HABEAS CORPUS Nº 496.563 - MG (2019/0063064-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	ALEXANDRE DAMIAO MACHADO E OUTROS
ADVOGADOS	:	MATEUS HENRIQUE SILVA - MG176065
		PAULO HENRIQUE CUNHA - MG182753
		KENIO EDMOND PENA - MG187091
		CLEITON AFONSO MACHADO - MG189211
		ALEXANDRE DAMIAO MACHADO - MG189130
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	ADRIELY DOS SANTOS FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIELY DOS SANTOS FERREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, denegou a ordem visada no HC n. 1.0000.18.146866-1/000, mantendo a prisão preventiva da paciente, nos autos da ação penal em que restou denunciada pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta o impetrante a ocorrência de coação ilegal sob o argumento de que a decisão que ordenou a prisão preventiva do paciente seria carente de fundamentação idônea, porquanto embasada na gravidade em abstrato do delito, reputando ausentes os requisitos da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP.

Assevera que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade da acusada poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Afirma ser a paciente primária, possuir bons antecedentes, residência fixa e família constituída, predicados que lhe permitiriam responder ao processo em liberdade.

Defende que a custodiada faria jus à prisão domiciliar por ser genitora de um filho menor de 12 (doze) anos de idade, considerando a sua presença imprescindível aos cuidados dele.

Argumenta, por fim, a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que a paciente faria jus a substituição da preventiva por medidas cautelares descritas no art. 319 do CPP.

Requereu, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que fosse revogada a custódia preventiva do paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor ou, subsidiariamente, a substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, estas foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela prejudicialidade do *mandamus.*

É o relatório.

De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a" da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação

jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c" da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos infere-se que, a paciente foi presa em flagrante no dia **2-12-2018**, convertida a custódia em preventiva e restou denunciada pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, porque foi supreendida transportando e mantendo em depósito, para fins de comercialização, 51,26g (cinquenta e um gramas e vinte e seis centigramas) de cocaína e 253,65g (duzentos e cinquenta e três gramas e sessenta e cinco centigramas) de maconha.

Quanto aos fatos, narra a exordial acusatória o seguinte:

> *"Segundo consta, na data, horário e local já citados, a Polícia Militar recebeu uma ligação informando que estaria ocorrendo uma briga entre algumas no Posto Avenida. No local, os policiais militares abordaram a denunciada, Adriely dos Santos Ferreira, e, ao realizarem buscas no veículo em que ela estava, localizaram um invólucro cilíndrico contento maconha, o qual estava escondido em meio às fraudas do filho da autora. Ato contínuo, os policiais militares deslocaram-se até a residência da autora, situada na Rua Emídio do Espírito Santo, n°. 387, bairro Congonhas, nesta cidade, onde, após buscas, foram localizados 01 (um) tablete grande, 06 (seis) buchas e 01 (uma) porção esfarelada de maconha; 01 (uma) pedra bruta, 10 (dez) pedras pequenas e uma porção esfarelada de crack, os quais estavam dentro de uma sacola branca, escondida dentro do cano de uma bota feminina. Os policiais militares localizaram, ainda, 01 (uma) porção de maconha sobre uma sapateira, além de vários sacos plásticos e um invólucro cilíndrico, idêntico ao localizado anteriormente, escondidos em uma gaveta de uma cômoda. Indagada, a denunciada assumiu a propriedade das substâncias ilícitas apreendidas. Neste contexto, a autora foi presa em flagrante"* (e-STJ fl. 84).

Verifica-se que, em **3-12-2018**, o Magistrado Singular, converteu a prisão em flagrante em preventiva, entendendo a medida necessária, a bem da ordem pública, diante das circunstâncias e da gravidade concreta do delito.

Formulado pedido de revogação da cautelar imposta, tem-se que o pleito restou indeferido pelo Juízo de origem, que entendeu permanecerem presentes os requisitos identificados no decreto constritivo originário, salientando que *"a requerente é conhecida no meio policial por envolvimento na prática do comércio de entorpecentes, além do que, conforme consta das declarações da própria autuada perante a Autoridade*

Policial, esta confessou que, na data de sua prisão, iria até a Penitenciária local no intuito de vender drogas, o que demonstra a personalidade voltada para o crime" (e-STJ fl. 56).

Na oportunidade, o Togado indeferiu o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sob os seguintes fundamentos:

> *"Compulsando os autos observo que, embora a requerente tenha comprovado por meio do documento de fl. 25, que faz jus à hipótese prevista no art. 318, inciso V, do CPP, para que lhe seja concedida a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, verifico ser o caso de indeferimento do pedido.*
> *Com efeito, a manutenção da prisão cautelar da requerente se mostra necessária para garantir a ordem pública, principalmente em razão dos fatos supracitados.*
> *Além disso, importante registrar que, conforme as declarações prestadas pelo policial condutor por ocasião do flagrante (fls. 13/14),* ***as drogas, as quais a requerente assumiu a propriedade, foram encontradas no interior de uma bolsa de criança, em meio a fraldas, sendo que, inclusive, grande quantidade de entorpecentes também foi localizada dentro do quarto da requerente, em uma gaveta, junto a roupas de criança, as quais, provavelmente, pertenciam ao seu filho de apenas 1 (um) ano e 02 (dois) meses de idade, o que demonstra risco concreto à saúde da criança, pelo contato com tais substâncias.***
> *Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assentou recentemente o entendimento no sentido de ser inviável a concessão de prisão domiciliar quando a prática do delito de tráfico de entorpecentes se dá na própria residência familiar, consignando que o local não apenas se mostraria inadequado para os cuidados de um incapaz, como também remeteria à conclusão de que possibilitaria a reiteração criminosa por parte do beneficiado com a medida (Precedente: HC 146.641/STF)"* (e-STJ fl. 58 - grifamos).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem que, em 24-12-2018, deferiu o pleito sumário, revogando a segregação cautelar do paciente, sob os seguintes fundamentos:

> *[...] após detidamente analisar os presentes autos, verifico que a hipótese em apreço preenche os supracitados requisitos, impondo-se o deferimento do pleito urgente, embora de forma parcial.*
> *Isso porque, quanto ao pedido de simples revogação da prisão, não se constata a aventada ilegalidade do ato*

praticado pela autoridade coatora, estando a decisão devidamente fundamentada em dados concretos do caso, indicando a gravidade do crime supostamente praticado, a partir, em especial, da quantidade de drogas apreendidas e da destinação que, em tese, viria a ser a elas dada (introdução em estabelecimento penal).

Portanto, em juízo de prelibação, próprio desta etapa processual, não se constata a patente ilegalidade sobre a liberdade de locomoção da paciente, por força da negativa de liberdade provisória incondicionada.

Por outro lado, em juízo, repita-se, perfunctório e ainda sujeito ao posterior exame exauriente do caso pela colenda Turma Julgadora, constata-se constrangimento ilegal sobre a liberdade de locomoção da paciente, em relação, unicamente, ao pedido eventual de concessão de prisão domiciliar.

Isso porque, a recentíssima Lei 13.769/18, publicada no Diário Oficial da União de 20 de dezembro de 2018, com vigência imediata, inseriu o art. 318-A no CPP, estatuindo que "a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente".

No caso dos autos, vê-se que a paciente preenche os requisitos dispostos em Lei, tendo sido comprovada a maternidade de criança de tenra idade, conforme certidão de nascimento acostada aos autos, e não se tratando de crime cometido mediante violência ou grave ameaça ou, ainda, contra o filho ou dependente.

Assim, vislumbro, prima facie, o direito da paciente, assegurado por literal disposição legal, à prisão domiciliar, pelo que constato, no ponto, constrangimento ilegal sobre sua liberdade de locomoção, passível de correção nesta sede.

Preenchido, nesses termos, o primeiro requisito necessário para o deferimento da liminar, qual seja, o fumus boni iúris, constata-se, da mesma forma, o periculum in mora, configurado, in casu, no risco de se ilegalidade mostra-se patente, na esteira do até aqui declinado, impondo-se a cessação da coação, neste momento.

Em suma, preenchidos os requisitos do deferimento da medida liminar em Habeas Corpus, pelos fundamentos até aqui alinhavados e na extensão aqui delimitada, é de se atender (parcialmente) o pleito nesta sede, fazendo cessar a coação verificável de plano.

Contudo, embora a manutenção da prisão preventiva não

se mostre devida, tenho por adequada, na espécie, a imposição de medidas cautelares diversas do cárcere, cumulativamente à prisão domiciliar, conforme é expressamente previsto pela referida Lei de 2018, que também introduziu no CPP o art. 318-B, o qual dispõe que "a substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código".

Assim, para assegurar o regular andamento da instrução criminal e para garantir a aplicação da Lei penal, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, entendo necessária a imposição das medidas previstas no art. 319, II e III, do CPP (Lei 12.403/11), consistentes:

• na peremptória e absoluta proibição de acesso a qualquer tipo de estabelecimento penal (presídios, cadeias públicas, repartições policiais onde haja pessoas acauteladas, enfim) ou mesmo de aproximação a menos de 100 metros de tais locais, salvo para o específico fim de responder a eventual intimação referente ao inquérito policial a que responde, de forma limitada ao necessário às investigações;

• na peremptória e absoluta proibição de manutenção de qualquer tipo de contato (pessoal, por telefone, mensagens de texto, internet, carta escrita, enfim) com qualquer pessoa recolhida em estabelecimento penal.

Fica o d. Juízo primevo expressamente autorizado, ainda, a impor, fundamentadamente, outras medidas cautelares do art. 319 do CPP que reputar adequadas à espécie, tais como a monitoração eletrônica, que se sugere como forma de efetiva fiscalização da prisão domiciliar, caso existente e exeqüível na Comarca de origem" (e-STJ fls. 91-92).

Em 13-2-2019, o Tribunal de origem, ao analisar o mérito do mencionado remédio constitucional, em julgamento firmado pela maioria dos votos, cassando a liminar anteriormente deferida, denegou a ordem, considerando que a *"argumentação trazida nas mencionadas decisões e os demais elementos encartados nos autos são todos endereçados à conclusão de que a prática do suposto crime, tal como se deu, revela destacada gravidade concreta, cujo "modos operandi" não parece se coadunar com atividade meramente isolada ou eventual"*, destacando-se ainda, que *"foi encontrada diversidade e imensa quantidade de drogas no carro e na casa da paciente destinadas a mercancia, a saber, 253.65q de maconha e 51,26q de crack (Exames Preliminares em fs. 13/14 de ordem 05), bem como embalagens comumente utilizadas para embalar entorpecentes; tudo isso a indicar a suposta atuação habitual da paciente na narcotraficância"* (e-STJ fl. 110).

Na ocasião, entendeu *"pela impossibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois, a meu ver, são insuficientes e ineficazes para plena garantia da ordem pública"* (e-STJ fl. 110).

Quanto a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, o Órgão

Colegiado assim se manifestou:

> *"A Lei nº 13.257/16, com o escopo de estabelecer 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, entre outras medidas, tratou de proceder a alterações de dispositivos no estatuto processual penal, dentre os quais figura o art. 318, que regulamenta as hipóteses taxativas de cabimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, in verbis:*
>
> > *Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
> > *(...);*
> > *V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*
> > *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.*
>
> *Trata-se de tema submetido à regrada avaliação do juiz - uma vez que relacionado à providência de cunho cautelar - e não um direito subjetivo absoluto do acusado - sendo indispensável que se demonstre por meio de prova idônea que o agente preenche os requisitos necessários para a concessão do benefício, nos termos do parágrafo único do artigo acima citado.*
>
> *Analisando os autos, verifica-se dos documentos acostados (certidão de nascimento em ordem 11) que a paciente tem um filho menor de 12 anos de idade (nascimento em 08/10/2017).*
>
> *A despeito dessa circunstância, entendo que o escopo da novidade legal de hipóteses de prisão domiciliar dos pais é a proteção das crianças e não a transformação delas em escudo para criminosos.*
>
> *Há casos em que, dependendo dos crimes relacionados (estupro de vulneráveis, maus-tratos, violência doméstica, tráfico de entorpecentes tendo o lar como ponto de vendas, etc), seria um verdadeiro contrassenso manter as crianças sob os cuidados do agente que, precisamente, lhe proporciona os maiores riscos ou malefícios.*
>
> *[...]*
>
> ***A despeito das alegações defensivas, julgo que caso em tela, conforme bem asseverado pelo Juiz de base, há informação de que as drogas foram encontradas no interior do carro em que estava o filho da paciente, em meio às fraldas dele, bem como na casa em que a criança aparentemente residia com a mãe, o que indica***

> ***que o menor ficava em tese exposto, pela mãe, à atividade ilícita; conforme se extrai da denúncia e dos relatos policiais contidos no auto de prisão em flagrante delito (ordem 04, fs.02/03 e ordem 18, fs. 02/03).***
> ***Não desconheço que recentemente, o STF, analisando o tema, concedeu ordem coletiva de Habeas Corpus (HC n² 143.641) reafirmando a efetividade da norma em questão e a absoluta excepcionalidade - a ser devidamente fundamentada - nas hipóteses em que sua observância não possa se dar de forma plena. Ao que julgo, é o caso dos autos (a excepcionalidade), já que, como dito, há informação de que a crianças teria sido submetida pela mãe à atividade ilícita, inclusive uma parte das substâncias foi encontrada junto as fraldas do menor.***
> *Assim, observados os critérios dispostos no artigo 318, V, do CPP, na toada do querer legislativo, não verifico a conveniência da substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar"* (e-STJ fls. 112-115).

Esclarecidos os fatos, inicialmente, no que tange à aventada falta de fundamentos da preventiva, forçoso reconhecer que a medida extrema se encontra devidamente embasada no previsto no art. 312 do CPP, mostrando-se necessária, especialmente, como forma de acautelar a ordem e a saúde pública, fragilizadas diante da periculosidade social do acusado e da gravidade concreta do delito denunciado, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos.

Na hipótese, constata-se que foi apreendida **considerável quantidade de substâncias entorpecentes - 253,65 g de maconha e 51,26 g crack -, esta última de natureza extremamente nociva, uma vez que possui alto poder viciante e alucinógeno.**

Além disso, observa-se serem graves as particularidades do flagrante, em que a acusada foi surpreendida transportando em seu veículo, parte da substância tóxica junto às fraldas de seus filho. Em seguida, os policiais militares deslocaram-se até a residência da paciente, local em que lograram localizar o restante da droga - escondida na gaveta de roupas da criança -, tendo confessado na ocasião, que *"na data de sua prisão, iria até a Penitenciaria local no intuito de vender drogas"* (e-STJ fl. 56).

Tais circunstâncias denotam dedicação e habitualidade da acusada à narcotraficância, mostrando que a manutenção da sua prisão preventiva se encontra justificada e é realmente necessária para preservar a ordem pública e, consequentemente acautelar o meio social.

Patenteadas, no caso, **a potencialidade lesiva da infração e a periculosidade social da acusada,** pois, as circunstâncias em que foi surpreendida pelos agentes de polícia, acima descritas, indicam dedicação ao comércio proscrito e a probabilidade concreta de continuidade no cometimento da referida infração, caso seja libertado. Ou seja, **bem demonstrado o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar**.

No tráfico de entorpecentes a periculosidade social do agente pode ser aferida pelas circunstâncias em que se deu a ação criminosa, da qual se pode concluir, ainda, se há ou não risco de reiteração delitiva.

Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas, mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: *"O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria"* (RHC 106.697, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012).

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE.*
> *COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
> *2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.*
> ***3. Na hipótese, é necessário verificar que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado, juntamente com o outro indiciado, transportando considerável quantidade de drogas, escondidas no interior do veículo - 30 porções de cocaína (12,09g), acondicionadas em cápsulas, escondidas no volante, mais 30 porções de cocaína (11,97g), acondicionadas em pinos, na caixa de fusível, e no porta-luvas 50 porções de maconha (221,09g) -, bem como o fato de***

o paciente já possuir passagem criminal por delito da mesma natureza, elementos estes que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e conter a reiteração delitiva.

4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático indica que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 394.076/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017 - grifamos)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA APREENDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a gravidade concreta do delito e a periculosidade do paciente, evidenciadas pela quantidade e variedade de entorpecente apreendido em seu poder (5 porções de cocaína e 32 porções de maconha).

Noutro ponto, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão preventiva, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a cautela. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

> *Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 395.623/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 16/06/2017 - grifamos)*

Lado outro, quanto ao pleito de substituição da prisão *ante tempus* pela domiciliar, sob o argumento de que a agente seria imprescindível aos cuidados do filho menor, insta consignar que a previsão insculpida no art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar os diagnósticos produzidos por equipe multidisciplinar com relação à situação da criança e ainda da adequação da medida ao clausulado.

Nesse sentido, ensina a doutrina:

> *"[...] a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.*
> *O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos par que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. 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"* (Manual de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 998).

Destaque-se ainda que, recentemente, em 20.02.2018, ao julgar o *habeas corpus* coletivo nº 143.641-SP, da relatoria do eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças, a colenda 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, resolveu conceder a ordem, nos seguintes termos:

> *A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de habeas corpus, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento,* ***a Turma, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as***

mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. *Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e*

> *Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade.* ***Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício.*** *Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa.* ***Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.*** *Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. (DJ nº 39, de 1º.03.2018).*

Nesse panorama, a partir da decisão acima reproduzida é possível obter as diretrizes que guiarão as decisões judiciais na análise de casos que envolvam gestantes, puérperas e mães de deficientes ou crianças sob sua guarda, que se encontrem presas preventivamente.

Assim, extrai-se do julgamento que foram fixados os seguintes parâmetros, a serem doravante observados na análise dos casos que versarem sobre a matéria:

> *I. determinou-se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – em relação a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, enquanto perdurar tal condição;*
> *II. vedou-se a aplicação do benefício legal aos casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça;*
> *III. vedou-se a aplicação do benefício legal aos casos de crimes praticados por elas contra seus descendentes;*
> *IV. possibilitou-se a não aplicação do benefício legal*

aos casos em que se verificarem situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício;

V. a ordem foi aplicada não só às pacientes relacionadas na impetração, mas também estendida, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima elencadas;

VI. quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão;

VII. se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP;

VIII. para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará;

IX. a fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados;

X. com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia;

XI. os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício;

> *XII. cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.*

Percebe-se que a intenção da Suprema Corte foi dar efetividade à decisão coletiva concessiva da ordem de *habeas corpus*, para que fosse imediatamente aplicada a gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes presas preventivamente ou submetidas a medidas socioeducativas provisórias privativas de liberdade, inclusive provocando a reavaliação de todos os casos em curso no território nacional.

Assim, no presente caso, cumpre averiguar, à luz das condicionantes fixadas pela Suprema Corte, se está presente alguma das exceções que impeçam a concessão da prisão domiciliar ou, subsidiariamente, a substituição da cautelar de prisão por outras medidas cautelares diversas da prisão, dentre aquelas elencadas nos incisos do art. 319 do CPP.

No caso, o acórdão impugnado, ao indeferir o pedido de prisão domiciliar, dentre outros fundamentos, destacou a gravidade diferenciada dos fatos criminosos denunciados, consignando que "***há informação de que as drogas foram encontradas no interior do carro em que estava o filho da paciente, em meio às fraldas dele, bem como na casa em que a criança aparentemente residia com a mãe, o que indica que o menor ficava em tese exposto, pela mãe, à atividade ilícita [...]"*** (e-STJ fl. 114).

Nesse contexto, em que pese ser a paciente mãe de criança menor de 12 (doze) anos, verifica-se que ela está inserida na excepcionalidade da regra, inclusive após as alterações recentes trazidas pela Lei 13.769/2018, sobretudo pelo fato de não haver comprovado ser imprescindível aos cuidados da prole, além do que como ressaltado alhures, a criança teria sido submetida pela mãe à atividade ilícita, inclusive, tendo sido parte da droga apreendida junto às fraldas do menor (e-STJ fl. 114), não fazendo jus, portanto, à mencionada benesse.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES E PRISÃO DOMICILIAR. INADEQUAÇÃO. TRAFICÂNCIA NO LAR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
>
> *1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.*
>
> *2. Na hipótese, as instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema em razão da periculosidade social do agente, considerando não apenas a constatação de que esta utilizava a própria casa como ponto de tráfico de drogas - apontando-se a*

> *apreensão de entorpecentes (cocaína), uma balança de precisão, diversos apetrechos relacionados com a mercancia das drogas, bem como 16 cartuchos de calibre 22 e considerável quantia em dinheiro (R$ 12.826,00) -, como também o fato de que a acusada foi condenada (6 anos de reclusão, regime fechado) pela prática do mesmo delito, cometido 5 meses antes do fato delituoso em exame, circunstâncias que, portanto, indicam sua propensão para a prática delitiva. Prisão preventiva que se mostra devidamente justificada para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP, notadamente em razão do fundado receio de reiteração delitiva.*
> *3. Eventuais condições subjetivas favoráveis à recorrente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.*
> ***4. A prisão domiciliar não é cabível quando o crime de tráfico é praticado na residência do próprio agente, de forma reiterada, na presença ou com o auxílio dos menores, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos). Prioridade absoluta das crianças.***
> ***Interpretação da nova Lei 13.769/2018. Excepcionalidade existente e mantida em prol dos vulneráveis. Precedentes recentes: HCs 426.526-RJ e 470.549-TO.***
> *5. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; o contexto fático e a reiteração delitiva por parte da acusada indicam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.*
> *6. Recurso ordinário improvido.*
> *(RHC 106.377/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)*

Arrematando, frisa-se que condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis, de ordem objetiva ou subjetiva, que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Finalmente, tendo as instâncias ordinárias concluído pela imprescindibilidade da prisão preventiva, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o seqüestro corporal a bem da ordem pública, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para reprimira atividade ilícita desenvolvida pelo paciente.

Dessa forma, evidenciados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente inadmissível, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece** do *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Após ciência do Ministério Público Federal, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 13 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator