artigo 33 da lei nº 11.343\06, apontando como autoridade indigitada coatora o MM. Juiz da 1ª VARA CRIMINAL PARAÍSO DO TOCANTINS - ESTADO DO TOCANTINS.

Consta na DECISÃO PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA que a paciente Cristina Vieira Sales foi presa em flagrante delito e apresentada à autoridade policial em 16 de junho de 2016, sob a tipificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, presa com expressiva quantidade de maconha (cerca de 15kg).

Sustenta a paciente estar sofrendo constrangimento ilegal, pois a prisão cautelar não merece ser mantida por se encontrar grávida próxima do parto (sete meses).

Assevera que na comarca que se encontra não tem maternidade no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Município, que a cidade mais próxima e cerca de 66 km.

Subsidiariamente, sustente que como até o presente momento não ocorreu sua transferência para uma Comarca que tenha maternidade, caso não seja deferido à soltura, requer sua imediata aplicação da prisão domiciliar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Distribuídos os autos, vieram-me ao relato por sorteio.

É o relatório.

Analizando os autos originários (inquérito policial nº 0003546-35.2016.827.2731), tais circunstâncias não restaram evidenciadas de plano, pois consta nos autos originários que evento 43, o Ministério Público manifestou favorável para que seja oficiando a Cadeia Feminina de Palmas/TO, sobre a existência de vaga para a mesma, sendo deferido o pedido para autoridade coatora evento 44, ao mesmo passo oficializado no evento 45 em 01/08/2016.

Desta feita, o Juiz e o Ministério Público, vêm atuando com máxima urgência que o caso requer. Não foi demonstrado em qualquer momento morosidade ou inércia do judiciário.

Vale ressaltar, que é impossível decidir a cerca da matéria lançada no presente Habeas Corpus, pois até o presente momento, foi expedido ofício para a Cadeia Feminina de Palmas/TO, para saber se há vaga para a paciente, ainda sem resposta.

Portanto, o Poder Judiciário vem tomando todas as providencia cabíveis com sua máxima urgência que o caso requer.

Com efeito, a impetração ressente-se de maiores esclarecimentos quanto ao constrangimento que se alega. O juiz por sua vez, não tem como decidir a questão da matéria do presente Habeas Corpus, já que não tem resposta do ofício expedido para a Cadeia Pública de Palmas/TO, sendo demonstrado nos autos originários do Poder Judiciários vem tomando todas as providencias cabíveis para o caso, com sua máxima urgência.

Sobre o tema, a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover nos ensina:

“De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova”.

Diante do exposto, com fulcro nas disposições dos artigos 663 do CPP, c/c 157, do Regimento Interno desta Corte, INDEFIRO A INICIAL.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os presentes autos.

Interposto o presente *habeas corpus*, o pedido liminar foi deferido por esta Relatoria, nos seguintes termos (e-STJ fls. 92/95):

Pois bem. A liminar em recurso ordinário em habeas corpus, bem como em habeas corpus, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após a juntada das informações, especialmente da decisão de primeiro grau de e-STJ fls. 75/77, visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

Explico.

O Juízo de primeiro grau confirmou a informação da defesa, no sentido de que a unidade prisional em que se encontra a paciente **não dispõe de condições para assistência médica-hospital para o parto** e que o hospital mais próximo está há 60 (sessenta) quilômetros de distância, in verbis (e-STJ fl. 75):

A preocupação da direção da unidade prisional de Babaçulândia/TO reside, ao que parece, única e tão somente na assistência médica a ser dispensada à presa durante o trabalho de parto, pois, conforme se extrai do expediente lançado no evento 41 dos autos de inquérito policial relacionado, o hospital mais próximo fica na cidade de Araguaína/TO, frise-se, 60Km (sessenta quilômetros) de distância.

Não se ignora que o bem maior é a vida e que o feto não pode ser penalizado pela conduta criminosa supostamente praticada por sua genitora. Todavia, **não é o caso, pelo menos por ora, de acolher-se o pleito do Ministério Público.**

O parecer do Ministério Público Estadual, ao que tudo indica, foi favorável à concessão da prisão domiciliar.

Ademais, dispõe o art. 318, IV do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016):

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

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

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

A fim de proteger e resguardar a integridade física da **paciente-gestante** e do nascituro, diante da impossibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pronta assistência médica-hospitalar no momento do parto e da urgência que a medida requer, mister substituir, desde já, a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, com espeque no art. 318, IV, do Código de Processo Penal.

*Ante o exposto, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 34/38 e **defiro** o pedido liminar para substituir a prisão preventiva de CRISTINA VIEIRA SALES pela prisão domiciliar.*

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

Cumprе destacar que o tema foi analisado com acuidade pelo Eminentе Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em 4/4/2016, ao decidir o HC n. 134.734/SP.

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

Porém, para o Ministro, o fato de ser mãe, por si só, não basta para a conversão da prisão preventiva em domiciliar. Em seu voto, Celso de Mello advertiu que é preciso analisar também a conduta e a personalidade da presa e, sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor. "*Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar*", explicou o ministro.

Essa necessária avaliação de interesses pelo Magistrado, ao examinar o caso concreto, converge para o que proclama a nossa Constituição Federal de que todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). Nesse sentido:

(...) A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. (...)" (HC n. 80.892, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 16/10/2001, Segunda Turma, DJ de 23-11-2007)

(...) A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-Juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. (...). O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (RE n. 435.256, Relator Min. Marco Aurélio, julgamento em 26/5/2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.)

(...) A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. (...)" (RE n. 540.995, Relator Min. Menezes Direito, julgamento em 19/2/2008, Primeira Turma, DJE de 2/5/2008.)

(...) E inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torna-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais. (HC n. 68.202, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 6/11/1990, Primeira Turma, DJ de 15/3/1991)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Efetivamente, a disposição legislativa insculpida no art. 318, V, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, não condiciona a prisão domiciliar da mãe com filho menor de 12 anos à comprovação de outros requisitos, como quis o legislador no caso do pai (inciso VI do art. 319 do CPP).

A teleologia da inovação legislativa consiste em atender ao melhor **interesse do menor**. Assim, se o magistrado deixar de fazer a **adequada e necessária** ponderação com o risco decorrente da conduta e da personalidade da presa, como adverte o Ministro Celso de Mello e tal como determina a Constituição (art. 93, IX, da CF), prevalecerá o benefício objetivamente previsto na norma, sobretudo em sede de *habeas corpus*, ação constitucional para proteção do direito de liberdade e de uso exclusivo da defesa.

Não é demais lembrar que no nosso ordenamento jurídico "A prisão provisória é exceção, a regra é a liberdade" (RHC n. 17.105/SP, Relator Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 13/02/2006). É por isso que caracteriza constrangimento ilegal e enseja a imediata libertação do acusado a prisão decretada sem fundamentação concreta, sem a demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, com base nas hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP.

A propósito:

(...) Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (...) (HC n 89.645, Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11/9/2007, Segunda Turma, DJ de 28/9/2007)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, assim como se concede a liberdade quando não fundamentada a prisão provisória, predomina o direito à prisão domiciliar, quando comprovado atendimento do disposto no inciso V do art. 318 do CPP e não justificado o indeferimento. Em outras palavras, se a ausência de motivação da prisão preventiva, situação carcerária mais rigorosa, leva obrigatoriamente ao seu relaxamento, na hipótese de prisão domiciliar (inciso V do art. 318 do CPP) pela mesma razão, prevalece o interesse da norma, a proteção do interesse do menor, com o deferimento do benefício.

Reitere-se: se é dever do Magistrado declinar os motivos, seja para conceder seja para denegar, e não o faz, a decisão é passível de anulação, por meio da via processual própria e no momento adequado. Porém, não havendo a indispensável fundamentação da decisão, como determina a Constituição, e à míngua de recurso, prevalecerá, em sede de *habeas corpus*, a interpretação favorável ao réu.

Nesse sentido, destaco notícia acerca de um processo julgado em 6/4/2017 pela Sexta Turma, examinando um caso de pedido de prisão domiciliar, no qual o relator do processo, o Ministro Nefi Cordeiro, reafirmou que *"na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição". Caso o magistrado decida negar o benefício, deverá justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar, (...)*" (Notícia publicada no dia 7/4/2017 no site do Superior Tribunal de Justiça).

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

No particular, a paciente estava gestante e agora possui um filho menor, então, de 12 (doze) anos.

Afere-se que a decisão do Tribunal de origem deixou de realizar o **necessário e indispensável** exame acerca da conduta e da personalidade da paciente e, sobretudo, a conveniência de atendimento ao superior interesse da gestante, seguido pelo interesse do filho recém-nascido

Ressalte-se que a necessidade dos cuidados maternos em relação à criança recém-nascida é indiscutível. Ademais, embora a quantidade de entorpecentes apreendida em seu poder não possa ser considerada inexpressiva, a paciente é primária (e-STJ fls. 123), portadora de bons antecedentes, o crime imputado não envolveu violência ou grave ameaça, sendo, portanto, possível e adequado, ao menos por ora, substituir a prisão preventiva da paciente pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal, com o fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho da paciente.

Demonstrado, portanto, o pressuposto autorizador da prisão domiciliar, elencado no art. 318, V, do Código de Processo Penal, vislumbra-se a possibilidade de atuação de ofício deste Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, por fim, que o descumprimento dos termos da prisão domiciliar implicará na revogação do benefício e no restabelecimento da prisão preventiva.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva de CRISTINA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VIEIRA SALES pela prisão domiciliar.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0217089-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 367.546 / TO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042487820168272731 00129592020168270000 129592020168270000
35463520168272731 42487820168272731

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
PACIENTE : NASCITURO
PACIENTE : CRISTINA VIEIRA SALES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

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 Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.