HABEAS CORPUS Nº 499.912 - SP (2019/0080629-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	ROGE FERNANDO SOUZA CURSINO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	ROGE FERNANDO SOUZA CURSINO DOS SANTOS - SP284311
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARIA HELOISE PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de MARIA HELOISE PEREIRA, contra r. **decisum** proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a ora paciente teve sua prisão em flagrante convertida em preventiva e, posteriormente, foi condenada como incursa nas sanções previstas no art. 33, **caput**, e no art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06, à pena de 14 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão, sendo negado-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Não conformada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem alegando ausência de requisitos para a prisão cautelar, excesso de prazo e substituição da medida por alberque domiciliar. A ordem foi denegada em v. acórdão com a seguinte ementa:

> *"Habeas Corpus. Tráfico interestadual de entorpecentes e associação para tal finalidade. Apreensão 5 tijolos de cocaína. Paciente que estaria sendo processada por idêntico delito no Est. de Minas Gerais. Alegação de constrangimento ilegal. Suposta ausência de fundamentação. Descabimento. Indicadores de materialidade e autoria. Decisão suficientemente escorada em dados objetivos contidos nos autos, não se há falar em constrangimento ilegal, descabida cautelar alternativa em razão de indicadores de ocorrência que deixa perplexa a população ordeira. Impossibilidade de se descartar, nesta quadra, sem motivo plausível, palavras de agentes do Estado, apenas em razão de suas condições funcionais.*
>
> *Existência de prole que não gera a automática conversão da prisão em domiciliar. Situação excepcionalíssima*

que justifica a adoção da medida. Precedentes. Julgados do E. Superior Tribunal de Justiça de outubro de 2018. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa não configurado. Audiência de instrução e julgamento designada para o dia 10.12.2018. Manutenção da situação da paciente. Ordem denegada." (fl. 18)

Daí o presente **writ,** no qual o impetrante sustenta que não se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva, inexistindo nos autos circunstâncias aptas a justificar a necessidade da medida. Argumenta que a paciente é primária, possui residência fixa e trabalho definido e que faz jus a substituição da prisão preventiva pela domiciliar porquanto é mãe de criança menor de 12 anos de idade.

Requer, ao final, a concessão da ordem para revogar a prisão ou sua conversão para a prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida às fls. 91-92.

As informações foram prestadas às fls. 98-101.

O Ministério Público Federal, às fls. 110-115, manifestou-se pela **prejudicialidade** parcial do **writ e**, no que sobejar, **pelo não conhecimento**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA PROFERIDA. WRIT PARCIALMENTE PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR DE 12 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA OS CUIDADOS DA CRIANÇA NÃO DEMONSTRADA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. O pedido anterior para revogação da prisão preventiva perdeu o objeto. Com efeito, verifica-se que

posteriormente ao julgamento do habeas corpus impetrado na origem, ocorrido em 22/11/2018, houve a prolação de sentença condenatória em desfavor da ora paciente, em 18/3/2019, mantendo a constrição cautelar. Dessa maneira, a sentença condenatória constitui, agora, novo título judicial a embasar a prisão cautelar, o que torna prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva decretada anteriormente.

3. Quanto ao pedido para substituição da prisão preventiva por domiciliar, há situação excepcionalíssima que justifica o indeferimento. Primeiramente, a segregação cautelar é necessária para garantia da ordem pública, a fim de evitar a reiteração delitiva, tendo em vista que a paciente responde outra ação penal por prática do mesmo crime de tráfico de drogas. Além disso, conforme informações da própria acusada, a criança reside com a avó materna, não sendo a paciente a sua guardiã. Dessa forma, não se comprovou a imprescindibilidade da paciente para os cuidados do menor.

4. Parecer pela parcial prejudicialidade do presente habeas corpus, e, no mais, pelo seu não conhecimento." (fl. 110).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g.** HC n. 93.498/MS, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso**

de Mello, DJe de 18/10/2012).

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus.**

Cumpre consignar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **habeas corpus coletivo n. 143.641/SP**, sob relatoria do em. Ministro Ricardo Lewandowiski, entendeu ser possível a substituição da segregação cautelar pela prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua guarda, 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. Confira-se a ementa do aresto:

> *"HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.*
>
> *I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.*

*II – **Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus**.*

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional

VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – 'Cultura do encarceramento' que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o 'caso Alyne Pimentel', julgado pelo Comitê para a eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de

gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidades, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

*XIV – **Ordem concedida 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**, 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 neste 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**.*

*XV – **Extensão da ordem de ofício a todas as 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"* (HC 143.641/SP, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowiski**, DJe de 26/10/2018, grifei).

O d. juízo de primeira instância, assim fundamentou sua decisão

que indeferiu a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar:

"[...] Tendo em vista o quanto decidido no Habeas Corpus pelo Supremo Tribunal Federal, a acusada pleiteia a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, uma vez que possui filhos menores.

Em que pese a manifestação da ré, entendo que não é caso de acolhimento do pedido. De fato, a acusada está sendo processada pela suposta prática dos crimes de associação ao tráfico e de tráfico de entorpecentes, delito este equiparado a hediondo (artigo 5º, inciso XLIII da Constituição federal).

Conforme bem mencionado pelo Ministério Público, a acusada, em seu interrogatório na fase policial, informou que tem um filho de 02 anos, que reside com a avó materna.

Ora, é evidente que a ré não faz jus à prisão domiciliar. O motivo para tal benefício refere-se diretamente ao não afastamento da genitora de seus filhos, contudo a criança não reside com a acusada, não sendo mais a guardiã do menor.

Ademais, ressalto que a acusada está respondendo a processo pela prática de tráfico de entorpecentes no Estado de Minas Gerais, assim, teria voltado a delinquir no cometimento do mesmo crime, o que implica reconhecer que não é bom exemplo para a criança.

Indefiro, assim, o pedido." (fl. 85, grifei).

Por seu turno, o eg. Tribunal **a quo** decidiu:

"Ou seja, as certas situações, se devidamente descritas pelo MM Juiz no exercício de seu mister, podem sim não autorizar a recusa do benefício à mulher presa, do que resulta que inexiste alvará coletivo de soltura.

Igualmente preocupante é a criação do que seria uma presunção absoluta de verdade nas declarações da genitora ou gestante, cf. o caso , no sentido de se determinar às autoridades que tomem como incontroversa a sua afirmação em relação à própria prole. Nesses termos remanesce a questão: estaríamos, pois, nós, Magistrados, proibidos de promover uma investigação social antecedente a respeito da situação dos menores, dados como filhos sob o poder parental da suspeita?

Nesta quadra, acerca do ônus da prova, cito o escólio de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem "(...) A regra concernente ao onus probandi, ao encargo de provar, é regida pelo princípio actori incumbit probatio, vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)" ("Código de Processo Penal Comentado", v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356). A

citação até se mostra despicienda, na medida do que dispõe o art. 156 do Cód. de Processo Penal, "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)

Preservado o convencimento dos colegas, compartilhamos convicção no sentido de que, no processo penal, o réu assume o papel de reconvinte do processo civil (RT 542/418), de sorte que, para ser acolhida, quanto mais para percepção de benesses excepcionais, sua argumentação há de ser cabalmente por ele demonstrada (RT 671/346).

Se pretende o benefício, deve provar sua imprescindibilidade e mesmo seu merecimento, descartável a pretensão se a prova indiciária remete à incompatibilidade entre o pedido e a situação fática posta nos autos originários, leia-se, a respeito, a jurisprudência do e. STJ retro transcrita.

Nesta quadra ainda mais outra dúvida nos toma de assalto:

mas, afinal, qual autoridade seria o alvo do comando exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do habeas corpus em questão?

Temos que o MM Juiz de 1º grau, para quem foram distribuídos os autos do processo que deu azo à prisão da mulher.

Ele, o d. Magistrado, é quem se acha incumbido de recolher provas sobre a maternidade ativa, inclusive, se o caso, para determinar a feitura de investigação social para conferir o pleno e útil exercício do poder familiar.

Os tribunais somente falariam do assunto em sede recursal, quando esgotado o tema no piso, na porta do conhecimento, em 1º grau, como, aliás, assim já teve oportunidade de deliberar o e.

Superior Tribunal de Justiça, confira-se o julgado posto no HC 440.474/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 15.3.2018:

[...]

E ainda acerca do encargo de provar o cerne do direito reconhecido pela Corte Suprema, a propósito, atributo referente ao livre convencimento fundamentado, este, inclusive, autoriza o Magistrado a se servir do contido no art. 375 do Novo Cód. De Processo Civil, que igualmente transcrevo:

"O juiz aplicará as regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica (...)".

A observação acima não é escoteira e tem razão de ser: alguém que carrega, para dentro de um presídio, estupefacientes ocultados no próprio corpo, ou mesmo alguém na posse de elevadas e diversificadas quantidades de entorpecentes, para fins de comércio, realizado dentro de casa, ou ainda alguém que detenha papel de destaque no comércio atacadista, mesmo no varejista, de entorpecentes, teria perfil de pessoa que realiza as tarefas inerentes à maternidade?

Importante constar existirem muitos casos envolvendo quilos em profusão de diversas drogas, sem olvidar balanças de precisão, dinheiro, seguranças na porta da biqueira, invólucros por preencher, armas de molde a impedir agressão por grupo concorrente etc.

Aquele perfil mais benevolente, que se almeja reconhecer para as

mães presas, até seria possível, mas quem reclama o tratamento mais benéfico deverá provar a circunstância.

O subscritor duvida que algum dos e. Ministros da Corte Suprema teve a intenção de, em writ genérico, criar um salvo conduto de amplo espectro, e desse modo proibir órgãos jurisdicionais, encarregados de examinar os fatos, de promover a exata conferência da real dimensão da falta que a presença da genitora provocará à prole.

Ainda sobre os menores, a lei civil, no rol de atribuições do art. 1634 do Cód. Civil, estabelece o conteúdo do poder familiar, dentre eles "dirigir-lhes a criação e a educação", sem prejuízo de enumerar hipóteses em que a falta gera inadimplemento e o desatendimento deste tal poder-dever acarreta sanção ou de suspensão ou mesmo de eventual destituição, leia-se sobre o tema o disposto no art. 1638 do mesmo diploma legal, especialmente no tocante às hipóteses de "deixar o filho em abandono", "praticar atos contrários à moral e aos bons costumes" ou mesmo "incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente" (incisos II, III e IV).

Esse sempre foi o tratamento dispensado a quem, fazendo pouco caso das atribuições sociais mais comezinhas, se vincula ao crime como meio de vida.

Em resposta aos ativistas, nesta quadra, vem a calhar a lição de Hegel:

"o exagero da argumentação defensiva fragiliza sua própria causa".

A presente corrida aos Tribunais, para soltar pessoas fundamentadamente suspeitas de estarem vinculadas com as piores frações do crime organizado, a pretexto de uma leitura extensiva do respeitável aresto em comento, é temerária e merece maior reflexão.

Então, mais adiante, julgada monocraticamente a causa penal, o que haverá de fazer o MM Juiz quando estiver diante de uma condenação posta por sentença e aresto? Incidirá sem temperamentos o habeas corpus 143.641?

Cremos que não. A edição da sentença condenatória modifica a natureza da prisão. Começa a execução provisória. Demais disso, expressamente o legislador civil põe como consequência obrigatória, para condenações de vulto, a suspensão do poder parental, leia-se o art. 1637, par. único do Cód. Civil:

"Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão" (verbis).". (fls. 35-40)

Na hipótese, tem-se que as condutas em tese perpetradas, qual sejam, tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas, não foram

cometidas mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui 1 (um) filho menor (com 2, fl. 86), preenchendo, portanto, os requisitos legais, bem como está de acordo com as diretrizes firmadas no mencionado **habeas corpus coletivo**, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

Ademais, não se constata, da análise da r. decisão impugnada, bem como das decisões de primeiro grau, situação excepcionalíssima que impeça a concessão do benefício, razão pela qual a concessão da ordem é medida que se impõe. Não há registro de que a paciente tenha sido suspensa ou destituída do poder familiar.

Nesse sentido o seguinte julgado desta Corte Superior:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ENCARCERAMENTO FUNDADO NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO (MODUS OPERANDI). DELITO COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PENAL. HISTÓRICO CRIMINAL. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA JUSTIFICADA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). FILHO MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO À ORDEM EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. IMPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. Não há ilegalidade na ordenação e manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que é necessária, dada a gravidade diferenciada da conduta incriminada e pelo histórico criminal do custodiado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. No caso, a despeito da reduzida quantidade de droga apreendida, não se pode perder de vista as circunstâncias em que supostamente praticado o fato delituoso - em que a recorrente estava tentando*

introduzir maconha no interior de estabelecimento prisional -, a denunciar a gravidade da conduta. 3. Além do mais, a custódia também se faz necessária para evitar a reiteração delitiva, uma vez que a recorrente já foi condenada por tráfico de drogas e associação para o tráfico, encontrando-se inclusive em liberdade provisória, tudo a revelar que não se trata de fato isolado em sua vida, demonstrando o periculum libertatis exigido para a ordenação e preservação da prisão cautelar. 3. O colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, fixou diretrizes para que a prisão domiciliar seja imediatamente aplicada às mulheres preventivamente custodiadas, desde que gestantes, puérperas ou mães de crianças menores de 12 anos ou deficientes, inclusive com reavaliação de todos os processos em curso no território nacional, salvo casos excepcionais a serem justificados pela autoridade competente.

*4. **In casu, a recorrente se irroga a condição de única guardiã de filho de apenas 2 anos de idade e, embora não tenha o acórdão recorrido apontado para a eventual existência de laudo social, percebe-se que não se faz presente qualquer das exceções fixadas pela Corte Suprema, já que o crime imputado à recorrente, tecnicamente primária, não foi praticado mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em situação excepcionalíssima capaz de conduzir à denegação do benefício. Assim, necessário o imediato cumprimento da decisão coletiva**.*

5. Recurso ordinário parcialmente provido para revogar a prisão preventiva da recorrente, substituindo-a pela prisão domiciliar (art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal), com a imposição concomitante das medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319, incisos I, III e IX, do mesmo diploma legal" (RHC 94.266/MG, Rel. **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi,** DJe 16/04/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 691/STF. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PACIENTE COM 2 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). RECURSO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a

não admitir o conhecimento de habeas corpus contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, salvo no caso de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada

2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus n° 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, 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), salvo as seguintes situações: 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 beneficio.

6. ***Na hipótese dos autos, os fundamentos utilizados pelo Juízo de primeiro grau para indeferir o pedido de prisão domiciliar são estranhos ao caso concreto. Os crimes não foram cometidos com violência ou grave ameaça, a paciente é primária e comprova ser mãe de 2 (dois) filhos menores de 12 anos, o que***

preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar e com parecer favorável do Ministério Público Federal, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau" (HC 445.037/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/05/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. RÉ MÃE DE UMA CRIANÇA DE 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 3. No caso dos autos, quando da prisão em flagrante da recorrente, foram apreendidos 39 tijolos de maconha, pesando 25,38 quilos, o que justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. 4. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o artigo 318 do CPP passou a permitir ao juiz a substituição da prisão

cautelar pela domiciliar quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos". 5. Em 20/02/2018, nos autos do HC 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de publicação), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de: a) crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, b) crimes praticados contra seus descendentes ou c) situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas.

6. Na espécie, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, isso porque a paciente foi denunciada por delito praticado sem violência ou grave ameaça e é mãe de uma criança de 4 anos, cujo pai encontra-se preso pelos fatos narrados nestes autos e teria confessado a prática delitiva, isoladamente.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para substituir a segregação cautelar da paciente por prisão domiciliar" (HC 411.488/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas** DJe 24/04/2018, grifei).

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR, ART. 318, V, DO CPP. POSSIBILIDADE. FILHOS MENORES DE 12 ANOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. DELITO DESPROVIDO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRIORIDADE DE INTERESSE DOS MENORES. PROTEÇÃO INTEGRAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. A Suprema Corte, por ocasião do julgamento do HC 143.641/SP, concedeu habeas corpus coletivo às 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 determinadas restrições.

2. ***No caso em comento, a paciente comprovou ser mãe de quatro filhos menores, dentre eles, Raphaella de Oliveira Cirilo, nascida em 26/1/2016, ou seja, atualmente com 2 anos e 1 mês de idade. Por tal razão, tendo em vista tratar-se de paciente primária, conforme salientado pelas instâncias ordinárias, denunciada por delito praticado sem emprego de violência ou grave ameaça ou contra seus descendentes, não***

> ***havendo situação excepcionalíssima que justifique a manutenção da prisão preventiva, restam preenchidos os requisitos para substituição a custódia pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal***.
>
> *Recurso ordinário provido para determinar a substituição da prisão cautelar pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do CPP, sem prejuízo da aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo Diploma pelo Magistrado de primeiro grau. Prejudicado o pedido de tutela provisória formulado às fls. 218/225"* (RHC 88.971/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 06/04/2018, grifei).

Ante o exposto, **não conheço do presente habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem** para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da análise da necessidade de imposição de outras medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como das demais diretrizes contidas no referido HC 143.641/SP, devendo, ainda, o d. juízo de primeiro grau orientar a paciente quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício.

P. e I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator