

apenas a gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou em gestação de alto risco, passou a abranger toda e qualquer gestante, em todos os estágios da gestação. Além disso, foram previstas novas hipóteses de concessão da prisão domiciliar para a mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inc. V) e para o acusado homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (inc. VI).

Em seu labor de interpretação da novel legislação, o STJ inicia a esboçar entendimento – na linha do que a jurisprudência já vinha delineando para o instituto – de que o deferimento ou não do regime domiciliar depende da análise casuística das condições pessoais do agente/requerente e das circunstâncias do crime objeto da causa penal em que se decretou a prisão preventiva. Nas palavras do Ministro relator, a presença de um dos requisitos elencados no art. 318, mesmo mediante comprovação por prova idônea, constitui elemento essencial, mas insuficiente à concessão do regime domiciliar, “*devendo o magistrado avaliar se, no caso concreto, o recurso à cautela extrema seria a única hipótese a afastar o periculum libertatis*”. In casu, a gravidade concreta dos crimes imputados (relacionados ao tráfico de drogas) revelariam, à luz da hermenêutica aplicada, a “*imprescindibilidade de manutenção da custódia preventiva para a garantia da ordem pública*”.

Não posso concordar com tal interpretação do instituto em exame.

A uma, porque a necessidade da “cautela extrema” para afastar o *periculum libertatis* é elemento essencial à decretação de qualquer prisão preventiva. Às medidas extremas resguardamos apenas as situações de “necessidade extrema”, nada menos. Não sendo estritamente necessária a aplicação da *ultima ratio* da prisão ainda no curso do processo – sobretudo diante do cenário insuportavelmente degradante das prisões brasileiras – deve o juiz buscar a aplicação de outras medidas cautelares que possam se mostrar como suficientes ao caso, mesmo que imperfeita essa suficiência, uma vez que os danos à dignidade humana são indelévels com a imposição de prisões não rigorosamente necessárias, ao que se somam os graves problemas sociais e econômicos gerados pelo excesso de prisões cautelares no país. Ou seja, sem rigorosa necessidade não se decreta prisão. Trata-se de labor judicial que se coloca como absolutamente anterior e distinto da questão do cabimento do regime domiciliar de cumprimento da cautela.

A duas, porque as razões humanitárias que levam à previsão normativa do regime domiciliar de cumprimento da prisão preventiva suplantam em muito qualquer exigência “de ordem pública” que possa ser invocada em cada caso.

A ferida social que se abre com a situação de gravidez no cárcere, com os partos arrancados em meio a algemas, não consegue ser digerida por nenhuma civilização que minimamente se importe com o humano que existe em cada indivíduo e, em todos eles, sem exceção. A clara tortura física e psíquica suportada pelas mães no cárcere provoca em todos que conhecem esta realidade (sendo dever do Poder Judiciário

olhar para esta realidade com olhos de quem quer de fato enxergá-la) sentimento de repulsa que supera em muito o daquele presente no desvalor de condutas criminosas ainda sob apuração. É o que basta para que a prisão domiciliar, cumpridas todas as suas condições (não se trata de pouca restrição de liberdade o cárcere ininterrupto em domicílio), seja imperativa quando demonstradas as hipóteses legais, em inafastável aplicação do critério da *proporcionalidade*.

Está-se, assim, diante de um *direito subjetivo*, cujo requisito para o seu reconhecimento é aquele previsto no parágrafo único do art. 318: existência de prova idônea das circunstâncias pessoais que dão causa à concessão do direito. Na lição de **Gustavo Badaró**, “*demonstrada uma das hipóteses de incidência da prisão domiciliar o juiz deverá empregar essa modalidade humanitária de custódia, não se tratando de poder discricionário*”.⁽¹⁾ Na dicção de **André Nicolitt**, as situações pessoais elencadas no art. 318 do CPP constroem verdadeira “barreira” ao magistrado, que “nunca poderá” impor prisão preventiva naqueles casos.⁽²⁾

Sem prejuízo da hermenêutica processual penal constitucional que se põe como relevante, não se pode deixar de sublinhar uma nota discriminatória e estereotipada sobre o papel social da mulher subjacente na aplicação do Direito pelos Tribunais brasileiros.

O que está por trás desta análise casuística do cabimento ou não da “bênção” da prisão domiciliar para as mulheres gestantes e mães é a maior ou menor dificuldade que o julgador enfrenta de conectar ou encaixar aquela determinada ré – por suas condições pessoais (e por que não sociais e econômicas?) – no papel de mãe, aquela que merece o tratamento humanitário por não negar a circunstancialidade divina de gerar e cuidar da prole.

Àquela que eu não enxergo na figura da maternidade, a indignidade do cárcere, sem “benefícios”; a ela eu não nego apenas a liberdade e a presunção de inocência, mas também a própria imagem da “família”.

Notas

- (1) *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 993, citando Geraldo Prado. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311-31 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011. p. 157.
- (2) *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 101.

Juliana Garcia Belloque

Defensora Pública de São Paulo.

Mestre e Doutora em direito processual penal pela USP.

Superior Tribunal de Justiça

Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Medida socioeducativa. Internação provisória. Internação em estabelecimento educacional.

“1- As medidas socioeducativas têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagógico e de proteção aos direitos dos jovens, de modo que postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional.

2- Mesmo tendo respondido o paciente em liberdade ao processo de apuração de prática de ato infracional, a prolação de r. sentença julgando procedente a representação autoriza o cumprimento imediato da medida socioeducativa imposta, tendo em vista os princípios que regem a legislação menorista, tal qual da intervenção precoce.

3- As medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/90 não

são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente. Condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. Não se cogita de equiparar o adolescente que pratica ato infracional ao adulto imputável autor de crime, pois, de acordo com o artigo 228 da Constituição Federal, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e estão sujeitos às normas da legislação especial. Por esse motivo e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não calharia a alegação de ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sua imediata execução.” (Ementa não oficial)

(STJ – 3.ª S. – HC 346380 – rel. **Rogério Schietti Cruz** – j. 13.04.2016 – public. 13.05.2016 – **Cadastro IBCCRIM 3432**)

Anotação

Execução antecipada da medida socioeducativa de internação ainda que ao adolescente não tenha sido aplicada internação provisória no curso do processo

Alexis Couto de Brito e Giancarlo Silkunas Vay

Trata-se de decisão proferida em *Habeas Corpus* pelo plenário da 3.ª Seção do STJ, após afetação pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a respeito da possibilidade de execução imediata de medida socioeducativa de internação, ainda que inexistente decisão judicial condenatória transitada em julgado, em processo cuja internação provisória não fora aplicada ao adolescente.

Há tempos o STJ⁽¹⁾ e, de forma predominante, os Tribunais de Justiça Estaduais⁽²⁾ – sendo o STF uma notória exceção⁽³⁾ – vêm decidindo no sentido de ser possível o cumprimento imediato da medida socioeducativa, apesar da regra constitucional de tratamento como inocente antes do trânsito em julgado (art. 5.º, LVII). A questão basicamente possui os seguintes contornos: o art. 198, VI, do ECA previa em sua disposição originária (1990) que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude ficaria adotado o sistema recursal do CPC, com as seguintes adaptações: “[...] VI – a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”, razão pela qual se entendia que a medida socioeducativa teria execução imediata. Com o advento da Lei 12.010/2009, o referido inc. VI foi suprimido, de onde se atenderia à “regra geral dos efeitos da apelação” do CPC/1973 (art. 520), em que salvo exceções tipificadas, o recurso seria recebido “em seu efeito devolutivo e suspensivo”, possibilitando-se, portanto, que o adolescente aguardasse o trânsito em julgado de decisão condenatória para iniciar eventual cumprimento de medida socioeducativa. A jurisprudência predominante, todavia, compreendeu que, nos casos em que o adolescente cumpriu internação provisória no curso do processo, a decisão de mérito condenatória estaria a “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”, hipótese essa de exceção à regra do duplo efeito da apelação (art. 520, VII, CPC/1973), a resultar no recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo.

Ao longo dos anos, principalmente após a edição da Lei 12.010/2009 em que se passou a ser necessário construir algo que a lei não expressava, a elaboração do referido raciocínio, principalmente para excetuar a regra de tratamento de inocência até o trânsito em julgado de decisão condenatória, foi diversas vezes permeada de argumentos de “melhor interesse”, “prioridade absoluta” e “intervenção precoce”, embebidos na doutrina da situação irregular, sem enfrentar a virada interpretativa proporcionada pela positividade da doutrina da proteção integral que colocou derradeiro fim ao menorismo dos Códigos de 1927 e 1979 e que, nas palavras da professora **Kathia Regina Martin-Chenut**,⁽⁴⁾ foi concebida no cenário internacional como proteção de seus direitos, e não da “criança em si”, o que poderia redundar em um jogo de forças arbitrário sobre o que seria o melhor para ela no caso em concreto, assim como se verificava na etapa anterior. Não é demais lembrar as palavras do Professor **Emilio Garcia Méndez**, de que “as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso nada contra o amor quando ele mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Porém, tudo contra o amor quando se apresenta como um substituto cínico ou ingênuo da justiça”.⁽⁵⁾

Teses sobre as finalidades das medidas socioeducativas⁽⁶⁾ também serviram a esse debate, sendo que muito se defendeu serem as medidas exclusivamente, ou preponderantemente, educativas e não repressivas, razão pela qual a sua aplicação célere atenderia ao melhor amparo à adolescência, sendo a aplicação da medida socioeducativa um bem a que o adolescente, em situação de risco, faria jus e qualquer tentativa de retardar essa intervenção estatal traria malefícios à formação do jovem. Daí o argumento, com o qual não concordamos, de que “condicionar,

de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional”. A Lei 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, traz em seu art. 1.º, §2.º, que as medidas socioeducativas têm por objetivos (I) a responsabilização do adolescente; (II) a integração social do adolescente; e (III) a desaprovação da conduta infracional, afastando qualquer tentativa de categorizar medida socioeducativa como se fosse uma daquelas previstas no art. 101, ECA, como medidas protetivas. Como já salientado algures, se medida socioeducativa realmente fosse para beneficiar alguém, ela não seria aplicada como resposta à prática de ato infracional que lesiona bem jurídico alheio, mas, em verdade, haveria filas nas portas das unidades de internação e/ou semiliberdade, e ações pedindo a abertura de vaga em tais locais, para que a elite nacional conseguisse matricular seus filhos mais “revoltados” em tais locais.

De se somar que, além da previsão estatutária da “intervenção precoce” (art. 100, parágrafo único, VI), que pela lei “deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida”, estar claramente vinculada às medidas de proteção do ECA, o Estatuto também traz o princípio da “intervenção mínima” (art. 100, parágrafo único, VII), e apresenta que a intervenção deve ser exercida exclusivamente quando indispensável, princípio esse repetido pela lei do Sinase: “mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida” (art. 35, VII), sendo que a Constituição Federal traz como necessário para atenção ao direito à proteção especial dos adolescentes a “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (art. 227, § 3.º, V). A normativa internacional também é farta ao negar que se aplique o princípio da intervenção precoce quando da adoção de sanções aos adolescentes, que importem em restrição de liberdade, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing): “17. Princípios norteadores da decisão judicial e das medidas: 17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: [...] b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível” e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade: “1. Afirma que a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário”.

Aliás, o argumento de que a intervenção não imediata poderia acarretar prejuízo ao adolescente beira as raias do absurdo, pois se um processo dura o tempo necessário para que se possa construir, dentro das regras da ampla defesa e do contraditório, a conduta em análise e a consequente atribuição de valor, qual seria o pior cenário para o adolescente: (1) sofrer, após observância das garantias previstas no ordenamento jurídico, sanção prevista em lei, ainda que para tanto demore certo tempo, (2) ou cumprir uma pena e posteriormente restar comprovado que era inocente? Como reparar os efeitos deletérios do escanteamento de um adolescente que, justamente na idade em que começa a descobrir a liberdade, se vê lançado em uma instituição total em razão de algo que efetivamente não praticou? Não há maior sentimento de injustiça do que o de ser punido por aquilo que não se praticou e, quando essa punição vem do Estado, a simbologia que essa ação equivocada carrega é a de falência e descaso do sistema para com o seu povo, não sendo de se estranhar que, diante de uma injustiça institucionalizada, o adolescente – até então inocente – seja um dos mais interessados em se voltar contra o próprio sistema que o retirou de seu seio social e o introduziu no estigma de infrator.

1935

De igual sorte sustentar que o art. 215, ECA (“O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”) permitiria o cumprimento imediato da medida socioeducativa, faz lançar cortina de fumaça à relação real de sancionamento de adolescente que cometeu ato infracional, uma vez que referido dispositivo encontra-se inserido sob o capítulo destinado à defesa dos interesses individuais, difusos e coletivos, tratando-se de procedimento atinente à tutela coletiva (*lato sensu*) dos direitos da criança e do adolescente, divorciado dos demais procedimentos previstos no Estatuto, e o “individuais”, ali presente, refere-se aos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 201, IX, ECA), direitos esses tutelados por meio de ação civil pública (Precedentes no STJ: REsp 1.321.501/SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.^a Turma, DJe 23.04.2014; AgRg no REsp 1.016.847/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2.^a Turma, DJe 07.10.2013; REsp 399.357/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, DJe 20.04.2009; REsp 609.329/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4.^a Turma, DJe 07.02.2013), não se misturando com os demais procedimentos previstos no Estatuto, mormente o referente ao processo socioeducativo.

Com advento do CPC/2015, o STJ acaba de pacificar mais um ponto perfeitamente lógico na sistemática do processo civil, mas um retrocesso imenso na defesa dos direitos dos adolescentes. O art. 520, CPC/73, encontra sua correspondência no art. 1.012 do NCPC, no qual a regra geral de que “a apelação terá efeito suspensivo” foi mantida, sendo que seu § 1.^o apresenta que “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: [...] V – confirma, concede ou revoga tutela provisória”, permitindo, então, que se “conceda a tutela provisória”, permitindo-se não concessão do efeito suspensivo à apelação naquele momento, ainda que anteriormente a internação provisória não tenha se mostrado necessária.

Ocorre que quando a Constituição assevera que *ninguém* será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, refere-se ela a *ninguém* e não apenas aos adultos. O fato de constar no dispositivo “sentença penal” e não “infracional” é absolutamente circunstancial, uma vez que materialmente a sanção socioeducativa, tal qual a medida de segurança, é pena, apesar do tratamento diferenciado conferido quando da sua aplicação. Ainda, o termo “infracional” é introduzido no ordenamento jurídico pelo ECA em 1990, não tendo pretensão o Constituinte de 1988 excluir adolescentes de tal proteção. Aliás, temos que a previsão insculpida no art. 228 da Constituição, da inimizabilidade daqueles que possuem menos de 18 anos, é uma garantia ao adolescente e não um fator que poderá agravar a sua situação. Não é por outra razão que diversos diplomas normativos fazem questão, apesar da desnecessidade, de expressamente prescrever que não se poderá dar tratamento mais gravoso a adolescente do que o que seria conferido se adulto fosse, seja penal ou processual. Nesse sentido é a previsão expressa do art. 35, I, Sinase, da regra 54 das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad) e do Comentário Geral n. 13, a respeito da disposição constante no art. 14.4 do PIDCP, produzido pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Da mesma forma, em âmbito regional, a Opinião Consultiva de n. 17/02 destaca a importância em se atentar ao princípio da vedação de tratamento mais gravoso às crianças e adolescentes do que o conferido a adulto em situação equânime.

A internação provisória deve ser vista como medida cautelar, pois se assim não o fosse, em caso de apreensão em flagrante não haveria disposição na lei (art. 107, parágrafo único) de se examinar “desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata”, e muito menos a necessidade da decisão que a determinar “ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida” (art. 108, parágrafo único). E se deve ser vista como cautelar, deve ela respeitar o prazo estatutário de 45 dias, improrrogável, não se perpetuando na forma de pena. Se entende-se que se o adulto não cumpre pena antecipada, mas tão apenas ao final do processo que o responsabiliza transitar em julgado, também não pode o adolescente cumprir, sendo expressa a previsão, ademais, do princípio do estado de inocência ao adolescente em diplomas como a Convenção dos Direitos da Criança (“que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei” – art. 40.2, b, I), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” – art. 14.2), Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (“Supõem-se inocentes os jovens detidos

sob detenção provisória ou em espera de julgamento (“prisão preventiva”) e deverão ser tratados como tais” – art. 17, primeira parte) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing (“Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência” – art. 7.1, primeira parte).

Assim, absolutamente descabida qualquer tentativa de associar o cumprimento da internação provisória com antecipação de pena. A internação provisória é medida cautelar, aproximando-se da prisão preventiva dos adultos, devendo ser aplicada e durar tão somente nas hipóteses em que “demonstrada a necessidade imperiosa da medida” (art. 108 do ECA) sendo que, em aproximação com a cautelar empregada para os adultos, tal necessidade imperiosa verifica-se do preenchimento dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, sob pena de se conferir tratamento mais severo ao adolescente do que ao adulto.

Uma medida cautelar presta-se a acautelar algo, como, por exemplo, a prova a ser produzida. Nunca poderá ser utilizada para fazer com que alguém cumpra pena antecipada. Isso é fazer do princípio do estado de inocência letra morta, é rasgar a Constituição e todos os diplomas normativos aqui citados à exaustão, é ressuscitar o espírito menorista dando-lhe apenas nova roupagem argumentativa. Sendo assim, tratando-se a internação provisória de medida cautelar, e não de antecipação do provimento final, não há como se dizer que a sentença condenatória de 1.^o grau “confirma os efeitos da tutela antecipada”. Dizer isso seria o equivalente a dizer que a sentença de 1.^o grau confirma a aplicação de pena antes do devido processo legal e em violação ao estado de inocência.

Ressalte-se que questão parecida se verificou há pouco tempo, quando da extirpação do ordenamento jurídico – ao menos para os adultos – da prisão automática como decorrência da sentença de 1.^o grau, mesmo nos casos em que o acusado estiver recolhido preventivamente.⁽⁷⁾ Daí que se o direito de recorrer em liberdade, afastando-se os famigerados arts. 594, 393 e 595 do CPP (revogados) e as disposições da Lei 8.038/1990 (civilista), é considerado para os adultos, com maior razão deve-se conceder ao adolescente que goza de prioridade absoluta. Tudo a corroborar o até aqui exposto.

Todos os argumentos aqui apresentados e questionados em verdade são subterfúgios para não enfrentar a questão real: qual a razão de não se aplicar a Constituição e a sistemática do CPP aos adolescentes, ao invés do CPC, tendo em vista que os direitos tutelados em ações socioeducativas guardam respeito ao exercício do poder punitivo pelo Estado, contra alguém, limitado por normas constitucionais, legais e internacionais que resguardam o indivíduo? Os arts. 227 e 228 da Constituição não excepcionam as garantias individuais previstas no art. 5.^o, pelo contrário, as incrementam, devendo-se tratar o sistema de garantias de proteção dos adolescentes de algo mais protetivo que o conferido aos adultos, nunca o contrário. Compreender o contrário é desconsiderar a razão de ser da inimizabilidade penal e da condição especial de pessoa em desenvolvimento do adolescente, fazendo-se preferível, com exceção dos locais de cumprimento de pena, sujeitar-se o adolescente ao mesmo sistema que os adultos, pois, ao que parece ser, os magistrados conferem mais garantias do que no sistema juvenil.

Se antes, ao menos no campo lógico, seria impossível cogitar a execução antecipada de uma medida socioeducativa de internação no caso de adolescente que não permaneceu em internação provisória, ou mesmo impossível a execução imediata de medida socioeducativa diversa da internação, pois ausente seu correspondente em versão cautelar, pela nova configuração tais cenários se construíram como possíveis, dentro de uma lógica encarceradora e interessada em aumentar o número de tocados pelo sistema, ainda que não se tenha exaurido todas as etapas necessárias para a configuração de um juízo de certeza quanto à responsabilidade infracional.

Notas

- (1) Por todos: HC 301.135-SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21.10.2014, DJe 1.^o.12.2014.
- (2) Exemplificativamente: (1) TJRS: ApCiv 70064978588, 8.^a Câm. Cível, rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 02.07.2015; (2) TJPR: 2.^a Câm. Crim., RAECA 1340286-9 – Curitiba, rel. Laertes Ferreira Gomes, v.u., j. 09.07.2015; (3) TJSP: Câm. Especial, rel. Roberto Maia: “Dispõe o art. 520 do CPC que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, podendo o recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo quando interposto em face de sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela (art. 520, VII, do CPC). Pois bem, é dos autos que o agravante se encontra custodiado desde o recebimento da representação, quando teve decretada sua internação provisória e, como bem ressaltou o MM. Juízo a quo, a

situação processual sob exame se enquadra na exceção à atribuição de efeito suspensivo já reconhecida pela STJ nos autos de HC 188.194/DF (2010/0193756-2), devendo a custódia cautelar ser compreendida como antecipação dos efeitos da tutela”.

- (3) STF, 1.ª T., HC 122.072-SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.09.2014.
- (4) Adolescentes em conflito com a lei: o modelo de intervenção preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos. In: Textos reunidos. *Revista do ILANUD*, n. 24, São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p. 83.
- (5) Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.
- (6) Finalidades apresentadas pelo discurso oficial, pois as constatáveis na realidade passam ao largo de qualquer debate jurisprudencial.
- (7) HC 84.078, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05.02.2009, DJe-035, divulg. 25-02-2010, public. 26-02-2010, Ement. vol. 2391-05, p. 1048.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal

Direito Penal. Tráfico internacional de drogas/entorpecentes. Drogas/entorpecentes. Causas de diminuição da pena: se o agente for primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa; o agente não possuía a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

2.ª Turma.

HC 131795

j. 03.05.2016 – public. 17.05.2016

Cadastro IBCCRIM 3433

Ementa

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006. Aplicação. Transporte de droga. Exame das circunstâncias da conduta. Atuação da agente sem integrar organização criminosa.

1. A não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de conjunto probatório apto a afastar ao menos um dos critérios – porquanto autônomos –, descritos no preceito legal: (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa. Nesse juízo, não se pode ignorar que a norma em questão tem a clara finalidade de apenar com menor grau de intensidade quem pratica de modo eventual as condutas descritas no art. 33, *caput* e § 1º, daquele mesmo diploma legal em contraponto ao agente que faz do crime o seu modo de vida, razão pela qual, evidentemente, não estaria apto a usufruir do referido benefício.

2. A atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada “mula”, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa. Impõe-se, para assim concluir, o exame das circunstâncias da conduta, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

3. Assim, padece de ilegalidade a decisão do Superior Tribunal de Justiça fundada em premissa de causa e efeito automático, sobretudo se consideradas as premissas fáticas lançadas pela instância ordinária, competente para realizar cognição ampla dos fatos da causa, que revelaram não ser a paciente integrante de organização criminosa ou se dedicar à prática delitiva.

4. Ordem concedida.

Alexis Couto de Brito

Doutor em direito penal pela USP/SP.

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.
Professor de Direito penal e processual penal
da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Giancarlo Silkunas Vay

Pós-graduando pelo Instituto de Criminologia
e Política Criminal (ICPC).
Defensor Público do Estado de São Paulo.
Presidente da Comissão de Infância
e Juventude do IBCCRIM.

Relatório

O Senhor Ministro Teori Zavascki (relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp 1.550.235/SP, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJSP). Consta dos autos, em síntese, que (a) a paciente foi condenada à pena de 6 anos, 3 meses e 29 dias de reclusão, no regime inicial fechado, pela suposta prática do crime de tráfico transnacional de drogas (art. 33 c/c art. 40 da Lei 11.343/2006); (b) no julgamento das apelações interpostas pela defesa e acusação, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, deu parcial provimento aos recursos e reduziu a pena-base, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado; (c) após, o Tribunal Regional deu provimento aos embargos infringentes para aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no patamar mínimo; (d) em recursos especiais interpostos, a acusação questionou a aplicação da minorante e a defesa, a fração de diminuição; (e) o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, deu provimento ao recurso especial da acusação para afastar a minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e julgou prejudicado o agravo em recurso especial da defesa, em decisão confirmada no julgamento do agravo regimental, assim ementado:

“(…) O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem precedentes no sentido de que o acusado, enquanto no exercício da função de ‘mula’, integra organização criminosa e, portanto, não preenche os requisitos exigidos para a aplicação da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A análise, em recurso especial, de fato incontroverso, devidamente estabelecido nas instâncias ordinárias, não caracteriza reexame fático-probatório vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, mas tão somente nova valoração jurídica.

Agravo regimental desprovido”.

Neste *habeas corpus*, a Defensoria Pública da União alega, em suma, que (a) o ato coator contrariou a Súmula 7 do STJ, pois procedeu ao reexame dos fatos e provas da causa; (b) ausência de fundamentação idônea para impedir a redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Requer, liminarmente, o restabelecimento do acórdão do TRF 3ª Região, aplicando-se a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, sendo a medida confirmada no julgamento de mérito.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, “para restabelecer a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no percentual de 1/6”.

É o relatório.