

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 379.603 - MS (2016/0306037-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIELLY FEITOSA PEDROSO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHAS DA PACIENTE POSSUEM MENOS DE 12 ANOS DE IDADE. *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. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto e não pode ser considerada nula por fundamentação inidônea.

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 sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

5. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos

Superior Tribunal de Justiça

Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio 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, portanto, desse resgate constitucional.

6. Caso em que a paciente possui duas filhas com menos de 12 anos de idade, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. A paciente é primária, sem antecedentes, tem endereço certo e exerce atividade lícita. É mãe-solteira. Suas filhas têm 01 e 3 anos e dependem dos cuidados maternos. O voto vencido na Corte de origem bem esclareceu a realidade fática da situação de imprescindibilidade da atuação materna.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando liminar anteriormente deferida, 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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 379.603 - MS (2016/0306037-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIELLY FEITOSA PEDROSO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto em favor de ADRIELLY FEITOSA PEDROSO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n. 1410524-08.2016.8.12.0000).

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em razão da suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo a custódia convertida em prisão preventiva.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, perante a Corte estadual, no qual alegou a ilegalidade da prisão preventiva e, ainda, que a paciente é primária e tem filhas menores que precisam de seus cuidados, sendo cabível a prisão domiciliar. O Tribunal impetrado, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 169):

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRISÃO PREVENTIVA – REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE DO DELITO – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PREVENTIVA POR DOMICILIAR – FILHOS MENORES – ART. 318, V, DO CPP – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA – INDEFERIMENTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA.

I - Presentes os motivos autorizadores (fumus comissi delicti – relativo à materialidade e indícios de autoria - e o periculum libertatis – risco à ordem pública, à instrução criminal ou à

Superior Tribunal de Justiça

aplicação da lei penal), bem como o requisito instrumental de admissibilidade (artigo 313, I, do Código de Processo Penal - delito abstratamente apenado a mais de 04 quatro anos de reclusão), e não sendo recomendável a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, denega-se ordem de habeas corpus que visa revogar prisão cautelar fundamentada em elementos concretos, extraídos dos autos, quando a acusação é pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, (art. 33 e 35 da Lei nº 11.343), mesmo que as condições pessoais sejam favoráveis, pois estas, por si só, não garantem o direito de responder ao processo em liberdade quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

II - Indefere-se o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar (artigo 318, V, do Código de Processo Penal) quando, inobstante a prova da maternidade, não se demonstra a imprescindibilidade da presença da mãe junto aos infantes e a casa onde pretende cumprir a prisão cautelar é aquela em que praticava os delitos pelos quais foi presa.

III - Ordem denegada.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, ser a paciente solteira, além de ter *duas filhas menores de tenra idade (01 e 03 anos) as quais dependem de seus cuidados* (e-STJ fl. 2).

Aduz, ainda, possuir a paciente residência fixa e ocupação lícita.

Argumenta, também, que *a liberdade da Paciente poderia ter sido deferida mediante o cumprimento de algumas das condições estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal* (e-STJ fl. 2).

Sustenta ser assegurado à paciente o direito de cuidar de suas filhas por meio da substituição da medida cautelar extrema por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal.

Salienta haver ofensa ao princípio da homogeneidade das medidas cautelares, uma vez que *em dada projeção realista, ante a previsibilidade do quantum punitivo previsto para a espécie, o regime inicial de cumprimento de pena seria o “aberto”* (e-STJ fl. 17), sendo a segregação cautelar mais gravosa do que a própria pena a ser aplicada.

Superior Tribunal de Justiça

Diante disso, pugna liminarmente e no mérito pela substituição da pena privativa de liberdade por domiciliar, ainda que com a imposição de medidas cautelares da prisão ou, ainda, apenas a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

O pleito urgente foi deferido para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, até o julgamento do mérito do presente *writ* (e-STJ fls. 188/191).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 206/208), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 248/259).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 379.603 - MS (2016/0306037-2)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

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.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada em prévio *writ*, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso ordinário previsto no art. 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

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.

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

Superior Tribunal de Justiça

motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Na hipótese, o Tribunal de origem, ao examinar o *habeas corpus* ali impetrado, manteve a segregação da ora paciente, tendo o voto condutor do acórdão assim consignado (e-STJ fls. 172/174):

Como se vê, a decisão foi proferida com o imprescindível denodo que a situação exige, pois demonstra a necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública, já que foi encontrado com a paciente e demais coautores, em situação de tráfico, a quantidade de 34 (trinta e quatro) gramas de cocaína, em 18 (dezoito) papérolas e 5 (cinco) porções, e de 1.864 (um mil e oitocentos e sessenta e quatro) gramas de maconha, dividida em 3(três) tabletes e 1 (uma) porção, a ser comercializada em "boca de fumo", o que denota associação, ainda que de forma rudimentar, o que revela a alta potencialidade danosa do delito e a audácia da empreitada criminosa, dados concretos a justificar a confirmação da custódia excepcional em razão do efetivo risco à ordem pública.

(...)

Remanesce, portanto, a análise com relação à alegação de que possui dois filhos, de 01 (um) e 03 (três) anos de idade, e que isto seria um pressuposto para a concessão da liberdade provisória.

Não é bem assim.

O pedido tem por base o artigo 318, do Código de Processo Penal, cujo inciso V autoriza a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

De qualquer maneira, como se trata de uma situação excepcional, para o deferimento do pedido não basta alegar, exige-se a demonstração da efetiva imprescindibilidade da presença da requerente na residência, através de documentação idônea.

Não basta a certidão de nascimento provando a maternidade. Exige-se a prova da imprescindibilidade da presença da requerente junto aos filhos, além da inexistência de outras pessoas que possam prestar os cuidados aos infantes, prova que aqui não foi produzida.

Ademais, em razão da doutrina da proteção integral à infância e à adolescência, a presença da paciente junto aos filhos é extremamente danosa e prejudicial aos mesmos, posto que era na casa onde residia com ambos, e onde pretende cumprir a prisão cautelar, que armazenava as drogas e os petrechos próprios para o crime.

Impossível, portanto, o deferimento do pedido. (...) (g.n.).

Superior Tribunal de Justiça

Como visto, a prisão preventiva da paciente foi preservada pelo Tribunal impetrado em razão das circunstâncias do fato criminoso, aptos a evidenciar a gravidade concreta do delito, sobretudo diante da significativa quantidade de drogas apreendida no caso concreto – 34 g de cocaína, dividida em 18 papélotes e 5 porções, e 1.864 g de maconha, distribuída em 3 tabletes e 1 (uma) porção –, de forma que entendo estar devidamente justificada a prisão cautelar da paciente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, *não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus* (HC n. 187.669/BA, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 24/5/2011, DJe 27/6/2011).

De outro lado, contudo, remanesce no caso 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 com autorização judicial* (art. 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.

No particular, a certidão de nascimento de 2 (duas) filhas da paciente,

Superior Tribunal de Justiça

colacionadas aos autos, comprova que ela é realmente mãe de EMANUELLY FEITOSA DE OLIVEIRA, nascida em 28/8/2014, e de YASMIN FEITOSA DE OLIVEIRA, nascida em 29/3/2013, ambas, portanto, menores de 12 (doze) anos.

Com efeito, 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 mulher com filho menor de 12 anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante.

No ponto, 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.**

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.

Assim, a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional das filhas da paciente, menores de 12 anos, mister substituir a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

[...]

4. Lado outro, 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.

5. No particular, a paciente possui 1 (um) filho de 10 anos de idade, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite concessão da prisão domiciliar. Ademais, a paciente guarda condições subjetivas favoráveis, é primária, com bons antecedentes, possuindo residência e trabalhos fixos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, conceder à paciente a prisão domiciliar. (HC 361.865/SP, minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe 14/10/2016) – (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA E PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. GRAVIDADE. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INSUFICIÊNCIA.

SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. FILHA PORTADORA DE DOENÇA COM IDADE INFERIOR A 12 ANOS. ART. 318, V, DO CPP. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DA CRIANÇA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando a agente for mulher com filho de até 12 anos de idade (art. 318, V, do CPP).

5. Caso em que a paciente deu a luz a uma filha em 12-11-2007, nascida com hidrocefalia, ainda em tratamento, tendo o Conselho Tutelar recomendado a possível substituição pela prisão domiciliar, medida que à luz do Estatuto da Primeira Infância, conjugado com os vetores constitucionais que impõe ao Estado a proteção da família e a colocação de crianças a salvo de toda forma de opressão, que é o que ocorre quando a criança já mencionada é privada do convívio da genitora, afigura-se impositiva.

6. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo a

Superior Tribunal de Justiça

ordem de ofício, para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente pela prisão domiciliar, até o exaurimento do julgamento pelas instâncias ordinárias. (HC 340.422/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 1º/6/2016) – (grifo nosso).

Por fim, registra-se, conforme já avaliado na decisão que deferiu a medida liminar, que a paciente alberga condições subjetivas favoráveis, tendo em vista que é primária e possui residência fixa e ocupação lícita, circunstâncias essas que reforçam a possibilidade de atenuação da situação prisional da acusada.

Em suma, a paciente é primária, sem antecedentes, tem endereço certo e exerce atividade lícita. É mãe-solteira. Suas filhas têm 01 e 3 anos e dependem dos cuidados maternos. O voto vencido na Corte de origem bem esclareceu a realidade fática da situação de imprescindibilidade da atuação materna.

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.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo** a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva de ADRIELLY FEITOSA PEDROSO pela prisão domiciliar.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2016/0306037-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 379.603 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00031444120168120800 00272669020168120001 082016001201330 082016001308296
08295711420168120001 14105240820168120000 272669020168120001
31444120168120800 82016001201330 82016001308296 8295711420168120001

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADRIELLY FEITOSA PEDROSO (PRESO)
CORRÉU : CARLA GALDINO FERNANDES
CORRÉU : MARIO SERGIO SOARES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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