RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 113.897 - BA (2019/0164800-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	LAIS DE OLIVEIRA MAGALHAES (PRESO)
ADVOGADO	:	TARCISO ALVES OLIVEIRA BRANDÃO - BA035254
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por LAIS DE OLIVEIRA MAGALHAES em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA assim ementado (fls. 54-55):

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 12, DA LEI Nº 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR E ALEGATIVAS DE FAVORABILIDADE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIAS JÁ EXAMINADAS NO HABEAS CORPUS SOB Nº 8021070-92.2018.8.05.0000. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. INACOLHIMENTO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.
>
> I - Cuida-se de ação de Habeas Corpus impetrada pelo advogado Dr. Tarciso Alves Oliveira Brandão (OAB/BA: 35.254), em favor de Lais de Oliveira, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA.
>
> II - Extrai-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante na data de 10/02/2018, convertida em preventiva em 07/03/2018, sendo denunciada pela suposta prática dos delitos previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº 11.343/06 e art. 12, da Lei nº 10.826/2003, na forma do art. 69, do Código Penal.
>
> III - Alega o impetrante, em sua peça vestibular (ID. 2796171), a imperiosidade de substituição da prisão preventiva em domiciliar, argumentando, em suma, que a paciente é mãe de uma criança de 04 (quatro) anos de idade, com problemas na visão e que depende de seus cuidados, excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, asseverando, ainda, a favorabilidade das condições pessoais e a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.
>
> IV - Informes judiciais noticiam que a paciente foi presa por prepostos da Polícia Civil, em 10/02/2018, tendo em depósito grande quantidade de drogas, a quantia de R$ 15.536,00 (quinze mil, quinhentos e trinta e seis reais), 04 (quatro) balanças de precisão, rádio comunicador, munições de armas de fogo de grosso calibre e caderno com anotações referentes à contabilidade do narcotráfico.

> Destaca que a instrução processual findou-se, encontrando-se o feito, atualmente, aguardando os laudos periciais definitivos requeridos pelo Ministério Público, tendo sido ofíciado o Departamento de Polícia Técnica de Porto Seguro em 22/01/2019 e 19/02/2019 requisitando sua remessa.
> V - No que pertine às alegativas de imperiosidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sob o fundamento de ser mulher com filho menor de 12 (doze) anos de idade; favorabilidade das condições pessoais e a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, evidencia-se que a matéria foi examinada no sob nº 8021070-92.2018.8.05.0000, tendo a ordem sido Habeas Corpus denegada, à unanimidade, por esta Turma da Primeira Câmara Criminal, em sessão do dia 04/12/2018, pelo que não merece o presente ser conhecido nesta quadra.
> VI - A alegação de excesso prazal não merece acolhimento, vez que, ante os subsídios trazidos nos informes judiciais constatou-se que o feito encontra-se aguardando a juntada do laudo pericial definitivo de constatação da droga.
> VII - É sabido que, o eventual excesso prazal na duração da prisão cautelar depende do exame acurado, não somente do prazo legal máximo previsto (critério do prazo fixo), mas também dos critérios que compõem o princípio da razoabilidade (complexidade do processo, comportamento da parte e diligências requeridas), que permitem a dilação desse prazo até o limite do razoável. A doutrina e jurisprudência são acordes de que os prazos processuais não são fruto de mera soma aritmética, mas devem ser analisados à luz do princípio da razoabilidade.
> VIII - Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem.
> X - Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 e 12 da Lei 10.826/2003, razão pela qual se encontra presa preventivamente.

Alega a recorrente, em síntese, que confessou a prática dos crimes, alegando que estaria traficando há apenas 3 meses, por se encontrar desempregada e ter uma filha de 4 anos para sustentar e cuidar.

Em razão de ser mãe de filha menor, entende que, nos termos do art. 318, do CPP, faz *jus* à substituição da preventiva por custódia domiciliar.

Sustenta, ainda, a ocorrência de excesso de prazo, por se encontrar presa há 1 ano e 8 dias, sem que se tenha ultimado a instrução processual.

Requer, liminarmente e no mérito, o provimento do recurso para substuir o encarceramento da recorrente por prisão domiciliar, com a imposição de outras medidas cautelares, expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional,

somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se constrangimento ilegal.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

A prisão domiciliar foi negada nos seguintes termos (fls. 59-61):

> No que pertine às alegativas de imperiosidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sob o fundamento de ser mulher com filho menor de 12 (doze) anos de idade; favorabilidade das condições pessoais e a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas, evidencia-se que a matéria foi examinada no Habeas Corpus sob nº 8021070-92.2018.8.05.0000, tendo a ordem sido denegada, à unanimidade, por esta Turma da Primeira Câmara Criminal, em sessão do dia 04/12/2018, pelo que não merece o presente writ ser conhecido nesta quadra. : Ex vi
>
> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 12, DA LEI Nº 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INACOLHIMENTO. PROCESSO NA FASE DE DILIGÊNCIAS ANTERIORES À ABERTURA DOS PRAZOS PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR, POR SER MULHER COM FILHO MENOR DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE. INALBERGAMENTO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA QUE JUSTIFICA A MITIGAÇÃO DA DECISÃO PROLATADA NO HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVAFUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DESTACANDO A GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS E A PERICULOSIDADE DA PACIENTE EVIDENCIADAS PELO MODUS OPERANDI, OBJETIVANDO COIBIR REITERAÇÃO DELITIVA. EXPOSIÇÃO DA MENOR À SITUAÇÃO DE GRAVE RISCO. ARGUIÇÃO DE FAVORABILIDADE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INALBERGAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS SUBJETIVAS QUE, POR SI, NÃO ELIDEM A NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA, SENDO AFASTADA, POR CONSEGUINTE, AS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.
>
> […] VI - Não merece acolhimento o pleito de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.
>
> Destaque-se, de proêmio, que não se descura que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento paradigmático do Habeas Corpus sob nº 143.641/SP,

conheceu do writ coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de "todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional" que ostentassem "a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade", bem assim das próprias crianças que eventualmente estivessem na companhia de suas mães. Na oportunidade, o Pretório Excelso 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, 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 fundament adas pelos juízes que denegarem o benefício.

VII - Inegavelmente, o fato de a paciente ter filho menor de 12 (doze) anos (ID. 1906437) é um fator que agrega maiores cuidados à análise da sua condição processual, mas isso, à luz da peculiaridade do caso concreto, não pode ser o bastante para substituir a sua prisão preventiva. De fato, **a situação sub examine denota, em tese, destacada gravidade, na medida em que o Ministério Público imputa à paciente as condutas de armazenar, manter em depósito e guardar em sua residência uma elevada quantidade de substâncias entorpecentes, a saber, 16 (dezesseis) tabletes de maconha enrolados em papel verde, 16 (dezesseis) porções de maconha enroladas parte em papel dourado, parte ; 01 (um) pedaço in natura pequeno de maconha , 09 (nove) pacotes plásticos de cocaína, 09 (nove) pacotes de crack, 01 in natura (um) pacote plástico com 11 (onze) comprimidos brancos e 18 (dezoito) rosas; além de 04 (quatro) balanças de precisão, 01 (um) rádio comunicador Motorola, 02 (duas) munições calibre .380, 01 (uma) calibre .38, acessó rios de arma de fogo, 01 (um) caderno de contabilidade do tráfico e a quantia de R$ 15.536,00 (quinze mil, quinhentos e trinta e seis reais), indicando envolvimento da paciente em vultuoso comércio ilícito não eventual de drogas, sendo apontada uma das principais responsáveis pelo armazenamento de entorpecentes da facção criminosa MPA – Mercado do Povo Atitude**.

VIII - **Em tal diapasão, verifica-se que a decretação da prisão preventiva da paciente se encontra fundada na garantia da ordem pública**, apontando os indícios de autoria e materialidade delitivas, **ressaltando a gravidade concreta dos delitos e sua periculosidade, evidenciadas pelo com destaque modus operandi, para a quantidade, natureza e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, além de diversos aparatos para a pesagem dos entorpecentes e de munições de calibres diversos**, consubstanciando a necessidade de manutenção do decreto preventivo em face do risco de novas investidas criminosas.

IX - Outrossim, não se pode olvidar as consequências decorrentes da exposição da menor a ambiente circundado pela prática de crimes graves

> vinculados à paciente. Com efeito, a análise dos autos indica que ela utilizava a própria residência, expondo a própria filha à situação de risco, consubstanciando hipótese potencialmente mais prejudicial à infante do que seu eventual afastamento da genitora. Ressalte-se, ainda, a existência de informações nos autos de que a menor vem sendo amparada por outros parentes, não restando evidenciada a possibilidade de eventual perda de vínculos e/ou referências familiares.
> X - Importante destacar que a jurisprudência, em casos recentes e similares à hipótese , vem sub oculis mitigando a referida decisão do Pretório Excelso no Habeas Corpus sob nº 143.641/SP, ante a constatação de peculiaridades que afastam a substituição automática da preventiva pela domiciliar. Assim, a hipótese vertente se enquadra na situação excepcionalíssima a que se referiu o próprio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do citado HC 143.641/SP, pelo que inviável o acolhimento do pleito substitutivo.

Com efeito, duas ordens de fundamentos convencionais exigem interpretação diversa: a proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora.

A criança precisa de preferencial atenção estatal, especialmente na primeira infância, como tive oportunidade de examinar em âmbito acadêmico (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais. Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. CONPEDI: Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07>. Acesso em: 08 mar 2017. ISBN: 978-85-5505-355-9, pg. 183):

> Faz-se necessária, portanto, uma breve digressão sobre a doutrina da absoluta prioridade em relação à criança, objeto do estudo, constitucionalmente extraída do art. 227 da CF, colhida da Convenção sobre os Direitos da Criança, devendo-se anotar, segundo a doutrina de KREUZ (2012, pg. 64) que houve uma mudança de paradigma no que se refere à constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando-se de um contexto de primazia da chamada "Doutrina da Situação Irregular" à preponderância de uma nova perspectiva, a da Doutrina da Proteção Integral, estimulada pela agenda das Nações Unidas.

Nas Nações Unidas a doutrina da proteção integral é expressada por diversos instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (1989), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), as Diretrizes das Nações

Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e as Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (1989), entre outros.

É o reconhecimento de que ao lado, e talvez acima, dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade, também é de suprema importância a atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes.

Outra preocupação mundial é o crescente encarceramento feminino, notadamente em razão da natalidade (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 187):

> ...diante do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, entre 2000 a 2014 a população feminina nos presídios aumentou 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%. É tendência mundial, que incita ao debate sobre o encarceramento feminino.
>
> As Regras de Bangkok foram aprovadas, no ano 2010, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (VENTURA, 2015, pp. 607/619), fixando a preocupação da comunidade internacional com os direitos humanos relativos à maternidade, à família e à saúde (inclusive sexual e reprodutiva) das mulheres e dos seus filhos nos presídios, e estabelecendo, ainda, uma proposta de responsabilização dos Estados em caso de negligência na implementação de leis e políticas públicas de proteção e promoção dos direitos humanos das encarceradas e de seus filhos. É norma afirmativa de princípios e valores fundamentais da humanidade, em resposta a um quadro de políticas públicas e legislações internas que se apresentavam como obstáculo a essas garantias.
>
> Embora não possua o grau de vinculabilidade de um Tratado, trata-se de norma cuja aceitação é feita de forma consensuada entre os Estados signatários, assim admitindo o Brasil que se submete às regras por ele admitidas.

Nessa linha orientativa é que vieram as *Regras de Bangkok*, o principal marco normativo internacional de tratamento das mulheres presas, a orientar medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

No Brasil, o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/16) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos, ou pai (quando único responsável pela criança) – nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal.

Na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição. No caso do pai de criança, é exigida a prova de ser o único responsável pelos seus cuidados.

Assim, incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade – situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o

monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou até mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional:

> É a adoção de um novo padrão comportamental, de parte das instituições públicas, no sentido de aplicar a essas condenadas penas alternativas ou menos gravosas, em especial quando se tratar de prisão cautelar, atendendo-se, assim, à sistemática dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, fundada na primazia da garantia dos Direitos Humanos (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 189).

Outrossim, cumpre observar que esse entendimento não destoa do julgado prolatado recentemente pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, no qual foi determinada 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), bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, em idêntica situação no território nacional, 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.

Digno de nota, ainda, a decisão monocrática da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, proferida em 24/10/2018 no *HC* 143.641/SP, na qual ficou consignado que o simples fato de a mulher preventivamente privada de liberdade responder pela suposta prática do crime de tráfico de drogas não é elemento suficiente para impedir a concessão de prisão domiciliar.

Ademais, com a publicação, em 20/12/2018, da Lei 13.769/2018, foram incluídos no Código de Processo Penal os seguintes dispositivos:

> Art. 318-A. 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.
>
> Art. 318-B. 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.

A alteração legislativa buscou inserir no diploma processual penal norma consentânea com o entendimento jurisprudencial já mencionado, ao prever, como

regra, a prisão domiciliar à mulher que esteja gestante ou seja responsável por criança ou pessoa com necessidades especiais. Além disso, a utilização do verbo "será" permite concluir que, excetuadas as duas hipóteses expressamente previstas no texto legal – prática do delito mediante violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente –, a custódia provisória sempre deverá ser substituída pelo recolhimento domiciliar.

Com base nessas premissas, identifico a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar o deferimento liminar, uma vez que o delito pelo qual a paciente foi condenada – tráfico ilícito de drogas – foi cometido sem violência ou grave ameaça e não teve como vítima a sua filha.

Logo, consta dos autos que a paciente é mãe de uma criança menor de 12 anos de idade (fl. 25), de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, defiro a liminar para substituir a prisão preventiva da paciente, LAIS DE OLIVEIRA MAGALHAES, por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Solicitem-se informações.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator