



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.348 - SP (2017/0038137-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SANCHEZ ITA FERREIRA - SP314483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CAROLINA RIBEIRO PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DAS CRIANÇAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, TRABALHO E RESIDÊNCIA FIXOS. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância, *ressalvada situação de flagrante ilegalidade*. Súmula 691/STF.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida 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, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. 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".

4. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraterno prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio 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 nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. A prova documental juntada aos autos atesta que a paciente possui um filho de 8 anos de idade e não foram apresentadas justificativas idôneas para o indeferimento de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

6. Embora sejam graves as circunstâncias do delito, com apreensão de significativa quantidade de drogas (200g de maconha e 28,3g de cocaína), o que justifica, em princípio, a custódia cautelar, entendendo que, no contexto, deve prevalecer a situação de *primariedade da paciente*, sendo suficiente, por ora, a substituição da prisão preventiva 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 de seu filho menor, que poderá desfrutar do convívio com a mãe.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para permitir a substituição da custódia 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 parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.348 - SP (2017/0038137-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SANCHEZ ITA FERREIRA - SP314483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CAROLINA RIBEIRO PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANA CAROLINA RIBEIRO PEREIRA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pedido de liminar no HC n. 2019845-91.2017.8.26.0000.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante no dia 3/2/2017, com 200g de maconha e 23,4g de cocaína, e indiciada pela suposta prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas. A custódia foi convertida em preventiva para garantia da ordem pública (e-STJ fls. 19/21).

Na presente oportunidade, a defesa reitera os argumentos do *mandamus* originário, frisando a ausência dos requisitos da custódia cautelar.

Afirma que a paciente se encontra presa com base em precária fundamentação da Magistrada de primeiro grau, calcada na gravidade em abstrato do delito de tráfico, sem a análise específica do caso concreto. A decisão monocrática do Tribunal de Justiça não trouxe qualquer outro fundamento concreto de que a liberdade da paciente ofereceria risco à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Reafirma que a paciente é primária, não havendo indicativo de que se dedique ao comércio ilícito de entorpecentes, razão pela qual é possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ainda que se entenda pela manutenção da prisão preventiva, requer a conversão desta em prisão domiciliar, uma vez que a paciente possui um filho de 8 (oito) anos de idade, *nos termos do Marco Legal da Primeira Infância e do art. 318 do CPP*.

Foi deferido o pedido de liminar, com superação do enunciado 691 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula do STF (e-STJ fls. 38/42).

Prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 45/48 e 52/61), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 69):

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. PRECEDENTE DESSE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO NOS TERMOS DO PARECER.

1 - O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2 - Cinge-se a questão em desembaraçar o conflito entre a possibilidade da conversão da preventiva em domiciliar e a necessidade de sua manutenção para garantir a ordem e evitar a reiteração delitiva.

3-0 Ministério Público Federal requer o não conhecimento do writ e a concessão da ordem de ofício para confirmando, assim, a liminar concedida, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.348 - SP (2017/0038137-1)

VOTO

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

Consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e por este Superior Tribunal de Justiça, não se admite *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar proferida em outro *writ* na instância de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

É o que está sedimentado no verbete sumular n. 691/STF: *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*, aplicável, *mutatis mutandis*, a este Superior Tribunal de Justiça, v.g: HC 117.440/PE, Quinta Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/6/2010; HC 142.822/SP, Quinta Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 7/12/2009; HC 134.390/MG, Sexta Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ de 31/08/2009.

Todavia, entendo que o caso é excepcional e requer a superação do referido enunciado, com a concessão da ordem de *habeas corpus*, de ofício.

Primeiramente, destaco que não foi possível colher informações sobre eventual julgamento do mérito do *habeas corpus* originário, diante da restrição de acesso no portal eletrônico do Tribunal Paulista.

No mais, a paciente foi indiciada porque, juntamente com o corréu, estaria associada para o tráfico de drogas (art. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006).

Em princípio, a custódia cautelar encontra amparo na necessidade de proteção à ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito, tendo em vista a quantidade de droga apreendida. Todavia, há um panorama fático relevante: a análise da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a qual *consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com autorização judicial (art. 317 do Código de Processo Penal).

O pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar, foi negado, nos seguintes termos pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 24):

Ademais, importa considerar que a concessão de prisão domiciliar, para além da literalidade do texto do artigo 318, do Código de Processo Penal, reclama uma ponderação de várias circunstâncias que envolveram o delito. Dentro deste contexto, não avulta, desde logo, que a paciente faça jus à prisão domiciliar. Somente um exame mais detido da causa - à luz, inclusive, de elementos a serem trazidos aos autos com as informações a ser levado a efeito quando do julgamento deste "writ", permitirá um juízo sobre a questão.

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.

No particular, a Certidão de Nascimento acostada às e-STJ fl. 27 atesta que a paciente é mãe de L H R D S, nascido em 3/12/2008 (8 anos de idade).

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no tocante 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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Em seu voto, advertiu sobre a necessidade de analisar também a conduta e a personalidade da presa e, sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor, tendo proclamado que: *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.*

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Entendo que a disposição legislativa insculpida no art. 318, V, do Código de Processo Penal, incluída 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. 318 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

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 do inciso V do art. 318 do CPP, pela mesma razão, prevalece o interesse da norma de proteção do menor.

Reitere-se: se é dever do Magistrado declinar os motivos, seja para conceder, seja para denegar a concessão da liberdade ou a prisão domiciliar 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 mais favorável ao réu.

Especificamente sobre a interpretação do art. 318, V, do CPP, 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a igualdade e a liberdade;

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.

Embora sejam graves as circunstâncias do delito, o que justifica, em princípio, a custódia cautelar, entendo que, no contexto, deve prevalecer a situação de *primariedade da paciente*, sendo suficiente, por ora, a substituição da prisão preventiva 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 de seu filho menor, que poderá desfrutar do convívio com a mãe.

Ante o exposto, na esteira do parecer ministerial, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo parcialmente a ordem**, de ofício, para substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0038137-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 389.348 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000329020178260557 20198459120178260000 329020178260557

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

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 SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SANCHEZ ITA FERREIRA - SP314483
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANA CAROLINA RIBEIRO PEREIRA (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 parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.