

# Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 437.538 - SP (2018/0036888-4)

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : [REDACTED]**  
**ADVOGADO : HENRIQUE CORNACCHIA JUNIOR - SP122531**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : [REDACTED] (PRESO)**

## DECISÃO

[REDACTED] estaria sofrendo constrangimento ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (HC n. 2212104-16.2017.8.26.0000).

O impetrante se insurge contra o decreto que homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva da paciente, haja vista a falta dos requisitos do art. 312 do CPP. Nega a autoria do crime de tráfico de drogas e aponta as condições pessoais favoráveis da ré, com a informação de que ela possui filhos menores. Indica o excesso de prazo para o término da instrução criminal.

Requer, liminarmente, a imediata expedição de alvará de soltura.

**Decido.**

A paciente foi denunciada por incursão no **art. 33 e 40, III, da Lei n. 11.343/2006**.

O Juiz de primeiro grau, em **30/10/2017**, para justificar a necessidade da prisão preventiva assinalou: "são fundadas as suspeitas de **tráfico em larga escala**, já que, ao que consta, a fim de favorecer seu marido (preso), **tentava interiorizar no presídio** de Hortolância **118 cigarros de maconha**, com certa de 170 gramas de droga, burlando o sistema de disciplina dos apenados" (fl. 52-53). Destacou: "a indiciada é **servidora municipal** e trabalha com **educação infantil**, dela se esperando exemplos positivos" (fl. 53).

O acórdão evidenciou o risco de reiteração delitiva, porquanto "o crime foi praticado nas dependências de unidade prisional" e a ré "tentava levar cigarros de maconha para o interior do estabelecimento" (fl. 148).

# Superior Tribunal de Justiça

Embora a paciente tenha seis filhos, **dois deles menores** (fl. 137), o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de prisão domiciliar (fl. 149):

[...] seja porque não se comprovou que as crianças dependam de seus cuidados exclusivos, seja porque a maternidade não pode servir de salvo conduto para a prática de infrações penais (fl. 149).

*Ab initio*, registro não ser possível, em habeas corpus, incursionar em provas para delimitar se a paciente tinha (ou não) ciência de que transportava entorpecente. Para a decretação da medida cautelares, são suficientes **indícios de autoria**, evidenciados por sua prisão em flagrante e pelos elementos colhidos durante o inquérito policial.

Ademais, não é possível analisar a tese de excesso de prazo para o término da instrução criminal, sob pena de indevida supressão de instância.

Dito isso, impõe assinalar que, ao menos em análise superficial, o Juiz *a quo* justificou o *periculum libertatis*, ao mencionar que a ré, funcionária municipal, tentou ingressar em unidade prisional com 118 cigarros de maconha, o que poderia proporcionar o tráfico em larga escala por parte dos detentos.

Verifico, contudo, que a ré é **primária, servidora municipal**, possui **residência fixa e seis filhos, dois deles menores**, "nascidos em 5/12/2011 e 1/3/2013" (fl. 27). Sem maiores indícios de que fazia do tráfico seu meio de vida e de que, portanto, sua conduta era habitual, não está demonstrada a imprescindibilidade da custódia *ante tempus*. Medida menos gravosa ao direito de liberdade alcançaria idêntico fim colimado pela prisão cautelar, de garantir a ordem pública (evitar a prática de novas infrações penais).

Deveras: "As medidas alternativas à prisão não pressupõem a inexistência de requisitos da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo" (**RHC n. 90.418/RS**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6<sup>a</sup> T., DJe 6/11/2017).

Sob a influência do **princípio da proporcionalidade**, considerando: a) o prazo da prisão cautelar; b) a existência de filhos menores de idade e c) as circunstâncias do crime, que evidenciam tratar-se de mais uma situação de mulher que leva droga para estabelecimento prisional a fim de beneficiar o companheiro, sem indicativos de que faz do comércio espúrio seu

# Superior Tribunal de Justiça

meio de vida, é adequada a imposição de medida cautelar diversa da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, II, do CPP).

Não olvido que, em 20/2/2018, a 2<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu **habeas corpus coletivo** para determinar a substituição de prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendente ou, ainda, em situações excepcionalíssimas (**HC n. 143.641/SP**, 2<sup>a</sup> T., Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, julgado em 20/2/2018).

Na oportunidade, constou do acórdão que: "**Se o Juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP**" (trecho do voto, destaquei).

A adoção de medidas alternativas à prisão cautelar, em casos análogos ao ora retratado, tem sido um **tendência nos julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção**, ante a realidade dos estabelecimentos prisionais e o encarceramento provisório de pessoas, sem antecedentes criminais, em situações nas quais existem alternativas aptas a, com igual eficácia e menor dano à liberdade, tutelar a ordem pública.

Deveras, na miríade de providências cautelares previstas no CPP, a prisão preventiva será, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida a ser adotada somente para aquelas situações em que as alternativas legais menos gravosas forem insuficientes a proteger os bens e interesses tutelados pelo art. 312 do CPP.

Por esse princípio, pretende-se “evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coativo’, relativamente aos direitos restringidos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional* . 4<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 1989, p. 488).

Muito embora, por óbvio, a escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto constitua uma discricionariedade judicial, atenta ao disposto no inciso I do art. 282 do CPP (adequação da medida à gravidade do

# Superior Tribunal de Justiça

crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado), a presunção de inocência – que atrai a ideia da excepcionalidade de qualquer medida cautelar – implica reconhecer que as medidas cautelares de caráter coercitivo devem respeitar “*il criterio del minore sacrificio necessario, secondo cui la restrizione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari nel caso concreto*” (TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 2016, p. 233).

Saliente-se, a esse respeito, que **a análise da eficácia da medida não deve ter em mira o meio mais eficaz, porém o meio suficientemente eficaz**, visto que “a medida mais gravosa assegura com maior intensidade que a medida mais benigna a consecução do fim perseguido, de sorte que o juízo de necessidade simplesmente deixaria de existir, sendo substituído pelo critério da maior eficácia” (FELDENS, Luciano. *A constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164).

Em casos análogos ao ora retratado, se **não consta do édito prisional** **sinais de prática habitual de tráfico de drogas, mas apreensão isolada de entorpecente** quando a esposa/companheira/mãe de preso o visitaria no presídio, tenho entendido que, verificadas **condições pessoais favoráveis à paciente, a cautela de proibição de ingresso em unidades prisionais é menos gravosa do que a prisão domiciliar** e suficiente para evitar a reiteração delitiva.

**Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção já decidiram pela aplicação do art. 319, II, do CPP: RHC n. 90.860/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/12/2017 e RHC n. 81.839/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/4/2017).**

A prisão domiciliar seria, em verdade, **excessiva porque impediria a paciente, primária, com emprego e residência fixa, de trabalhar e de prover o sustento de seus filhos**. Com lastro nos precedentes desta Corte, reputo adequada e suficiente, para evitar a reiteração delitiva, a medida ora proposta, de proibição de se aproximar de presídio.

Aliás, essa minha compreensão, como se depreende do seguinte excerto de julgado, não é recente:

[...]

# Superior Tribunal de Justiça

4. Sob a influência do princípio da proporcionalidade e considerando o prazo da prisão cautelar, a primariedade da acusada, a falta de registro de seu envolvimento em delitos anteriores e as circunstâncias do crime - que evidenciam se tratar de mais uma pequena traficante, que leva droga para o estabelecimento prisional do companheiro, na maioria das vezes por vinculação afetiva -, é adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, I e II, do CPP). [...]

(RHC n. 51.221/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6<sup>a</sup> T., DJe 1º/12/2014)

À vista do exposto, **concedo a liminar** para, até o julgamento do habeas corpus, **substituir a prisão preventiva da paciente, com fulcro no art. 319, II, do CPP, pela proibição de frequentar unidade prisional, para visita ao marido/companheiro, ou não**, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas para evitar a reiteração de crimes.

Expeça-se Alvará de Soltura.

Alerte-se à paciente que **a violação da medida cautelar poderá implicar o restabelecimento da prisão preventiva**, que poderá ser novamente justificada se sobrevier situação que configure a exigência mais gravosa.

Solicitem-se informações ao Juiz de primeiro grau.

Depois da resposta, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**