

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : HENRIQUE CORNACCHIA JUNIOR
ADVOGADO : HENRIQUE CORNACCHIA JUNIOR - SP122531
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIMARA DE JESUS DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LUCIMARA DE JESUS DA SILVA alega sofrer constrangimento ilegal 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 pela ré e aponta suas condições pessoais, com a informação de que ela possui vários filhos menores. Indica o excesso de prazo para o término da instrução criminal.

Requer a revogação da medida extrema.

Deferida a liminar, para submeter a acusada a cautelas alternativas à prisão, os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou pela **denegação da ordem**.

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

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas – e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

2. O Juiz de primeiro grau, ao converter a prisão em flagrante em custódia preventiva, embora haja mencionado que a ré, durante visita ao companheiro preso, tentou ingressar em presídio com 118 cigarros de maconha, não contextualizou, em juízo de proporcionalidade, a imprescindibilidade da custódia como única medida cautelar suficiente para evitar a reiteração delitiva.

3. A paciente é primária, servidora pública, possui seis filhos, dois deles menores, e, no édito prisional, não consta nenhum indicativo de se dedicava ao tráfico de drogas como meio de vida. Não se justifica manter a acusada sob o rigor da prisão, conquanto ela deva sujeitar-se ao processo criminal e, eventualmente, ser punida por conduta que, à evidência, encontra gravosa tipificação penal.

4. A aplicação do art. 319, II, do CPP é suficiente para evitar a reiteração delitiva, sem impedir a ré de trabalhar e de prover o sustento de sua família.

5. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva da paciente pela cautela pessoal prevista no art. 319, II, do CPP, sem prejuízo do estabelecimento de outras medidas cautelares pelo Juízo natural da causa, desde que de modo fundamentado, bem como de nova decretação da prisão preventiva se efetivamente demonstrada sua concreta necessidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

A paciente foi denunciada por incursão nos **arts. 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 Hortolândia 118 cigarros de maconha**, com certa de **170 gramas de droga**, burlando o sistema de disciplina dos apenados" (fls. 52-53, destaquei). Ressaltou, ainda, que "a indiciada é **servidora municipal e trabalha com educação infantil**, dela se esperando exemplos positivos" (fl. 53, grifei).

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

Embora a acusada 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.

II. Prisão preventiva – *fumus comissi delicti e periculum in mora*

Ab initio, registro não ser possível, em habeas corpus, incursionar em provas para aferir se a paciente tinha (ou não) ciência de que transportava entorpecente. Para decretação da medida cautelar, são suficientes **indícios razoáveis de autoria**, evidenciados no édito prisional por sua prisão em flagrante e pelos elementos colhidos durante o inquérito policial.

Dito isso, impõe-se assinalar que o Juiz de primeiro grau evidenciou 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 de drogas em larga escala pelos detentos.

Verifica-se, contudo, que o Magistrado não explicou a imprescindibilidade da medida extrema, como única alternativa para a salvaguarda da ordem pública.

Em que pese a gravidade concreta da conduta, a acusada 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 sinais de que ela se dedicava ao tráfico como meio de vida, de forma habitual**, não está demonstrada a imprescindibilidade da custódia *ante tempus*. Medidas cautelares menos gravosas ao direito de liberdade alcançariam idêntico fim colimado pela prisão preventiva – de evitar a prática de novas infrações penais.

III. Medidas cautelares menos gravosas – cabimento

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 **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 6/11/2017).

Por isso, sob a influência do **princípio da proporcionalidade**, haja vista: a) o prazo da prisão cautelar; b) a existência de filhos menores de idade; c) as circunstâncias do crime, que sugerem se tratar de mais uma situação de mulher que leva droga para estabelecimento prisional com o propósito de beneficiar o companheiro (o que será melhor elucidado durante a instrução criminal), e d) a falta de indicação, no édito prisional, de sinais de que a ré faz do comércio espúrio seu meio de vida, com habitualidade, é adequada a imposição de medida cautelar diversa da prisão, para a mesma proteção da ordem pública (art. 319, II, do CPP).

IV. Medida cautelar mais benéfica que a prisão domiciliar – precedentes

Não se olvida que, em 20/2/2018, a Segunda 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 descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas (HC n. 143.641/SP, 2ª 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, é uma **tendência nos julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte**, 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.

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 os 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. ed., Coimbra: Almedina, 1989, p. 488).

Muito embora, por óbvio, a escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto constitua uma discricionariedade judicial, à luz do disposto no inciso I do art. 282 do CPP (adequação da medida à gravidade do 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 cariz 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 constam do decreto de prisão cautelar sinais de prática habitual de tráfico de drogas, mas apreensão isolada de entorpecentes** quando a esposa/companheira/mãe de preso faz visita ao presídio, tem-se entendido que, verificadas **condições pessoais favoráveis, 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).

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

Essa minha compreensão, como se infere do seguinte excerto de julgado, não é recente:

[...]

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 **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 1º/12/2014)

V. Dispositivo

Superior Tribunal de Justiça

À vista do exposto, concedo o habeas corpus para, ratificada a liminar, **substituir a prisão preventiva da paciente, com fulcro no art. 319, II, do CPP, pela proibição de frequentar unidades prisionais**, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas para evitar a reiteração de crimes.

A ré deverá ser alertada de que a violação da medida cautelar poderá implicar o restabelecimento da prisão preventiva, que poderá ser novamente decretada se sobrevier situação que configure sua exigência.