

**GABRIELA URBANO BARBOSA**

**DAS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO DOMICILIAR COM O ADVENTO DA LEI Nº  
13. 257 DE 2016**

**BRASÍLIA**

**2017**

**GABRIELA URBANO BARBOSA**

**DAS NOVAS HIPÓTESES DE PRISÃO DOMICILIAR COM O ADVENTO DA LEI Nº  
13. 257 DE 2016**

(Termo de Aprovação)

**BRASÍLIA**

**2017**

## RESUMO

O presente trabalho coloca em análise a aplicação da Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257 de 2016) na prática no que tange à sua edição do artigo 318 do Código de Processo Penal. Antes da referida Lei, tal artigo do Código de Processo Penal definia algumas hipóteses a critério do juiz de substituição da prisão preventiva em domiciliar: quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos, extremamente debilitado por motivo de doença grave, imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Com o advento da Lei nº 13.257/16, todas as hipóteses do artigo se mantiveram, exceto a alteração acerca de agente gestante, não sendo mais necessário que esteja a partir do 7º mês nem de risco, foi acrescentada ainda as hipóteses de substituição no caso de agente mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e agente homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Desse modo, como fica a critério do juiz a substituição, houve a aplicação do art. 318 do Código de Processo Penal por parte de alguns juízes e por outros não, considerando a aplicação no mesmo caso. Dessa forma, foram analisados julgados acerca do assunto e colocada em questão em quais hipóteses o artigo deve ser aplicado, seja analisando a situação da gestante, o melhor interesse da criança, ou garantindo a segurança à ordem pública. Portanto, conclui-se que a melhor forma de solucionar a questão é por meio da aplicação do artigo 318 do Código de Processo Penal levando em conta o convívio familiar.

**Palavras-chave:** Substituição da Prisão Preventiva em Domiciliar. Aplicação da Lei 13.257/2016. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Convívio Familiar. Proteção à gestante. Segurança à Ordem Pública.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>1 DA PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>09</b>
1.1 Definição e Natureza da Prisão Preventiva.....	10
1.2 Pressupostos e Hipóteses para a Decretação da Prisão Preventiva .....	11
1.3 Condições de Admissibilidade .....	13
1.4 Prisão Preventiva Autônoma X Prisão Preventiva Subsidiária .....	14
1.5 Decretação, Revogação e Redecretação da Prisão Preventiva.....	15
1.6 Constitucionalidade da Prisão Preventiva .....	16
1.7 Da Substituição da Prisão Preventiva em Prisão domiciliar .....	17
<b>2 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA LEI DA PRIMEIRA INFÂNCIA (LEI Nº.13.257/16).....</b>	<b>20</b>
2.1 Definição legal da primeira infância .....	21
2.2 Motivos determinantes para a criação da Lei da Primeira Infância.....	22
2.3 Importância da Lei nº 13.257/16 .....	25
2.4 Diretrizes do Plano Nacional da Primeira Infância .....	26
2.5 Principais alterações legais .....	27
<b>3 - INTERPRETAÇÃO DA LEI NA JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>33</b>
3.1 Aplicação da Lei no Superior Tribunal de Justiça.....	34
3.1.1 HABEAS CORPUS Nº 351.494 - SP (2016/0068407-9) .....	34
3.1.2 HABEAS CORPUS Nº 355.626 - SP (2016/0118788-6) .....	36
3.1.3 HABEAS CORPUS Nº 379.603 - MS (2016/0306037-2) .....	40
3.1.4 HABEAS CORPUS Nº 342.890 - SP (2015/0301862-1).....	42
3.2 Aplicação da Lei nº 13.257/16 no Supremo Tribunal Federal.....	44
3.2.1 MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS Nº 139.145– SP .....	45
3.2.2 HABEAS CORPUS Nº 133.177 – SP.....	46
3.2.3 AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº134.096 – PB.....	53
3.2.4 MEDIDA CAUTELAR NO HC Nº 136.408 – SP .....	56

<b>3.3 Conclusão Acerca dos Julgados Estudados.....</b>	<b>58</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar como a Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/16), esta editada em 2016, vem sendo aplicada no que tange à substituição da prisão preventiva em domiciliar no caso das gestantes e mães de crianças de até 12 (doze) anos de idade.

Para tanto, por meio de doutrinas de alguns autores como Fernando Capez, Eugênio Pacelli, Guilherme de Souza Nucci, Aury Lopes Júnior, Noberto Cláudio Pâncaro Avena, foi conceituado e estudado o instituto Prisão Preventiva, espécie de medida cautelar, a qual tem como objetivo assegurar um melhor desenvolvimento da instrução criminal.

Este trabalho é iniciado, portanto, com diversas peculiaridades da prisão preventiva, seja sua definição, sua natureza, suas hipóteses de ocorrência, como é decretada, hipóteses legais de substituição em domiciliar e se essa medida cautelar é constitucional ou não.

Foi analisada também a Lei 13.257/16, conhecida como a Lei da Primeira Infância, no que se diz em relação à sua criação, sua importância, diretrizes e principais alterações realizadas no âmbito jurídico.

Dessa forma, com o estudo do instituto da prisão preventiva e da Lei da Primeira Infância, pode-se verificar a existência de diversos princípios, proteções para com a sociedade e indivíduo.

Foram estudados ainda, diversos julgados com a finalidade de verificar de que forma a alteração do art. 318 do Código de Processo Penal (CPP), esta realizada pela Lei da Primeira Infância, está sendo aplicada. Foram encontrados 22 julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e 6 julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) no site <https://www.jusbrasil.com.br> acerca do assunto até a entrega do presente trabalho.

Em tais julgados as defesas tinham como pedido liminar a substituição da prisão preventiva em domiciliar com base nas novas hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal, alegando a gravidez ou a existência de filho menor de 12 (doze) anos.

A partir do estudo desses 28 casos, foram aqui analisados 4 julgados de cada Tribunal Superior. Dos casos do Superior Tribunal de Justiça encontrados, todos são acerca de tráfico e associação criminosa para o tráfico, exceto um o qual refere-se à receptação c/c uso de documento falso. Já no caso do Supremo Tribunal Federal não foi encontrado nenhum caso que não seja crime relacionado a tráfico de substâncias ilícitas.

Nesses julgados foi percebido a ocorrência de diferentes decisões acerca do mesmo caso concreto, deferindo ou não o pedido liminar. Tais decisões aplicaram, de forma geral, o princípio da proteção à criança ou o princípio da segurança à ordem pública.

Durante o primeiro capítulo, é possível verificar que a prisão preventiva deve ser decretada com base na fundamentação, sendo esta obrigatória para tanto. Diante desse requisito e com base nos princípios elencados na Lei da Primeira Infância e na Constituição Federal (CF), pode-se analisar se as decisões dos julgados estudados foram abusivas ou não, podendo afetar direitos individuais da pessoa, mais especificamente, direitos da gestante e da criança.

Portanto, conceitos, princípios, institutos e julgados foram observados com a finalidade de concluir a qual princípio a nova redação do art. 318 do Código de Processo Penal deve ser aplicada, seja o da proteção à criança, da gestante, seja o da segurança à ordem pública.

## 1 Da Prisão Preventiva

Com o surgimento da sociedade e seu crescimento, surgiram determinadas atuações as quais prejudicavam certas pessoas, sendo consideradas, portanto, como ilícitas<sup>1</sup>. Assim, objetivando a proteção da sociedade e a manutenção da paz e tranquilidade, foi dado ao Estado o dever de aplicar algumas regras que eram seguidas por sanções<sup>2</sup>.

Porém, conforme a sociedade se evoluía, surgiam atos ilícitos mais graves. Dessa forma, foi necessária a criação de medidas restritivas da liberdade humana, a chamada Prisão. Tais medidas determinavam a retirada do convívio social dos infratores por estarem causando um grande mal à sociedade<sup>3</sup>.

De acordo com Fernando Capez, prisão é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito<sup>4</sup>.

Existem hoje duas formas de prisão: a prisão penal e a prisão sem pena. A primeira é imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e possui finalidade repressiva. Já a segunda, possui natureza processual e é imposta antes mesmo do trânsito em julgado, objetivando o bom andamento da investigação e do processo penal e evitando que o infrator volte a cometer crimes, se solto<sup>5</sup>.

A prisão sem pena subdivide-se em algumas espécies, quais sejam: prisão processual, prisão civil, prisão administrativa e prisão disciplinar. A primeira, também chamada de prisão provisória ou cautelar, abrange a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória passível de recurso<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>CABRAL, Karina Melissa. *Prisão Preventiva: Um Mal Necessário*. RT/Fasc. Pen. Ano 95 v. 844, fev. 2006.

<sup>2</sup>Ibidem

<sup>3</sup>Ibidem

<sup>4</sup>Ibidem

<sup>5</sup>Ibidem

<sup>6</sup>CABRAL, Karina Melissa. *Prisão Preventiva: Um Mal Necessário*. RT/Fasc. Pen. Ano 95 v. 844, fev. 2006.

## 1.1 Definição e Natureza da Prisão Preventiva

A prisão preventiva está prevista nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal e é uma medida a qual pode ser determinada em qualquer fase do inquérito policial ou da ação penal, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como podemos verificar no dispositivo legal<sup>7</sup>:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial<sup>8</sup>.

De acordo com Fernando Capez, a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória de natureza cautelar, decretada antes mesmo do trânsito em julgado, sempre que forem os requisitos legais preenchidos<sup>9</sup>. O objetivo dessa medida cautelar é de impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possa prejudicar o transcorrer do processo<sup>10</sup>.

Além da finalidade de impedir que ocorram novos crimes, a prisão preventiva objetiva garantir a ordem pública, evitar a violação ou grave ameaça da economia e garantir a eficiência da aplicação da lei penal.

A referida prisão somente poderá ser decretada então quando for necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Portanto, é uma medida excepcional, podendo ser aplicada só quando não for possível a aplicação de nenhuma outra medida<sup>11</sup>, pelo fato de trazer como consequência à privação de liberdade antes do trânsito em julgado<sup>12</sup>. Esse tipo de prisão, de maneira óbvia, não é definitiva. A duração do encarceramento não poderá ultrapassar a condenação.

---

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>10</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>12</sup> PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## 1.2 Pressupostos e Hipóteses para a Decretação da Prisão Preventiva

A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus boni iuris*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum in mora*, fundado no risco de que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal<sup>13</sup>.

A prova da materialidade é a certeza da ocorrência da infração penal. Geralmente é apreciada por meio do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que deixe vestígio. Se tratar-se de crime que não deixar vestígio ou estes tiverem desaparecido, a prova testemunhal pode suprir a sua falta, nos termos do artigo 167 do Código de Processo Penal<sup>14</sup>. Já os indícios de autoria são indícios convincentes que levem a uma suspeita fundada, suficiente para que haja a decretação de uma prisão preventiva. Conforme o doutrinador Nucci mesmo diz:

Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso de homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos<sup>15</sup>.

De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, de ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indício suficiente de autoria<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014..

<sup>14</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>15</sup>Ibidem.

<sup>16</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

A prisão para garantia da ordem pública é um tema muito controverso, porém, podemos afirmar que se destina à proteção da própria comunidade, partindo do pressuposto de que ela seria atingida pelo não aprisionamento dos autores dos crimes que causassem intranquilidade social<sup>17</sup>.

A garantia da ordem pública é um dos fundamentos mais utilizados pelos Tribunais Superiores para a decretação da prisão preventiva. De acordo com Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa, trata-se de

[...]um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender<sup>18</sup>.

Guilherme Nucci também opina acerca do tema:

A garantia da ordem pública é a hipótese de interpretação mais ampla e flexível na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

A garantia da ordem pública pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente [...].

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios [...]<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>18</sup>LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>19</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Já a decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, tem como objetivo impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Estando presente, portanto, o *periculum in mora*, ou seja, se o réu permanecer solto até o fim do processo, não se chegará à verdade real<sup>20</sup>.

Temos ainda a decretação da prisão preventiva por garantia de aplicação da lei penal, a qual consiste em uma tutela cautelar que visa assegurar a eficácia e as consequências da sentença. No caso de fuga do imputado, ensejaria o risco de ineficácia da lei penal, sendo necessário, portanto, o Estado evitar tal provável atitude do réu. Porém, a mera presunção de fuga não é o suficiente para a decretação da prisão preventiva, é necessária a colheita de dados fáticos veementes a ponto de motivar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante a *persecutio criminis*. Até porque se a Lei Maior presume a inocência daquele ainda não condenado, é defeso ao juiz apenas presumir que o imputado venha a escapar da ação da Justiça<sup>21</sup>.

Guilherme de Souza Nucci busca exemplificar algumas hipóteses que poderiam demandar a incidência da detenção cautelar: sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça<sup>22</sup>.

Portanto, podemos concluir que não basta que a infração cometida pelo sujeito seja apenas caso de reprovação pela sociedade. Devemos analisar também se estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, a prova de materialidade e o possível risco que o agente poderia causar se não fosse preso preventivamente, à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

---

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>21</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

### 1.3 Condições de Admissibilidade

Conforme analisado, o art. 312 do Código de Processo Penal prevê alguns requisitos fáticos para a ocorrência da decretação da prisão preventiva. Porém, estes não são suficientes para tanto. De acordo com o princípio da proporcionalidade, algumas restrições são realizadas em material de prisão cautelar a fim de impedir que a medida deferida seja mais grave e mais intensa que a pena a ser aplicada no fim do processo<sup>23</sup>.

De acordo com o art. 313 do Código de Processo Penal, a permissão da prisão preventiva para os crimes dolosos e cuja pena máxima, privativa de liberdade, seja superior a 4 (quatro) anos é a regra geral<sup>24</sup>.

Portanto, não é possível a decretação de prisão preventiva para os casos de crimes culposos e para contravenções penais. Já para os demais crimes dolosos, os de pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, a prisão preventiva só será possível se, presentes também as hipóteses do art. 312 do CPP, for reincidente o aprisionado, por condenação passada em julgado pela prática de outro crime doloso<sup>25</sup>.

De acordo com o parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, também será admitida a prisão preventiva nos casos em que houver dúvida quanto à identidade civil do acusado, pela ausência de elementos idôneos para o respectivo esclarecimento<sup>26</sup>.

Nos termos da Lei nº11.340/06, a qual cuida do sistema de proteção à mulher contra a violência doméstica e familiar, incluiu-se no artigo 313 a previsão de prisão preventiva para os crimes que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>27</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

#### 1.4 Prisão preventiva autônoma X Prisão preventiva subsidiária

A Lei nº 12.403 de 4 de outubro de 2011 alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências<sup>28</sup>.

Antes da vigência dessa lei, a prisão preventiva só poderia ser aplicada de acordo com os casos expressos no art. 313 do Código de Processo Penal, e desde que presentes as circunstâncias de fato do art. 312 do mesmo Código<sup>29</sup>.

Portanto, antes da Lei nº 12.403/11, se o crime não enquadrasse nas hipóteses do art. 313, não seria possível a decretação da prisão preventiva, nem mesmo se tal crime colocasse em risco a efetividade do processo<sup>30</sup>.

Com o surgimento de novas medidas cautelares alternativas ao cárcere, haverá nova fundamentação e novas hipóteses de cabimento da prisão preventiva, independentemente das situações arroladas no art. 313 do CPP<sup>31</sup>.

Será possível, portanto, a aplicação da prisão preventiva sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão, conforme o art. 282, §4º do Código de processo Penal, este alterado pela Lei nº 12.403/11, a saber:

§ 4º: No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão

---

<sup>28</sup>Brasil, Lei nº 12.403 de 4 de outubro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em> 17 maio 2016.

<sup>29</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>30</sup>Ibidem

<sup>31</sup>Ibidem

preventiva (art. 312, parágrafo único)<sup>32</sup>.

Dessa forma, a prisão preventiva passa a apresentar então duas formas: Forma autônoma, quando pode ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior e a forma subsidiária, quando for decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta<sup>33</sup>.

### 1.5 Decretação, Revogação e Redecretação da Prisão Preventiva

Conforme o art. 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial<sup>34</sup>.

De acordo com o art. 315 do Código de Processo Penal e com o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, o despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva deverá ser fundamentado, ou seja, o magistrado deverá esclarecer quais os motivos que ensejaram nessa medida restritiva de liberdade<sup>35</sup>.

Se não ocorrer tal fundamentação, o despacho poderá ser considerado como um constrangimento ilegal à liberdade de locomoção que enseja o deferimento de *habeas corpus* em favor do acusado<sup>36</sup>.

O ordenamento processual penal também estabelece quando a prisão preventiva não poderá ser decretada:

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do

---

<sup>32</sup>Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>33</sup>PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>34</sup>Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>35</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>36</sup>Ibidem

caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal <sup>37</sup>.

Dessa forma, quando o autor agir em estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, será isento de decretação de prisão preventiva <sup>38</sup>.

Se no decorrer do processo o juiz verificar falta de motivo para que a prisão preventiva subsista, poderá o mesmo revogá-la, conforme art. 316 do Código de Processo Penal. Da decisão que indeferir ou revogar a prisão preventiva, cabe recurso em sentido estrito, de acordo com o art. 581, V do Código de Processo Penal <sup>39</sup>.

Ademais, caso o juiz ache necessário, poderá ainda decretar a prisão preventiva novamente, observando todos os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade <sup>40</sup>.

## 1.6 Da Constitucionalidade da Prisão Preventiva

É sabido que existe a presunção de inocência estabelecida na Constituição Federal. Esta determina que qualquer acusado deve ser considerado como inocente da prática do crime que lhe é imputado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como vimos no art. 5º, LVII da CF: Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>41</sup>.

Fernando Capez acredita que todas as modalidades de prisão provisória, inclusive a prisão preventiva não ferem o princípio da presunção da inocência desde

---

<sup>37</sup>Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>38</sup>CABRAL, Karina Melissa. *Prisão Preventiva: Um Mal Necessário*. RT/Fasc. Pen. Ano 95 v. 844, fev. 2006.

<sup>39</sup>CABRAL, Karina Melissa. *Prisão Preventiva: Um Mal Necessário*. RT/Fasc. Pen. Ano 95 v. 844, fev. 2006.

<sup>40</sup>Ibidem

<sup>41</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar<sup>42</sup>.

Da mesma forma o STJ, conforme a Súmula nº 9, entende que a prisão preventiva não afeta o princípio da presunção da inocência: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Portanto, a prisão preventiva, assim como as demais prisões cautelares, não ofendem o princípio da presunção de inocência ou da liberdade da pessoa humana, desde que esta prisão seja decretada com base na garantia da ordem pública, da ordem econômica, na conveniência da instrução criminal e no asseguramento da aplicação da lei penal, e que possua natureza cautelar, processual, instrumental e provisória, somados com a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria<sup>43</sup>.

### **1.7 Da Substituição da Prisão Preventiva em Prisão domiciliar**

O instituto que se trata está elencado nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal. A prisão domiciliar é uma forma de cumprimento da prisão preventiva<sup>44</sup>. De acordo com o art. 317 do CPP, esta forma de prisão preventiva consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, de onde apenas poderá sair com prévia autorização judicial<sup>45</sup>.

A prisão preventiva poderá ser substituída pelo Juiz por prisão domiciliar em certos momentos, os quais estão previstos no art. 318 do CPP. Para que seja aplicável, o agente, comprovadamente, deverá ser<sup>46</sup>:

- 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 ou com deficiência;

---

<sup>42</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>43</sup>Ibidem

<sup>44</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>45</sup>Ibidem

<sup>46</sup>Ibidem

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016)

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016)

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (incluído pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016)<sup>47</sup>.

O mesmo artigo possui em seu parágrafo único a previsão de que para que ocorra essa substituição o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo. Ou seja, para que o agente possa conceder desses benefícios, é necessário comprovar, de forma inequívoca que o caso concreto faz jus para tanto<sup>48</sup>.

O inciso I trata da substituição da prisão preventiva quando a pessoa for maior de 80 anos, porém, só possuir essa idade não basta, de acordo com o ilustre Norberto Avena, deve-se analisar aqui as condições pessoais do agente. Além de possuir a idade prevista nesse inciso deve o agente ser acometido de certas limitações de ordem física ou mental, ou possuir dificuldades que justifiquem o deferimento do benefício<sup>49</sup>.

A hipótese do inciso II, da mesma forma, não é suficiente alegar que o agente se encontra debilitado. É necessária a comprovação de que depende ele de tratamento médico que não poderá ser fornecido no estabelecimento prisional para onde deva ser recolhido<sup>50</sup>.

O inciso III por sua vez, independentemente da situação que enseja o benefício dentre estas que estão previstas, é necessário que o juiz observe o aspecto da imprescindibilidade do indivíduo aos cuidados das pessoas que pretendeu o legislador tutelar<sup>51</sup>.

Já os incisos IV a VI, o primeiro deles foi modificado e os outros dois incluídos pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Antes das alterações do artigo 318 por

---

<sup>47</sup>Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>48</sup>AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquematizado*.. 6ª ed. São Paulo: Método, 2006.

<sup>49</sup>Ibidem

<sup>50</sup>Ibidem

<sup>51</sup>Ibidem

essa Lei, apenas a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco poderia ser beneficiada pela determinação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar pelo juiz.

Com o advento da Lei em questão, basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não se exigindo mais, portanto, um tempo mínimo de gestação nem mesmo risco nesta.

O inciso V, o qual era inexistente antes das alterações da Lei 13.257/16, estabeleceu que tendo a mulher um filho de até 12 (anos) de idade incompletos, poderia também ser beneficiada com a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Essa substituição não poderá ser realizada de forma automática pelo juiz caso alguma das hipóteses do art. 318 do Código de Processo Penal estiver presente. Deverá ser analisado o caso concreto, não bastando, portanto, a incidência apenas em alguma dessas hipóteses.

Dessa forma, deverá o princípio da adequação ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente poderá ser substituída pela domiciliar se for adequada à situação concreta.

Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado<sup>52</sup>.

Segundo o entendimento doutrinário de Eugênio Pacelli, Douglas Fischer<sup>53</sup> e de Noberto Avena<sup>54</sup>, é necessário analisar as circunstâncias do caso concreto para saber se a prisão domiciliar será suficiente.

---

<sup>52</sup>BRASILEIRO, Renato. *Manual de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>53</sup>OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>54</sup>AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Método, 2015.

Dessa forma, não basta, por exemplo, que a investigada ou ré esteja grávida (inciso IV) para ter direito, de forma automática à prisão domiciliar. Ela estando grávida será permitida a sua prisão domiciliar, mas para tanto é necessário que a concessão desta medida substitutiva não acarrete perigo à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou implique risco à aplicação da lei penal. Assim, além da presença de um dos pressuposto listados nos incisos do art. 318 do CPP, exige-se que, analisando o caso concreto, não seja indispensável a manutenção da prisão no cárcere.

Portanto, é necessário frisar que não existe um direito absoluto à prisão domiciliar, tem o juiz a faculdade de admitir ou não, dentro das hipóteses previstas em lei e de sua eficácia em relação ao caso concreto.

## **2 Considerações Gerais Da Lei Da Primeira Infância (Lei Nº.13.257/16)**

A lei nº 13.257 foi criada em 08 de março de 2016 e dispõe acerca de implementação de políticas públicas voltadas para as crianças que se encontram na primeira infância e faz algumas alterações significativas em alguns dispositivos legais, como podemos analisar em seu art. 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); acrescenta incisos ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; altera os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008; e acrescenta parágrafos ao art. 5º da Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

A referida lei segue o princípio basilar do melhor interesse da criança e a doutrina da proteção integral, também conhecida como princípio da prioridade absoluta, esta prevista no art. 227 da Constituição Federal. Nos ditames desse artigo, torna-se evidente o dever do Poder Público de garantir o desenvolvimento integral das crianças as quais se encontram na faixa etária da primeira infância<sup>56</sup>.

Algumas das alterações realizadas com o advento dessa lei foram em determinados assuntos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Consolidação das Leis do Trabalho, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Penal, como veremos a seguir.

Essa lei foi formulada a partir de estudos realizados com 90 crianças, as quais foram ouvidas, entrevistadas, se tornando protagonistas na criação da referida lei. A criança é um sujeito de direito, podendo, portanto, participar também na construção dos seus próprios direitos<sup>57</sup>.

O objeto da norma, portanto, é instituir regras de proteção à criança. Nesse sentido, Kesley Rodrigues nos informa que a referida lei faz parte de um conjunto de ações governamentais integrantes do Marco Regulatório da Primeira Infância para proteger e dar maior atenção à criança que esteja nessa fase determinante de sua vida<sup>58</sup>.

## 2.1 Definição legal da primeira infância

Conforme o art. 2º desta lei, a primeira infância abrange o período dos primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança: Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.

---

<sup>56</sup> AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Lei nº 13.257/2016: políticas públicas para a primeira infância*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4803, 25 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47246>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

<sup>57</sup> MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.etc.com.br/revista-brasil/edicao/2015-12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>58</sup> RODRIGUES, Kesley. *A empresa cidadã e a licença-paternidade estendida*. Disponível em: <[http://kesleymelrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/316638825/a-empresa-cidada-e-a-licenca-paternidade-estendida?ref=topic\\_feed](http://kesleymelrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/316638825/a-empresa-cidada-e-a-licenca-paternidade-estendida?ref=topic_feed)>. Acesso em: 6 nov. 2016.

O período compreendido como primeira infância é fundamental para o crescimento e formação da criança. Portanto, devem existir condições adequadas para que as mesmas alcancem progressivos graus de desenvolvimento em vista da vida adulta<sup>59</sup>.

O projeto contempla todas as crianças nessa faixa etária (0 a 6 anos), não as diferenciando no sentido de origem, de moradia. Como por exemplo, índios e crianças de periferia estão sujeitas a essa lei da mesma forma que qualquer outra criança. O direito da criança é multidisciplinar, abrange vários aspectos, como educação, saúde, moradia, lazer<sup>60</sup>.

Os direitos fundamentais da criança variam com a faixa etária, tendo direito ao pré natal, uma gestação saudável, amamentação, creche, lazer, convivência familiar, liberdade, cultura, participação na sociedade, dignidade, uma série de acompanhamentos<sup>61</sup>.

Como dito, a lei abrange todas as crianças nessa faixa etária, independente de onde a criança mora, ela necessita de uma atenção especial, pois está num período de formação fundamental e decisivo para sua vida<sup>62</sup>.

As chamadas crianças invisíveis, aquelas por exemplo que estão nas ruas, em situação que nenhuma criança deveria estar, também são de responsabilidade da sociedade e do Estado, sendo, portanto, inclusas na referida lei.

## 2.2 Motivos determinantes para a criação da Lei da Primeira Infância

Conforme dito anteriormente, devem existir mecanismos para os quais possibilitem o pleno desenvolvimento da criança a qual se encontra na primeira

---

<sup>59</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

<sup>60</sup>MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.ebc.com.br/revista-brasil/edicao/2015-12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>61</sup>MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.ebc.com.br/revista-brasil/edicao/2015-12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>62</sup>Ibidem

infância, visto que este período é o qual ocorre maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano<sup>63</sup>.

É comum pensarmos que a criança é só responsabilidade da família e do Estado, porém a sociedade também é. Nos ditames do art. 227, esses três agentes são os principais responsáveis a assegurar direitos fundamentais da criança, os quais são essenciais para o seu desenvolvimento.

Uma das previsões da referida lei é que a família seja acompanhada, pois ela é um ponto fundamental para que a criança cresça em um ambiente saudável no seu desenvolvimento inicial<sup>64</sup>.

Dessa forma, a família, a sociedade e o Estado devem trabalhar em conjunto para que a criança tenha a melhor base e formação possível, como podemos analisar a seguir:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>65</sup>.

Uma das razões para a criação da referida lei é a de fortalecer o princípio basilar do melhor interesse da criança e os direitos fundamentais elencados no art. 227 da Constituição Federal<sup>66</sup>.

Dessa forma, devem ser criados mecanismos para a facilitação do desenvolvimento da criança, os quais deverão ser estabelecidos com a ajuda do Estado, o qual tem o dever de estabelecer por exemplo políticas, programas e

---

<sup>63</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

<sup>64</sup>MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.ebc.com.br/revista-brasilia/edicao/2015-12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>65</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>66</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

serviços voltados para tal fim. Conforme o arts. 4º e 8º da referida lei mesmo estabelece<sup>67</sup>:

Art. 4º: A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4o da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral<sup>68</sup>.

Art. 8º: O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A União buscará a adesão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios à abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que articulem os diferentes setores<sup>69</sup>.

A valorização da família nuclear e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho, tornando-a cada vez mais ocupada foi mais um argumento para a criação desta lei, cabendo ao Estado o dever de auxiliar no cuidado e educação dos seus filhos<sup>70</sup>.

Um outro argumento seria acerca da efetivação da justiça social, já que algumas crianças por estarem inseridas em famílias com uma maior condição financeira, possuem um ótimo e estimulante ambiente de desenvolvimento ao seu redor, sendo na família ou em instituições. Porém, por outro lado, existem famílias as quais não possuem uma condição econômica favorável, o que prejudica o

---

<sup>67</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

<sup>68</sup>Ibidem

<sup>69</sup>Ibidem

<sup>70</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

ambiente de desenvolvimento da criança. Dessa forma, há um desequilíbrio, agravando as diferenças de desenvolvimento e aprendizagem<sup>71</sup>.

É notório perceber que as crianças que possuem um maior período de interação com outras crianças e com professores qualificados em instituições de ensino por exemplo, se desenvolvem melhor, adquirindo uma maior facilidade para inúmeras atividades seguintes no decorrer do seu crescimento<sup>72</sup>.

Portanto, a criação da Lei nº 13.257 de 2016 foi indispensável e fundamental e justificada por diversos argumentos, quais sejam pedagógico, econômico, jurídico, social, entre outros.

### **2.3 Importância da Lei nº 13.257/16**

A lei da Primeira Infância teve como principal objetivo o de enfatizar, fortalecer normas já existentes acerca de direitos de todas as crianças e adolescentes, como por exemplo na Constituição Federal e em outras leis específicas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei nº 13.257 então cria uma séria de ferramentas para garantir de fato esses direitos para a criança de 0 a 6 anos<sup>73</sup>.

Esse fortalecimento dá-se por meio de princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas integradas, direcionados para os direitos especiais das crianças na primeira infância, tendo em vista que são mais específicos, haja vista que é neste período o qual ocorre a maior transformação física, psicológica e afetiva do ser humano<sup>74</sup>.

Esse tema, portanto, é muito relevante para a sociedade, para o Estado, pois com uma boa formação e um bom desenvolvimento da criança, o país cresce, se desenvolve. As crianças que recebem um atendimento completo com certeza será um adolescente, um adulto mais saudável. Esse é o primeiro passo para melhorar a

---

<sup>71</sup>MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

<sup>72</sup>Ibidem

<sup>73</sup>Ibidem

<sup>74</sup>Ibidem.

vida do adolescente e da criança, investindo nos anos iniciais<sup>75</sup>. É importante que as crianças do nosso país sejam tratadas com dignidade pela sociedade, importante também que nós tenhamos essa preocupação<sup>76</sup>.

Torna-se claro a necessidade de implementação de certas medidas ao saber que o Brasil possui cerca de 20 milhões de crianças de até 6 anos de idade e muitas não são tratadas de forma digna. Nosso país está falho em vários pontos, como por exemplo, falta de vagas em creches, escolas públicas<sup>77</sup>.

Dessa forma, torna-se de fundamental importância a implementação da Lei nº 13.257 de 2016, com o objetivo de enfatizar normas já existentes sobre direitos das crianças e de execução de políticas públicas para assegurar tais direitos<sup>78</sup>.

## 2.4 Diretrizes do Plano Nacional da Primeira Infância

A nova lei permitirá que diversos programas, serviços e políticas públicas de atenção à criança sejam reformulados e novos sejam criados com o intuito de reduzir as desigualdades existentes no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança<sup>79</sup>.

O objetivo da Lei é atender áreas prioritárias para efetivação de políticas públicas como acesso à saúde, alimentação, educação infantil, convivência familiar e comunitária, assistência social à família da criança, cultura, bem como a proteção contra toda forma de violência<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

<sup>76</sup> MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.ebc.com.br/revista-brasilia/edicao/2015-12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>77</sup> Ibidem

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> MAGALHÃES, Tatiane de Barros. *Lei da primeira infância, você conhece?* Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/493396/t/lei-da-primeira-infancia-voce-conhecer>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Adriano. Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 2 de nov de 2016.

O pleno atendimento dos direitos da criança na primeira infância deverá constituir objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais e legais, a ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios<sup>81</sup>.

Deverão ser constituídos comitês intersetoriais de políticas públicas para a primeira infância pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ademais, a União deverá buscar a adesão dos demais entes federativos no atendimento dos direitos da criança na primeira infância<sup>82</sup>.

Conforme o art. 13 da Lei da Primeira Infância, os entes federativos deverão apoiar também a participação das famílias em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário visando, com prioridade aos contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento da criança<sup>83</sup>.

Portanto, a nova Lei determina de uma forma mais detalhada as diretrizes e programas a serem adotados pelo Estado e pela sociedade com o intuito de dar maior segurança às crianças de 0 a 6 anos, sempre buscando melhorar seu desenvolvimento<sup>84</sup>.

## 2.5 Principais Alterações Legais

A lei realizou algumas alterações em alguns ordenamentos, como no Estatuto da criança e do adolescente, no Código de processo penal, no âmbito do Direito do Trabalho, do Direito do consumidor, entre outras.

Todas essas mudanças possuem como único e principal objetivo fortalecer os cuidados e direitos que devem ser assegurados às crianças inseridas no período da primeira infância.

---

<sup>81</sup> OLIVEIRA, Adriano. Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 2 de nov de 2016..

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras impressões sobre a Lei 13.257/2016, Revista dos Tribunais, RT 967 de Maio de 2016.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Adriano. Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 2 de nov de 2016.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras impressões sobre a Lei 13.257/2016, Revista dos Tribunais, RT 967 de Maio de 2016.

Uma das alterações foi a ampliação do art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para não mais tratar apenas de gestante, mas sim alcançar todas as mulheres<sup>85</sup>:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde<sup>86</sup>

No art. 8º do ECA foi dada uma maior atenção aos atendimentos os quais devem ser realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às gestantes, como nutrição adequada, atenção humanizada a gravidez, ao parto e ao puerpério.<sup>87</sup>

Uma outra modificação importante foi a ampliação do texto do art. 11, §2º do mesmo dispositivo (ECA), especificando quais medicamentos o Poder Público deve fornecer de forma gratuita<sup>88</sup>:

2o: Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas<sup>89</sup>

Há ainda uma outra alteração a qual foi realizada pelo §2º do art. 13 do Estatuto, no caso de violência contra crianças da primeira infância, os diversos

---

<sup>85</sup>ISHIDA, Válter Kenil. *Estatuto da Primeira Infância*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/estatuto-da-primeira-infancia/16506>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

<sup>86</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

<sup>87</sup>ISHIDA, Válter Kenil. *Estatuto da Primeira Infância*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/estatuto-da-primeira-infancia/16506>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

<sup>88</sup>Ibidem

<sup>89</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

órgãos do Sistema de garantia de Direitos da criança e do Adolescente deverão assegurar uma máxima prioridade ao atendimento dessas crianças.<sup>90</sup>

Em relação à Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei da Primeira Infância acrescentou duas novas hipóteses de interrupção do contrato de trabalho ao rol do art. 473.

O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo ao salário até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira e por 1 (um) dia por ano para acompanhar o filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.

A Constituição Federal prevê o prazo de 120 dias de licença-maternidade, conforme o art. 7º, XVIII. Porém, em 2008 foi editada a Lei nº 11.770 por meio de um programa chamado “Empresa Cidadã”, o qual determina que a pessoa jurídica que possuir uma empregada que tenha tido filho, poderá conceder 180 dias de licença-maternidade e não apenas 120 dias conforme a Constituição Federal<sup>91</sup>.

Tal medida não é obrigatória e é estimulada pelo Governo por meio de incentivos fiscais. Porém, a adesão ao programa é considerada baixa pelo fato dos incentivos serem pequenos<sup>92</sup>.

A Lei da Primeira Infância alterou a Lei da “Empresa Cidadã”, estabelecendo a possibilidade de prorrogação do prazo de licença-paternidade também<sup>93</sup>.

Nos ditames do art. 7º, XVIII da Constituição Federal c/c art. 10, §1º do ADCT, o prazo de licença-paternidade é, em regra, de 5 dias. Porém, com o advento da Lei nº 13.257/16 houve a possibilidade de prorrogação desse prazo na Lei nº 11.770/2008 por mais 15 dias, perfazendo em 20 dias de licença<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup>ISHIDA, Válder Kenil. *Estatuto da Primeira Infância*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/estatuto-da-primeira-infancia/16506>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

<sup>91</sup>Ibidem

<sup>92</sup>Ibidem

<sup>93</sup>Ibidem

<sup>94</sup>Ibidem

Dessa forma, com a alteração do prazo da licença-paternidade, configura-se um maior tempo para o pai acompanhar seu filho nos primeiros dias de vida e, sobretudo, o direito da criança de ter o pai por perto<sup>95</sup>.

No tocante à alteração no Código de Defesa do Consumidor, foi determinado no art. 5º da Lei da Primeira Infância uma maior proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica<sup>96</sup>.

A Lei da Primeira Infância alterou e acrescentou ainda alguns dispositivos do Código de Processo Penal. Uma das alterações foi ter acrescentado o inciso X do art. 6º do CPP<sup>97</sup>.

O art. 6º do Código de Processo Penal estabelece algumas obrigações para o Delegado de Polícia a serem tomadas após o conhecimento da prática da infração penal<sup>98</sup>. Agora com a inclusão do inciso X ao artigo 6º do Código de Processo Penal, a autoridade policial deverá averiguar a existência de filhos da pessoa que cometeu a infração e, se existentes, quem é o responsável por seus cuidados<sup>99</sup>.

Ademais, tais informações deverão ser registradas no auto de prisão em flagrante, conforme alteração realizada pela Lei da Primeira Infância no art. 304 do Código de Processo Penal<sup>100</sup>.

Houve ainda uma outra inclusão relacionada às informações acerca da existência de filhos no art. 185, §10º do CPP, o qual estabelece que deverá constar no interrogatório, ou seja, o Juiz deverá realizar, de forma obrigatória, perguntas ao

---

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Adriano. *Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

<sup>96</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. *Estatuto da Primeira Infância – entenda as mudanças*. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

<sup>97</sup> Ibidem

<sup>98</sup> Ibidem

<sup>99</sup> Ibidem

<sup>100</sup> Ibidem

infrator se possui filhos e caso positivo, respectivas idades, se possuem alguma deficiência e o nome e contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos<sup>101</sup>.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o réu cumprir a prisão preventiva em regime domiciliar, ou seja, recolhido em sua residência. As hipóteses as quais se enquadram a prisão domiciliar estão previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal, o qual foi alterado pela Lei nº 13.257/2016<sup>102</sup>:

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;  
VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.  
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo<sup>103</sup>.

O artigo 41 da chamada Lei da Primeira Infância alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal, no que se diz no seu inciso IV e incluiu os incisos V e VI.

Antes das alterações do artigo 318 pela Lei 13.257/16, apenas a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco poderia ser beneficiada pela determinação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar pelo juiz<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. *Estatuto da Primeira Infância* – entenda as mudanças. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

<sup>102</sup> *Ibidem*

<sup>103</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>104</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. *Estatuto da Primeira Infância* – entenda as mudanças. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

Com o advento da Lei em questão, basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não se exigindo mais, portanto, um tempo mínimo de gestação nem mesmo risco nesta<sup>105</sup>.

O inciso V, o qual era inexistente antes das alterações da Lei 13.257/16, estabeleceu que tendo a mulher um filho de até 12 (anos) de idade incompletos, poderia também ser beneficiada com a substituição da prisão preventiva pela domiciliar<sup>106</sup>.

Houve ainda a inclusão do inciso VI ao art. 318 do CPP, o qual estabelece a possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o réu for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

---

<sup>105</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. *Estatuto da Primeira Infância – entenda as mudanças*. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

<sup>106</sup> Ibidem

### 3. Interpretação da Lei na Jurisprudência

Com o advento da Lei nº 13.257 de 2016<sup>107</sup>, surgiram vastas aplicações no âmbito da jurisprudência as quais são passíveis de análise. Julgados de primeiro grau e de tribunais superiores tem aplicado a nova lei de maneira razoável para a substituição da prisão preventiva em domiciliar.

Conforme o art. 318 do CPP<sup>108</sup>, este alterado pela Lei da Primeira Infância, cabe ao juiz conferir a substituição da prisão preventiva em domiciliar ao réu de forma facultativa. Diante disso, por se tratar de uma faculdade e de juízes possuírem diferentes opiniões, torna-se o dispositivo uma forma subjetiva.

Portanto, determinados juízes serão a favor da aplicação da Lei nº 13.257/2016<sup>109</sup> a um caso concreto, e outros não, por maioria das vezes considerá-la um perigo à segurança da ordem pública.

Para a consolidação deste capítulo, como dito no capítulo de introdução, foram estudados até a data da entrega do presente trabalho, 22 julgados do STJ e 6 julgados do STF por meio do site <https://www.jusbrasil.com.br>, os quais as defesas tinham como pedido liminar a substituição da prisão preventiva em domiciliar com base nas hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal, este alterado pela Lei nº 13.257/16.

Foram aqui analisados 4 julgados de cada Tribunal Superior. Dos 22 casos do STJ encontrados, 21 são acerca de tráfico, associação criminosa para o tráfico e um acerca de receptação c/c uso de documento falso. Já no caso do Supremo Tribunal Federal não foi encontrado nenhum caso que não seja crime relacionado a tráfico de substâncias ilícitas.

A respeito das peças as quais estão servindo como meio de aplicação da Lei nº 13.257/16, como Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem o entendimento de não

---

<sup>107</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

<sup>108</sup>Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>109</sup>Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov.2016.

admitir o conhecimento. No entanto, deve-se analisar o pedido feito na inicial, já que poderá ser possível de se conceder de ofício, em razão de duas hipóteses: coação ilegal ou constrangimento ilegal.

Conforme a Súmula 691 do Superior Tribunal Federal, a princípio, não compete a este Tribunal conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal ou coação ilegal<sup>110</sup>.

### **3.1 Aplicação da Lei no Superior Tribunal de Justiça**

Como ditto anteriormente, foram encontrados 22 julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, porém, foram objeto de análise para este trabalho 4 deles, quais sejam: Habeas Corpus Nº 351.494 - SP (2016/0068407-9)<sup>111</sup>, Habeas Corpus Nº 355.626 - SP (2016/0118788-6)<sup>112</sup>, Habeas Corpus Nº 379.603 - MS (2016/0306037-2)<sup>113</sup> e Habeas Corpus Nº 342.890 - SP (2015/0301862-1)<sup>114</sup>.

#### **3.1.1 HABEAS CORPUS Nº 351.494 - SP (2016/0068407-9)**

Refere-se de Habeas Corpus cuja paciente na data dos fatos possuía 19 anos, estava grávida e era mãe de uma filha de 2 anos. A ré é acusada de ingressar com

<sup>110</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num\\_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

<sup>111</sup>Ibidem

<sup>112</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>113</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 379.603/MS. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num\\_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>114</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 342.890/SP. Quinta Turma. Impetrante: João Flávio de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num\\_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

porções de cocaína e de maconha em estabelecimento prisional onde, segundo a denúncia, tais seriam entregues ao seu companheiro preso<sup>115</sup>.

A ré alega que estaria sofrendo constrangimento ilegal em face do indeferimento do pedido de liminar no HC n. 2039322-37.2016.8.26.0000 pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tribunal de origem, pela justificativa de permanecer presa sendo que possui um filho em casa e um nascituro que necessitam de seus cuidados<sup>116</sup>.

O Juiz de primeiro grau converteu a prisão em flagrante em preventiva e não deferiu o pedido de liminar para sua substituição por domiciliar. Isto por considerar que estavam presentes todos os requisitos da prisão preventiva conforme o art. 311 e seguintes do CPP como presença de prova de materialidade delitiva, indícios de autoria, garantia à ordem pública e aplicação da lei penal. Ademais, o Juiz *a quo*, considerou que diferentes medidas cautelares seriam insuficientes para o caso concreto<sup>117</sup>.

Já o Ministro Rogério Schietti Cruz, da Sexta Turma, proferiu decisão liminar a favor da paciente por determinados fatores: primeiramente, por considerar que a sua prisão é absolutamente desnecessária conforme a nova redação do art. 318 do CPP, visto que possuía na data dos fatos, um filho menor impúbere e se encontrava gestante de outro, consistindo em dois requisitos do mesmo artigo. Assevera que a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e na Lei da Primeira Infância estão em posição de importância. Ademais, foi deferido o pedido de liminar pelo fato do juiz de primeiro grau não ter indicado peculiaridades concretas que justifiquem a prisão preventiva<sup>118</sup>.

Outra justificativa do deferimento defendida pelo Relator é devido a ausência de situação de “incontornável urgência da medida extrema”, ou seja, casos os quais

---

<sup>115</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num\\_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

<sup>116</sup>Ibidem

<sup>117</sup>Ibidem

<sup>118</sup>Ibidem

considera-se a cautela máxima a única hipótese de tutela<sup>119</sup>.

O Ministro adverte ainda que o uso do verbo “poderá” no “caput” do art. 318 do CPP, alterado com o advento da Lei da Primeira Infância, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei<sup>120</sup>.

Portanto, podemos verificar o claro contraste das decisões dos juízes neste mesmo caso. O juiz *a quo* no referido caso indeferiu o pedido de liminar de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar pelo fato de considerar qualquer outra medida insuficiente. Já o Ministro da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, deferiu a liminar, considerando absolutamente desnecessária a prisão preventiva no caso desta paciente, aplicando a lei nº 13.257/16, com o intuito de proteger e preservar os laços familiares<sup>121</sup>.

### **3.1.2. HABEAS CORPUS Nº 355.626 - SP (2016/0118788-6)**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, interposto em favor de Maria Betania da Silva contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2008896-42.2016.826.0000)<sup>122</sup>.

A ré estaria sendo acusada de ter cometido tráfico ilícito de entorpecentes c/c associação criminosa (art. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06), visto que, conforme os autos, a ré e mais três agentes teriam sido presos em flagrante no dia 28 de dezembro de 2015<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num\\_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

<sup>120</sup>Ibidem

<sup>121</sup>Ibidem

<sup>122</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>123</sup>Ibidem

Foram encontrados na casa da ré e de seu companheiro (outro réu) 116 (cento e dezesseis) gramas de cocaína escondidos em um saco de carvão e R\$1.722,00 (um mil e setecentos e vinte e dois reais) em dinheiro, em diversos locais escondidos na residência. Ademais, foram encontrados 6 (seis) aparelhos celulares na casa, um deles objeto de furto. Na residência de um dos outros réus foi encontrada balança de precisão <sup>124</sup>.

Houve interceptação telefônica autorizada pelo juízo de origem, a qual permitiu afirmar o papel de cada um dos associados na associação criminosa. De acordo com a interceptação, foi possível constatar que a ré auxiliava na entrega e no armazenamento da droga. Portanto, não se pode negar o pleno conhecimento sobre os fatos delitivos pela parte ré <sup>125</sup>.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com base no art. 310, II do Código de Processo Penal, já que os delitos os quais estariam sendo acusados possuem pena máxima de 4 (quatro) anos. Ademais, o juízo *a quo* considerou estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, qual sejam: indícios de autoria e provas de materialidade <sup>126</sup>.

O Tribunal de origem ainda justificou a prisão preventiva nos ditames do art. 312, CPP: por ser necessária para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, os agentes são considerados de certa periculosidade já que possuem passagens policiais. Há ainda a justificativa da decretação da prisão preventiva por se tratar de crimes graves, os quais desestruturam a sociedade e incentivam a ocorrência de diversos outros delitos <sup>127</sup>.

Irresignada com a manutenção da prisão preventiva, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual

---

<sup>124</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>125</sup>Ibidem

<sup>126</sup>Ibidem

<sup>127</sup>Ibidem

indeferiu o pedido de liminar <sup>128</sup>.

Desse modo, indeferido o pedido liminar no Tribunal Estadual, a parte ré impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando ter circunstâncias pessoais favoráveis e a ausência dos requisitos previstos no art. 312 e 313 do CPP. Ademais, apresenta em defesa o princípio de presunção de inocência, defendendo ser suficiente a aplicação de medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP. Afirma ainda ser mãe de uma criança de 6 (seis) anos de idade, motivo este o qual considera que deve ser aplicada a modalidade de prisão domiciliar <sup>129</sup>.

Dessa forma, a parte ré requereu a revogação da prisão preventiva com aplicação de medidas alternativas do art. 319, incisos I, IV, V do CPP e de forma subsidiária, pediu a substituição da preventiva em domiciliar, conforme o art. 318 do CPP<sup>130</sup>.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela deferimento da liminar até o julgamento final da ação penal. Já o Superior Tribunal de Justiça considerou inviável a revogação da prisão preventiva com aplicação de medidas alternativas, pois estas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública<sup>131</sup>.

Foi considerado inviável também a substituição da prisão preventiva em domiciliar, pois foi considerado que a paciente não preenchia os requisitos legais para a substituição pelo fato de sua filha não ostentar menos de 6 (seis) anos de idade (art. 318, III, CPP)<sup>132</sup>.

No voto dado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik ficou descrito também que o fato não ensejaria no art. 318, III do CPP por não ter sido demonstrada nos autos a

---

<sup>128</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>129</sup>Ibidem

<sup>130</sup>Ibidem

<sup>131</sup>Ibidem

<sup>132</sup>Ibidem

imprescindibilidade da paciente para os cuidados do filho menor<sup>133</sup>.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça entende ser indiferente o paciente ser primário, com família constituída, residência fixa e que alega possuir ocupação lícita<sup>134</sup>:

A existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela<sup>135</sup>.

Verificou-se, portanto, que a prisão preventiva foi adequadamente fundamentada, visto que as instâncias ordinárias demonstraram, com base em elementos concretos, a gravidade dos delitos e a necessidade da constrição à liberdade de locomoção por se tratar de crimes os quais ensejariam risco a segurança da ordem pública<sup>136</sup>.

Dessa forma, foi considerado inviável tanto a revogação da prisão preventiva com aplicação de medidas alternativas quanto a substituição da prisão preventiva em domiciliar<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>134</sup> Ibidem

<sup>135</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC 432.39/RJ. Quinta Turma. Impetrante: Raphael de Almeida Lima Impetrado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1341622&num\\_registro=201304011090&data=20140902&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1341622&num_registro=201304011090&data=20140902&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num\\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521571&num_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>137</sup> Ibidem

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

No caso, foi interposto habeas corpus em favor da paciente Adrielly Feitosa Pedroso contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n. 1410524-08.2016.8.12.0000) <sup>138</sup>.

Consta nos autos que a ré foi presa em flagrante pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Teria sido encontrado com a paciente e demais coautores a quantidade de 34 (trinta e quatro) gramas de cocaína e de 1.864 (um mil e oitocentos e sessente e quatro) gramas de maconha a ser comercializada em “boca de fumo”<sup>139</sup>.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva e, inconformada, a paciente impetrou habeas corpus, com pedido liminar perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, porém, este não o deferiu<sup>140</sup>.

No habeas corpus impetrado no Tribunal Estadual, a ré alegou que a prisão preventiva era de caráter ilegal e que deveria ser substituída por domiciliar já que é primária, possui residência fixa e ocupação lícita. Ademais, sustenta que o seu caso incide no art. 318, do Código de Processo Penal já que possui filhos menores, um de 01 (um) ano e outro de 03 (três) anos que necessitam de seus cuidados, além de ser mãe solteira<sup>141</sup>.

A ré argumentou também que a sua liberdade poderia ter sido deferida mediante o cumprimento de alguma medida diversa conforme o art. 319 do Código de Processo Penal<sup>142</sup>.

Uma das justificativas do indeferimento da liminar foi por se tratar de delito grave que coloca em risco a ordem pública. Foi colocado como justificativa também

---

<sup>138</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 379.603/MS. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num\\_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>139</sup> Ibidem

<sup>140</sup> Ibidem

<sup>141</sup> Ibidem

<sup>142</sup> Ibidem

o fato da ré não ter demonstrado a efetiva imprescindibilidade da sua presença na residência para os cuidados de seus filhos e a inexistência de outras pessoas que possam prestar cuidados aos infantes<sup>143</sup>.

O Tribunal Estadual afirmou ainda que a presença da ré junto aos filhos seria danosa e prejudicial aos mesmos, basenado-sena proteção integral à infância e à adolescência. Portanto, não foi considerada viável a aplicação do art. 318 do Código de Processo Penal<sup>144</sup>.

Dessa forma, a ré impetrou Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário perante o Superior Tribunal de Justiça o qual concedeu a substituição da prisão preventiva em domiciliar com base no art. 318, V, CPP<sup>145</sup>.

O Tribunal Superior defendeu que o inciso V do art. 318 do CPP não condiciona a prisão domiciliar da mulher com filho menor de 12 (doze) anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infant<sup>146</sup>.

No voto dado pelo Ministro pode-se depreender que a decisão foi baseada na proteção integral da criança a fim de resguardar a integridade física e moral das filhas da ré. Foi considerado também o fato da paciente ser primária e possuir residência fixa e ocupação lícita<sup>147</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, determinou a substituição nos ditames do art. 317 e com base no art. 318, V, ambos do Código de Processo Penal: “Consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 379.603/MS. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num\\_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF)> Acesso em: 13

<sup>144</sup> Ibidem

<sup>145</sup> Ibidem

<sup>146</sup> Ibidem

<sup>147</sup> Ibidem

<sup>148</sup> Ibidem

### 3.1.4 HABEAS CORPUS Nº 342.890 - SP (2015/0301862-1)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de Helen Tatiani Silva Garavazzo contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o qual denegou a ordem no julgamento do HC nº 2139204-06.2015.8.26.0000<sup>149</sup>.

A parte ré foi presa em flagrante no dia 6 de julho de 2015 pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 180, caput e 304, caput, quais sejam: receptação e uso de documento falso, respectivamente, ambos do Código Penal. Teria a ré sido surpreendida conduzindo veículo automotor produto de roubo e apresentou Carteira Nacional de Habilitação com data de validade divergente daquela presente nos sistemas oficiais<sup>150</sup>.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Desse modo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Estadual, pedindo a substituição da prisão preventiva em domiciliar, o qual foi indeferido. A defesa alegou ter colaborado com a autoridade policial, já que forneceu dados referentes às pessoas envolvidas com a aquisição do automóvel e afirma ter renovado a sua Carteira de Habilitação por meio de despachante credenciado<sup>151</sup>.

A defesa alegou ainda que a decisão que proferiu a prisão preventiva foi decretada por fundamentação inidônea, pois foi justificada por gravidade abstrata do delito. Dessa forma, pleiteou pela nulidade da referida decisão. Ademais, sustentou ter constrangimento ilegal presente pela falta dos pressupostos autorizadores elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.<sup>152</sup>

Além disso, a defesa alegou que a ré possui condições favoráveis já que é primária, possui família constituída. A ré demonstrou ainda que possui dois filhos, sendo um de 6 (seis) anos e outro de 10 (dez) anos, os quais possuem um vínculo

---

<sup>149</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 342.890/SP. Quinta Turma. Impetrante: João Flávio de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num\\_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>150</sup>Ibidem

<sup>151</sup>Ibidem

<sup>152</sup>Ibidem

enorme com a mãe, visto que tiveram que ser encaminhados para tratamento psicológico, conforme relatório do Conselho Tutelar<sup>153</sup>.

Porém, mesmo diante de todas as alegações de defesa ditas anteriormente, o Tribunal Estadual denegou o pedido com a justificativa de assegurar a ordem pública. Ademais, o tribunal de origem considerou não ter fundamento a substituição da prisão preventiva em domiciliar pelo fato da parte ré possuir filhos os quais sentem falta da mãe, visto que já foram encaminhados para tratamento multidisciplinar. Dessa forma, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça<sup>154</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça alegou a falta de cabimento de tal ação constitucional, visto que o correto teria sido recurso ordinário, conforme o art. 105, II, “a” da Constituição Federal. Ademais, afirmou ainda que de acordo com entendimento jurisprudencial (Súmula 691, STF), não deveria ser admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio. Porém, deve ser analisado se é caso de flagrante ilegalidade<sup>155</sup>.

O Ministro Relator adverte ainda que é caso de constrangimento ilegal caso haja a privação de liberdade embasada em decisão judicial não fundamentada, ou seja, que não demonstre os requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: indícios de autoria e materialidade do crime. Afirma ainda que tal Tribunal Superior e o Supremo seguem o entendimento que a decisão deve ser pautada em motivação concreta e não apenas considerações abstratas sobre a gravidade do crime<sup>156</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça ainda entendeu que a decisão do tribunal de origem não pode ser considerada inidônea, pois foi considerado que era necessário medida extrema para com a ré.

---

<sup>153</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 342.890/SP. Quinta Turma. Impetrante: João Flávio de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num\\_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>154</sup> Ibidem

<sup>155</sup> Ibidem

<sup>156</sup> Ibidem

Porém, o Tribunal Superior, a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional dos filhos da paciente, menores de 12 anos, considerou o art. 318, V do Código de Processo Penal aplicável no caso concreto, determinando, portanto, a substituição da prisão preventiva em domiciliar.

### 3.2 Aplicação da Lei nº 13.257/16 no Supremo Tribunal Federal

Pelo fato de muitos pedidos liminares terem sido indeferidos no Superior Tribunal de Justiça, alguns agentes indignados, impetraram *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, com o mesmo pedido liminar, qual seja: substituição da prisão preventiva em domiciliar.

Como ditto anteriormente, foram encontrados 6 julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, porém, foram objeto de análise para este trabalho 4 deles assim como os julgados do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: Medida Cautelar no Habeas Corpus Nº 139.145<sup>157</sup>, Habeas Corpus Nº 133.177<sup>158</sup>, Agravo Regimental no Habeas Corpus Nº 134.096<sup>159</sup> e Medida Cautelar no Habeas Corpus Nº 136.408<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 139.145/MG. Segunda Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto. Coator: Relator do HC nº 380.933 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139145%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/he4gubb>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>158</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>159</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hkl1f2>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>160</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 136.408/SP. Primeira Turma. Impetrante: Luciano Pereira da Cruz. Coator: Relator do HC nº 368277 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136408%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gn6ngup>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

### 3.2.1 MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS Nº 139.145 - SP

Tal Ação Constitucional foi impetrada com pedido liminar por Merhej Najm Neto e outro em favor de Monique de Castro Dias, contra decisão a qual indeferiu o pedido de liminar, proferida pelo Ministro Ribeiro Dantas do Superior Tribunal de Justiça<sup>161</sup>.

A parte ré de 19 anos de idade foi presa em flagrante no dia 19 de novembro de 2016 pela suposta prática do delito previsto no art. 33, caput e 40, III ambos da Lei 11.343/06, qual seja tráfico ilícito de drogas, pois a mesma tentou adentrar na Penitenciária de Álvaro de Carvalho/SP na posse ilícita de aproximadamente 65 g de maconha. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com base em dois motivos: garantia à ordem pública e diante da gravidade do delito<sup>162</sup>.

O pedido de liberdade provisória foi indeferido. Dessa forma, a defesa impetrou ao Tribunal de Justiça de São Paulo o *habeas corpus* nº 2241848-90.2016.8.26.0000 cujo relator indeferiu o pedido de liminar de substituição da prisão preventiva em domiciliar<sup>163</sup>.

Diante disso, a ré impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça o qual indeferiu novamente o seu pedido de liminar. A ré alegou nesse *habeas corpus* a total ilegalidade da preventiva, visto que esta foi decretada em razão de justificativa absolutamente abstrata, genérica e desprovida de fundamentação idônea<sup>164</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça mais uma vez invocou o entendimento da súmula 691, qual seja: não cabe habeas corpus contra decisão que indefere pedido

---

<sup>161</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 139.145/MG. Segunda Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto. Coator: Relator do HC nº 380.933 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139145%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/he4gubb>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>162</sup>Ibidem

<sup>163</sup>Ibidem

<sup>164</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 380.933/SP. Quinta Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 7 de dezembro de 2016. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=67720426&tipo=0&nreg=201603176000&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161207&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada<sup>165</sup>.

Indignada, a defesa impetrou o referido *habeas corpus* mediante o Supremo Tribunal Federal com a intenção com que seja a prisão preventiva substituída pela domiciliar sustentando a ocorrência de constrangimento ilegal pelo fato da prisão preventiva ter sido decretada na justificativa de assegurar a ordem pública baseada apenas na gravidade abstrata do crime, fundamento considerado insuficiente para manter a ré em prisão preventiva<sup>166</sup>.

A defesa sustentou também a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, conforme o art. 319 do Código de Processo Penal<sup>167</sup>.

Com base na defesa, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de liminar justificando-se com diversos institutos e princípios como: princípio da proteção à maternidade e à infância previsto no art. 5º, inciso L e art. 6º ambos da Constituição Federal, princípio da dignidade da pessoa humana, o bem-estar do menor e com base na previsão de substituição da preventiva em domiciliar elencada no art. 318, V, Código de Processo Penal<sup>168</sup>.

### **3.2.2 HABEAS CORPUS Nº 133.177 – SP**

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Mara Regina da Silva contra decisão proferida pelo Ministro Jorge Mussi do Superior Tribunal de Justiça, o qual indeferiu

---

<sup>165</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 380.933/SP. Quinta Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 7 de dezembro de 2016. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=67720426&tipo=0&nreg=201603176000&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161207&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>166</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 139.145/SP. Segunda Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto. Coator: Relator do HC nº 380.933 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139145%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/he4gubb>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

<sup>167</sup>Ibidem

<sup>168</sup>Ibidem

o pedido liminar do HC nº 349.131<sup>169</sup>.

Conforme consta nos autos, defere-se que a parte ré foi presa em flagrante no dia 7 de novembro de 2015 pela suposta prática do crime descrito no art. 33, caput c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, pois a mesma tentou ingressar na Penitenciária de Junqueirópolis/SP na posse ilícita de aproximadamente 231 g (duzentos e trinta e um gramas) de maconha<sup>170</sup>.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva, e, indignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal Estadual com o objetivo de revogar tal custódia, porém, este a indeferiu<sup>171</sup>.

Dessa forma, a defesa impetrou novamente *habeas corpus*, só que dessa vez no Superior Tribunal de Justiça. Porém, este Tribunal Superior indeferiu liminarmente o pedido invocando a Súmula 691 do STF. Contra tal decisão não houve a interposição de agravo regimental<sup>172</sup>.

A defesa então impetrou *habeas corpus* diante do Supremo Tribunal Federal, o qual determinou que poderia ser avaliado se seria caso de constrangimento ilegal ou abuso de poder para que pudesse afastar a Súmula 691<sup>173</sup>.

A parte ré alegou que estava no 8º (oitavo) mês de gravidez e que possuía circunstâncias pessoais favoráveis, quais sejam: primariedade, bons antecedentes e residenciada em endereço fixo<sup>174</sup>.

Ademais, a defesa alegou que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decretou a prisão preventiva de forma inidônea, já que a determinou com base em

---

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>170</sup> Ibidem

<sup>171</sup> Ibidem

<sup>172</sup> Ibidem

<sup>173</sup> Ibidem

<sup>174</sup> Ibidem

elementos abstratos sobre a suposta gravidade do crime de tráfico <sup>175</sup>.

Dessa forma, a defesa pede a revogação da prisão preventiva ou, de forma subsidiária, a substituição por domiciliar, nos termos do art. 318, III, IV, do Código de Processo Penal <sup>176</sup>.

O Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido liminar, visto que seria uma afronta a diversos princípios e artigos a continuidade da prisão preventiva, já que a ré estava em período avançado de gravidez <sup>177</sup>.

Em sua decisão, o Supremo invocou em favor da ré <sup>178</sup>:

- Princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º da Constituição Federal <sup>179</sup>,
- Direito à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres reclusas de permanência com seus filhos durante a fase da amamentação, previstos nos art. 5º, L e art. 6º, ambos da Constituição Federal <sup>180</sup>:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] L: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação <sup>181</sup>.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bkctcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>176</sup> Ibidem

<sup>177</sup> Ibidem

<sup>178</sup> Ibidem

<sup>179</sup> Ibidem

<sup>180</sup> Ibidem

<sup>181</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta  
Constituição<sup>182</sup>

- Direito à proteção à família pelo Estado, previsto nos arts. 226 e 227 da Carta Magna<sup>183</sup>:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado<sup>184</sup>.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>185</sup>.

- O direito a condições mínimas de assistência às mães presas e aos recém-nascidos, previsto nos arts. 14, 83, 89 da Lei de Execução Penal (Lei nº7.210/1984)<sup>186</sup>:

Art. 14º:[...]§ 3o. Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido<sup>187</sup>

Art. 83º:[...] § 2o. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas

<sup>182</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>184</sup>BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

<sup>185</sup> Ibidem

<sup>186</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>187</sup> Brasil, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade<sup>188</sup>.

Art. 89º. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável<sup>189</sup>.

- O direito à atendimento pré e perinatal e também o acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda o direito à amamentação inclusive no caso de mães privadas de liberdade<sup>190</sup>:

Art. 7º: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência<sup>191</sup>.

Art. 8º: É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º: A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º: A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º: Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º: Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências

<sup>188</sup> Brasil, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>189</sup> Ibidem

<sup>190</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>191</sup> Brasil, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

do estado puerperal.

§ 5º: A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Art. 9º: O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade<sup>192</sup>.

Art. 10º: Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe<sup>193</sup>.

- As hipóteses de substituição da prisão preventiva em domiciliar conforme o art. 318 da Lei nº 13.257/16<sup>194</sup>:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei no 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei no 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei no 12.403, de 2011).

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

V - **mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade**

<sup>192</sup>Brasil, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

<sup>193</sup>Ibidem

<sup>194</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bkctcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

**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.** (Incluído pela Lei no 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Grifos nossos)<sup>195</sup>

Portanto, neste caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo deferimento da prisão preventiva em domiciliar. O Supremo entendeu que mesmo se tratando de crime de tráfico, tal medida era concebível já que possuía amparo legal para tanto, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção à maternidade e à infância<sup>196</sup>.

Da mesma maneira foi decidido em casos semelhantes, a saber:

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. **Paciente lactante.** Revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, concessão de prisão domiciliar. Possibilidade. 4. **Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor.** 5. Súmula 691. **Manifesto constrangimento ilegal. Superação.** 6. **Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP.** 7. **Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar.** (Grifos nossos)<sup>197</sup>.

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores. Prisão preventiva. 3. **Paciente gestante.** Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 4. **Garantia do princípio da**

<sup>195</sup> Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>196</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 134.069/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 353.804 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de abril de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134069%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hmgn3pj>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

**proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP 6. Segregação cautelar mantida com base apenas na gravidade abstrata do crime. 7. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 8. Súmula 691 do STF. **Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 9. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar.**(Grifos nossos)<sup>198</sup>.**

Dessa forma, priorizou-se o bem-estar do menor, como também do nascituro, principalmente por essa fase demandar cuidados extremos e o período da amamentação ser crucial para o desenvolvimento da criança<sup>199</sup>.

### **3.2.3 AG. REG. NO HABEAS CORPUS Nº134.096 - PB**

Trata-se de agravo regimental contra a decisão pela qual o Ministro Dias Toffoli negou o seguimento ao Habeas Corpus com pedido de liminar impetrado em favor de Edjaneide da Silva Cruz e contra decisão proferida pelo Ministro Joel Ilan Pacionik do Superior Tribunal de Justiça a qual indeferiu pedido de liminar (HC nº 353.732)<sup>200</sup>.

Consta nos autos que a ré foi presa preventivamente no dia 17 de dezembro de

<sup>198</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 134.104/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 353.816 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de abril de 2016. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134069%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hmgn3pj>> Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bktcy>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hklltf2> Acesso em: 16 fev. 2017.

2014 por ter supostamente praticado delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes)<sup>201</sup>.

Dessa forma, a defesa impetrou habeas corpus (nº 0800219-64.2015.815.0000) perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraíba. Sustenta que a prisão preventiva deveria ser substituída por domiciliar já que possui 2 (dois) filhos menores, um de 1 (um) ano e 2 (dois) meses e uma de 11 (onze) anos. Se enquadrando, portanto, nas hipóteses de substituição da prisão preventiva em domiciliar de acordo com o art. 318, incisos III e V do Código de Processo Penal. Ademais, narra que os infantes dependem dos seus cuidados e que não há na família pessoas aptas a cuidarem de seus filhos<sup>202</sup>.

O Tribunal Estadual indeferiu o pedido de liminar do habeas corpus pelo fato de considerar a decretação da prisão preventiva necessária pela alta periculosidade dos delitos praticados. Ademais, foi indeferido por não ter sido comprovado a imprescindibilidade da presença da mãe aos cuidados de seus filhos, visto que estes estavam sendo cuidados pelos avós maternos<sup>203</sup>.

Dessa forma, inconformada, a ré impetrou o Habeas Corpus nº 353.732 perante o Superior Tribunal de Justiça. Este Tribunal alegou que tal ação constitucional não deveria nem mesmo ser conhecida de acordo com orientação jurisprudencial (Súmula 691 do STF), porém, alegou ser importante verificar a possível ocorrência de constrangimento ilegal<sup>204</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça não identificou constrangimento ilegal nem

---

<sup>201</sup> Ibidem

<sup>202</sup> Ibidem

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hklltf2> Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>204</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 353.732/PB. Quinta Turma. Impetrante: Djaci Silva De Medeiros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Paraíba. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=59841000&tipo=0&nreg=201600993522&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160418&formato=PDF&salvar=fals>>. Acesso em: 18 fev. 2017

mesmo a presença de *fumus boni iuris* nem *periculum in mora*, elementos essenciais para a concessão da tutela de urgência. Portanto, o STJ indeferiu o pedido de liminar<sup>205</sup>.

Diante disso, a parte ré impetrou HC nº 134.096 perante o Superior Tribunal Federal, este indeferiu o pedido de liminar seguindo os mesmos posicionamentos do Tribunal de Justiça Estadual, quais sejam: falta de demonstração da imprescindibilidade da presença da mãe aos cuidados dos filhos, já que os avós maternos estavam responsabilizados para tanto. Portanto, tal habeas corpus foi indeferido pelo Ministro Dias Toffoli<sup>206</sup>.

Contra esta decisão, a defesa interpôs Agravo Regimental no qual questiona os fundamentos da decisão agravada, bem como reitera os fundamentos suscitados na inicial da impetração<sup>207</sup>.

O Ministro Dias Toffoli permanece com o pensamento que a hipótese narrada não merece reparos, pois a questão não enseja em constrangimento ilegal, sendo, portanto, resolvida conforme jurisprudência da Corte (Súmula 691, STF)<sup>208</sup>.

Além disso, o STF considerou que o *writ* não tinha sido instruído de forma adequada, por não trazer documentos necessários ao exame da pretensão posta em juízo<sup>209</sup>.

Dessa forma, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, de forma unânime a rejeição dos embargos de declaração, mas concedeu a ordem de ofício para determinar ao juízo de origem que analise se a embargante atende aos pressupostos necessários à substituição preventiva pela domiciliar na forma do art.

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hklIf2>Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>206</sup> Ibidem

<sup>207</sup> Ibidem

<sup>208</sup> Ibidem

<sup>209</sup> Ibidem

318 do Código de Processo Penal<sup>210</sup>.

### **3.2.4 MEDIDA CAUTELAR NO HC Nº 136.408 – SP**

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de Renata Mendes dos Santos contra decisão proferida pelo Relator do habeas corpus nº 368.277 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>211</sup>

Consta nos autos, que a ré foi presa em flagrante por ter supostamente cometido o crime previsto no art. 33, caput (tráfico de drogas) da Lei nº 11.343/06, visto que foi encontrado 890 g (oitocentos e noventa gramas) de maconha de sua autoria<sup>212</sup>.

Em 1º de junho de 2016, ocorreu a conversão da prisão em flagrante pela prisão preventiva pela Quadragésimo Quinta Circunscrição Judiciária da Comarca de Mogi das Cruzes/SP<sup>213</sup>.

Foi determinado que medidas alternativas à constrição seriam insuficientes, já que a parte ré possui maus antecedentes e a necessidade de garantir a ordem pública e conveniência da instrução criminal<sup>214</sup>.

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal Estadual, alegando ser possível a revogação da prisão preventiva ou de forma subsidiária a substituição em domiciliar, com base no art. 318, III do Código de Processo Penal e a imprescindibilidade da participação da paciente na primeira infância das filhas

---

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hklItf2> Acesso em: 16 fev. 2017.

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 136.408/SP. Primeira Turma. Impetrante: Luciano Pereira da Cruz. Coator: Relator do HC nº 368277 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136408%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gn6ngup> Acesso em: 17 fev. 2017.

<sup>212</sup> Ibidem

<sup>213</sup> Ibidem

<sup>214</sup> Ibidem

menores<sup>215</sup>.

A Sexta Câmara de Direito Criminal, porém, indeferiu o pedido de liminar alegando que a prisão preventiva foi decretada de forma devidamente fundamentada e que apenas a existência de filhos menores não induziria, necessariamente, o deferimento de custódia domiciliar<sup>216</sup>.

Dessa forma, a defesa impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça retomando os pedidos feitos anteriormente. O Relator indeferiu o pedido de liminar se justificando com base na grande quantidade de droga envolvida no delito e o possível risco de reiteração<sup>217</sup>.

Inconformada, a defesa impetrou novamente habeas corpus, só que dessa vez perante o Supremo Tribunal Federal alegando que a prisão preventiva foi decretado com base em elementos abstratos. Argumenta ainda haver ilegalidade apta a afastar a Súmula 691 do Sumpremo. Defende ainda, com base no princípio da proteção integral, versado no art. 227 da Carta Magna que a ré deve zelar pelos filhos menores, ainda mais que seu marido, pai das crianças está detido também<sup>218</sup>.

Diante disso, o Supremo deferiu o pedido em favor da ré, nos ditames do art. 318, V do Código de Processo Penal e foram determinads algumas condições para o deferimento da liminar, quais sejam: permanência na residencia indicada em juízo, atendimentos aos chamamentos judiciais, informar caso haja transferência e de adotar a postura que se aguarda da cidadã integrada à sociedade<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 136.408/SP. Primeira Turma. Impetrante: Luciano Pereira da Cruz. Coator: Relator do HC nº 368277 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136408%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gn6ngup>> Acesso em: 17 fev. 2017.

<sup>216</sup>Ibidem

<sup>217</sup>Ibidem

<sup>218</sup>Ibidem

<sup>219</sup>Ibidem

### 3.3 - Conclusão Acerca dos Julgados Estudados

Portanto, pode-se verificar no estudo realizado, que a maioria dos julgados encontrados possuem réas as quais estariam sendo acusadas por terem, supostamente, realizado delito tipificado na Lei 11.343/06, quais sejam: Tráfico de drogas, associação criminosa para o tráfico de substâncias entorpecentes, entre outros.

Dos vinte e dois casos analisados do Superior Tribunal de Justiça, doze deferiram o pedido liminar de substituição da prisão preventiva em domiciliar e os outros dez não. Dos quatro julgados do STJ narrados neste capítulo, três deferiram o pedido liminar e o outro não.

O julgado do STJ narrado no presente trabalho que indeferiu o pedido liminar (HC nº355.626) justificou a decisão por considerar que qualquer outra medida que não seja a prisão preventiva seria insuficiente para a manutenção da Ordem Pública.

Ademais, o Ministro deste último remédio constitucional alegou não ser aplicável o art. 318 do Código de Processo Penal mesmo a ré possuindo filho, pelo fato da mesma não ter demonstrado a imprescindibilidade da sua presença para os seus cuidados. Da mesma forma, foi decidido no HC nº 379.603, STJ, RHC nº 65.942, RHC nº 63.019, HC nº 1410524.08.2016.8.12.0000, entre outros julgados.

De outro lado, nas decisões dos HC nº 351.494, nº 379.603 e nº 342.890 foram deferidos os pedidos liminares de substituição de prisão preventiva em domiciliar com base no art. 318 do CPP, este alterado pela Lei nº 13.257/16. Em suas decisões, os Ministros invocaram diversos princípios, direitos e institutos os quais são favoráveis às mulheres gestantes e às crianças.

Já dos 6 casos analisados do Superior Tribunal Federal, 4 deferiram o pedido liminar de substituição da prisão preventiva em domiciliar e os outros 2 não. Dos quatro julgados do STF narrados no presente capítulo, três deferiram o pedido liminar e o outro não.

Dos dois julgados estudados os quais decidiram pelo indeferimento do pedido liminar, um deles (AG REG no HC nº 134.096) justificou a sua decisão por

considerar que a ré, mãe de dois filhos não teria demonstrado a imprescindibilidade da sua presença para os cuidados dos infantes.

De antemão, as decisões as quais deferiram as liminares foram embasadas em princípios, institutos e direitos favoráveis às mulheres gestantes e às crianças assim como o Superior Tribunal de Justiça.

Podemos concluir, portanto, que muitos desses remédios constitucionais são impetrados com o objetivo de substituir a preventiva em domiciliar na justificativa que ocorreu constrangimento ilegal e que deveria ser aplicado o art. 318 do CPP. A maioria dos pedidos nesta hipótese estão sendo deferidos, porém, muitas das decisões que estão denegando o pedido estão as fazendo ou por motivo de assegurar a ordem pública ou por considerar que a mãe não demonstrou a imprescindibilidade da sua presença aos cuidados de seus filhos

## CONCLUSÃO

Como podemos ver, o que está em jogo é de grande relevância, é a geração do futuro. A nova Lei nº13.257/16 foi criada com o objetivo de garantir uma proteção à primeira infância, ou seja, período compreendido dos 1 a 6 anos, momento crucial do crescimento e formação da pessoa.

A Lei da Primeira Infância alterou o art. 318 do Código de Processo Penal, adicionando novas hipóteses de substituição da prisão preventiva em domiciliar com a intenção de assegurar o convívio familiar, este muito importante para a formação da criança.

Muitos dos juízes os quais estão indeferindo o pedido liminar de substituição de prisão preventiva em domiciliar estão se justificando por meio de dois motivos. O primeiro motivo de indeferimento pelo Poder Judiciário é o de considerar que a substituição da prisão cautelar preventiva em domiciliar é insuficiente para assegurar a ordem pública. Ademais, podemos observar que muitas dessas decisões justificam a decretação da prisão preventiva por meio de elementos abstratos do crime, os quais são considerados insuficientes.

Uma segunda justificativa a qual está sendo dada pelos magistrados ao indeferir a liminar em questão é o fato da mãe não provar a imprescindibilidade da sua presença para os cuidados de seus filhos. Porém este pensamento encontra-se equivocado, uma vez que o art. 318, V do CPP não condiciona a prisão domiciliar da mulher com filho menor de 12 (doze) anos à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados com o infante. Diferente do que ocorre no inciso III do mesmo artigo, o qual enseja na hipótese de substituição da prisão preventiva em domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Dessa forma, é importante esclarecer todas essas divergências, uma vez que vários juízes estão decidindo de diferentes formas acerca do mesmo julgado e na maioria das vezes indeferindo de forma equivocada. A maioria dos pedidos de substituição em prisão domiciliar quando chegam em instâncias superiores estão sendo deferidos e a maioria nos Tribunais de origem estão sendo indeferidos.

Ademais, deve ser colocado em conta que a prisão domiciliar deve ser substituída no caso de mulheres presas preventivamente em período de gestação ou com criança de até 12 (doze) anos em casa, se justificando por meio do princípio da presunção da inocência.

O princípio da presunção da inocência está presente na Carta Magna, definido como um dos direitos e garantias constitucionais, conforme o art. 5º, inciso LVII. Este artigo estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Este último princípio está consolidado também no Código de Processo Penal em seu art. 283, o qual estabelece que a pessoa poderá ser presa antes do trânsito em julgado apenas nos casos de flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente.

Como podemos verificar, no caso de prisão cautelar, esta deve ser deferida com justificativa fundamentada. Os Tribunais Superiores entendem que tal decisão deve ser motivada em elementos concretos, não bastando apenas elementos abstratos do crime.

Portanto, deve ser levado em conta, de forma preferencial, o princípio da proteção integral da criança, o princípio do melhor interesse da criança, à saúde da gestante e o princípio da presunção da inocência ao ser analisado o pedido liminar de substituição da prisão preventiva em domiciliar.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Lei nº 13.257/2016: políticas públicas para a primeira infância*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4803, 25 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47246>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Método, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal Esquemático*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2006.

Brasil, Lei nº 12.403 de 4 de outubro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 17 maio 2016.

Brasil, Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

Brasil. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 15 maio 2016.

Brasil. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm)>. Acesso em: 4 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 342.890/SP. Quinta Turma. Impetrante: João Flávio de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num\\_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1509065&num_registro=201503018621&data=20160510&formato=PDF)>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 351.494/SP. Sexta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 10 de março de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num\\_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=58589617&num_registro=201600684079&data=20160314&formato=PDF)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 355.626/SP. Quinta Turma. Impetrante: Gustavo de Falchi e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 16 de maio de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&>

sequencial=1521571&num\_registro=201601155990&data=20160628&formato=PDF  
> Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 379.603/MS. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 30 de novembro de 2016. Disponível em<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num\\_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566835&num_registro=201603060372&data=20170208&formato=PDF)> Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. RHC 432.39/RJ. Quinta Turma. Impetrante: Raphael de Almeida Lima Impetrado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1341622&num\\_registro=201304011090&data=20140902&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1341622&num_registro=201304011090&data=20140902&formato=PDF)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AG. Reg. HC 134.096/PB. Segunda Turma. Impetrante: Djaci Silva de Medeiros. Coator: Relator do HC nº 353.732 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2016. Disponível em<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134096%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hkl1f2>Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 133.177/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 349.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de maio de 2016. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+133177%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/z8bkty>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 134.069/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 353.804 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de abril de 2016. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134069%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hmgn3pj>> Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 134.104/SP. Segunda Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Relator do HC nº 353.816 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de abril de 2016. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+134069%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/hmgn3pj>> Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 139.145/MG. Segunda Turma. Impetrante: Merhej Najm Neto. Coator: Relator do HC nº 380.933 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+139145%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/he4gubb>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus. MC HC 136.408/SP. Primeira Turma. Impetrante: Luciano Pereira da Cruz. Coator: Relator do HC nº 368277 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+136408%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/gn6ngup>> Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Karina Melissa. *Prisão Preventiva: Um Mal Necessário*. RT/Fasc. Pen. Ano 95 v. 844, fev. 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ISHIDA, Válder Kenil. *Estatuto da Primeira Infância*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/estatuto-da-primeira-infancia/16506>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 20 maio 2016

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 Marco da Primeira Infância*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Marco%20Legal-%20Kátia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

MAGALHÃES, Tatiane de Barros. *Lei da primeira infância, você conhece?* Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/493396/t/lei-da-primeira-infancia-voce-conhecer>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

MARTINS, Miguelzinho. *Saiba mais sobre o projeto de Lei da Primeira Infância*. Brasília. Disponível em: <<http://radios.ebc.com.br/revista-brasilia/edicao/2015->

12/saiba-mais-sobre-o-projeto-de-lei-da-primeira-infancia-assinado>. Acesso em: 3 nov. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Adriano. *Implicações da Lei 13.257/2016 no direito à licença-paternidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49345/implicacoes-da-lei-13-257-2016-no-direito-a-licenca-paternidade>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. *Marco Legal da Primeira Infância: Primeiras impressões sobre a Lei 13.257/2016*, *Revista dos Tribunais*, RT 967, Maio, 2016.

ORTEGA, Flávia Teixeira. *Estatuto da Primeira Infância – entenda as mudanças*. Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319948904/estatuto-da-primeira-infancia-entenda-as-mudancas>>. Acesso em: 29 out. 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RODRIGUES, Kesley. *A empresa cidadã e a licença-paternidade estendida*. Disponível em: <[http://kesleymelrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/316638825/a-empresa-cidada-e-a-licenca-paternidade-estendida?ref=topic\\_feed](http://kesleymelrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/316638825/a-empresa-cidada-e-a-licenca-paternidade-estendida?ref=topic_feed)>. Acesso em: 6 nov. 2016.