HABEAS CORPUS Nº 549.716 - SP (2019/0362417-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	KLEAN CINTRA PRADO
ADVOGADO	:	KLEAN CINTRA PRADO - SP372085
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VIVIANE CRISTINA HOMAN DE CARVALHO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de VIVIANE CRISTINA HOMAN DE CARVALHO - presa preventivamente em 31/8/2019 pela suposta prática do delito de tráfico de drogas - contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2210500-49.2019.8.26.0000), que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 36):

> *HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS Pleito de substituição da custódia por prisão domiciliar Impossibilidade Decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva amplamente fundamentada Presentes os requisitos do art. 312 do CPP Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 143.641/SP) que não implica em concessão automática de liberdade provisória pelo fato de a paciente possuir filho menor de 12 anos Ré, reincidente específica, que ostenta diversos apontamentos criminais pela prática de crimes ligados à narcotraficância Indícios de que a mercancia espúria se dava na residência da acusada, denotando dúvida se sua presença no lar contribuiria positivamente para o desenvolvimento do infante Condições pessoais favoráveis eventualmente favoráveis que, por si sós, não inviabilizam o cárcere Constrangimento ilegal não verificado Ordem denegada.*

Na presente impetração, a defesa alega, inicialmente, que não há elementos concretos a demonstrar o *periculum libertatis* da paciente, além de não estarem preenchidos os requisitos legais autorizadores da prisão preventiva destacando a presença de condições pessoais favoráveis. Afirma que o decreto prisional não indiciou elementos concretos para justificar a necessidade da medida extrema.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

Destaca a defesa que a paciente possui filho com 10 (dez) anos de idade e por isso pleiteia a concessão da prisão domiciliar, invocando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC coletivo n. 143.641/SP para amparar a sua tese.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva da paciente, com a aplicação de medidas cautelares alternativas, ou, alternativamente, a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

É o relatório, **decido**.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do Relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforma com súmula ou a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contraria (AgRg no HC 513.993/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC 37.622/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente,* pois a *concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

*constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental (*AgRg no HC 268.099/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet* que, *longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido* (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência pacífica* (AgRg no HC 514.048/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus,* passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus,* que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Ab initio, afere-se que a **prisão preventiva** da paciente está fundamentada na **necessidade de garantia da ordem pública**, em virtude da **quantidade de substância entorpecente** apreendida: *tratam-se das drogas conhecidas por cocaína, na forma de pó, com peso líquido de 19,89 gramas, cocaína na forma sólida (crack), com peso líquido de 35,17 gramas e maconha, com peso líquido de 442,84*; e dos **dados da vida pregressa** da paciente, que indicam persistência na prática delitiva (e-STJ fls. 30/31), *in verbis:*

> *Demais disso consta da folha de antecedentes da averiguada o processo 0014393-87.2005.8.26.0572,* ***pela prática do crime de tráfico de drogas, com condenação transitada em julgado em 27/05/2015****, e ainda os autos 1500401-91.2019,* ***processo em andamento****, com denúncia recebida,* ***pela prática dos crimes de tráfico e associação ao tráfico.***
>
> *Resta evidente a necessidade da decretação da prisão preventiva, vez que a averiguada além de reincidente, reponde a processo por crime de tráfico e associação praticados neste ano.*

A prisão [está] *fundamentada na qualidade e quantidade da droga apreendida, motivação considerada idônea para a manutenção da segregação de natureza cautelar* (STJ, AgRg no HC n. 323.444/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 4/8/2015).

Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva, não há que se falar em ilegalidade da segregação cautelar em razão de deficiência na fundamentação (Precedentes). (HC n. 63.237/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 1/3/2007, DJ 9/4/2007).

Como houve adequação do decreto prisional aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não se pode falar em carência de fundamentação da prisão preventiva da paciente.

Sobre a **prisão domiciliar**, entretanto, **assiste razão à defesa.**

Com efeito, os incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal autorizam o Juiz a substituir a prisão preventiva da mulher gestante ou mãe com filho de até 12 anos de idade pela domiciliar.

Sobre o tema, o Colegiado da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele *writ*, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional.

Em data recente, sobreveio a Lei n. 13.769/2018, de 9/12/2018, introduzindo os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal:

> ***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.*

Efetivamente, a novel legislação estabelece um poder-dever

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

para o Juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único, do CPP), ressalvadas as exceções legais.

Todavia, a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Assim, deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, bem como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

No particular, o Tribunal local manteve a prisão preventiva e indeferiu o pedido de prisão domiciliar com base nos seguintes termos (e-STJ fls. 41 e ss.):

> [...]
>
> *Quanto ao pedido de prisão domiciliar pelo fato de a paciente possuir filho menor de 12 anos, não se desconhece a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.*
>
> *No referido julgado, concedeu-se 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, nos termos do art. 2° do ECA e da Convenção sobre Direito 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 ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

> *fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício" (sem destaque no original).*
>
> *Como se vê, as circunstâncias que circundam o caso concreto se traduzem na sobredita excepcionalidade, pois, de fato, a suposta reiteração criminosa em crimes de tráfico de drogas, que, em tese, também ocorriam na casa da acusada, onde convivia com o filho, revela comportamento incompatível com o de quem zela pela prole.*
>
> *Consoante ressaltado pelo juízo a quo, "na residência da averiguada também foi encontrada droga e ainda dois cadernos com anotações típicas de tráfico de drogas, o que demonstra que a criança pode estar convivendo em ambiente inseguro e nocivo ao seu desenvolvimento físico e intelectual" (fls. 46).*
>
> *De fato, diante do que até então se apurou, a imprescindibilidade da presença da acusada ao apropriado cuidado do menor se revela bastante duvidosa.*
>
> *Dessa forma, impende destacar que a situação delineada nos autos claramente se amolda em uma das situações excepcionalíssimas, conforme exposto no referido writ, emanado do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Oportuno anotar que o fato de ser processada anteriormente não foi suficiente para inibir a conduta desvirtuada da paciente, que, ao que tudo indica, persistiu na atividade delitiva, perpetrando delito equiparado a hediondo.*
>
> *Portanto, a bem da verdade, sua prisão preventiva, além de ser necessária para garantia da ordem pública, também se mostra aconselhável para proteção dos interesses do menor.*
>
> *Dessa maneira, não se vislumbra qualquer ilegalidade na manutenção da prisão da paciente que justifique a concessão do remédio heroico.*
>
> *Ante o exposto, pelo meu voto,* ***denego a ordem de habeas corpus.***

A paciente foi **presa em flagrante em um ônibus coletivo**, mas a autoridade policial diligenciou até sua residência, onde noticia ter encontrado droga e dois cadernos de anotações típicas do tráfico. Nesse contexto, o **Tribunal consignou** que a **paciente também usava a própria residência** para praticar o crime, entendendo ser evidente um risco à integridade física e psíquica do filho menor.

Todavia, mesmo que se tratasse de hipótese de tráfico no lar, o

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP, **examinando diversas pendências referentes ao acompanhamento do cumprimento da ordem do colegiado**, em decisão proferida no dia 24/10/2018, concedeu a ordem para os casos similares ao ora em exame. *In verbis*:

> ***Documentos eletrônicos 440, 544, 589 e 631****: esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar.*
>
> *Ademais,* ***a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo.***
>
> *Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional.*
>
> *Quanto aos casos concretos: concedo a ordem de ofício. Oficiem-se aos respectivos Juízos de origem, para as providências cabíveis.*
>
> ***Documentos eletrônicos 471 e 550****:* ***<u>não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa</u>****, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança.*
>
> *Efetivamente, a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.*
>
> ***Quanto aos casos concretos: concedo a ordem de ofício. Oficiem-se aos respectivos Juízos de origem, para as providências cabíveis.***
>
> ***Documentos eletrônicos 510, 543 e 659****: circunstâncias tais como as de a acusada: (i) ter sido presa em flagrante sob*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

> *acusação da prática do crime de tráfico; (ii) ter passagem pela vara da infância; e/ou (iii) não ter trabalho formal, não obstam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme constou da decisão concessiva da ordem.*

No caso, observa-se que a paciente é **mãe de uma criança menor de 12 anos (com idade de 11 anos, nascido em 9/10/2008 - e-STJ fl. 33)**, que o crime pelo qual é acusada não envolveu violência ou grave ameaça, nem foi cometido contra seus descendentes.

É legítimo, portanto, em respeito, inclusive, ao que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP e decisões correlatas; e com espeque nos arts. 318, V e 318-A, I e II, do Código de Processo Penal, substituir a sua prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias. A propósito:

> *PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS.*
>
> *1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.*
>
> *2. No caso, a prisão está justificada na gravidade concreta da conduta narrada, consistente em tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, com a apreensão de 2 revólveres calibre .38 e 9 munições do mesmo calibre, bem como 32g (trinta e dois gramas) de crack e 10g (dez gramas) de cocaína, e no fato de a recorrente ostentar condenação anterior por delito de colaboração com o tráfico por fato de 2006. Tais circunstâncias denotam sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.*
>
> *3. O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de criança menor de 12 anos exige fundamentação idônea e*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016).

4. Ademais, a partir da Lei n. 13.769, de 19/12/2018, dispõe o Código de Processo Penal em seu art. 318-A, caput e incisos, que, em não havendo emprego de violência ou grave ameaça nem prática do delito contra os seus descendentes, a mãe fará jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

5. Na presente hipótese, a recorrente é mãe de criança menor de 12 anos, o fato narrado não foi exercido mediante emprego de violência ou grave ameaça, não houve prática de delito contra a sua descendência e não transparece nenhuma circunstância excepcional a justificar o afastamento dos preceitos normativos e jurisprudenciais expostos acima.

6. Ademais, ***a negativa da substituição da prisão preventiva por domiciliar lastreou-se no fato de o ilícito de tráfico de drogas ter sido perpetrado na própria residência da recorrente e do seu filho.***

7. Entretanto, em decisão de acompanhamento da ordem concedida no bojo do HC n. 143.641/SP pelo Ministro relator do caso no Supremo Tribunal Federal, ***há expressa afirmação de que "não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa"*** *(HC n. 143641, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 24/10/2018, DJe de 26/10/2018).*

8. ***A <u>mera reincidência</u> não é motivo suficiente para, per si, afastar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos, pois não importa em risco inequívoco à infância e à sua proteção****, mormente se considerado que o fato anterior ocorreu no longínquo ano de 2006 e era de menor gravidade (precedentes).*

9. Recurso provido para, confirmando a liminar deferida, substituir a prisão preventiva por domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Juízo singular.

(RHC 111.566/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019, grifo nosso)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA E ***REITERAÇÃO DELITIVA****. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.* ***PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. PACIENTE COM FILHOS MENORES DE 12 ANOS,*** *INCLUINDO UM RECÉM NASCIDO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE. LIMINAR DEFERIDA.* ***ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

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. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, enfatizando terem sido apreendidas diversas pedras de crack em sua residência, ressaltando, por fim, o fato de a acusada ser ***reincidente*** *no crime em questão. Nesse contexto, não pode a decisão de 1º grau ser considerada nula por fundamentação inidônea.*

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 20/2/2018, 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 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 benefício.

4. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

as exceções legais.

Todavia, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte (HC n. 143.641/SP) deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

- Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a prisão domiciliar) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

Precedentes do STF e do STJ.

5. Na hipótese dos autos, o crime, em tese, imputado à paciente (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça e ela comprova ser mãe de três crianças menores de 12 anos, incluindo um recém-nascido, o que preenche os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B 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.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, ***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 525.278/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

ENTORPECENTES. CONVERSÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR EM DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. CRIME NÃO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CRIME NÃO COMETIDO CONTRA DESCENDENTE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE IMPEÇA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DE MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. CONSTITUCIONALISMO FRATERNO. PREÂMBULO E ART. 3º DA CF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, se aplica integralmente à presente hipótese, haja vista que a recorrente possui uma filha de 3 anos de idade e o crime a ela imputado, tráfico de drogas, não envolve violência ou grave ameaça, nem foi praticado contra descendente. Relevante assentar, ademais, que as peculiaridades apresentadas no presente processo não revelam nenhuma nota de excepcionalidade que autorize a manutenção da prisão preventiva em detrimento do benefício da prisão domiciliar.

2. ***Apesar da inequívoca reprovabilidade da conduta imputada e da expressiva quantidade de droga apreendida - 2kg de maconha -, observa-se que não há qualquer excepcionalidade que impeça o deferimento da prisão domiciliar, devendo prevalecer o interesse da criança, que goza de proteção integral e prioritária, e a força impositiva da nova regra processual penal.*** *Precedentes.*

3. A fim de ***proteger a integridade física e emocional da filha menor e pela urgência que a medida requer, de rigor a manutenção da decisão impugnada que autorizou a substituição da prisão da ora agravada pela prisão domiciliar****, com espeque nos arts. 318, IV e V e 318-A, do Código de Processo Penal, com alicerce no Preâmbulo e no art. 3º da CF/88, 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, com a ressalva de que a prisão pode ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de fatos novos.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RHC 110.084/PB, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE. ART. 318 DO CPP. 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, a ***prisão preventiva imposta à paciente está suficientemente fundamentada*** *na necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta delituosa, pois ela teria sido* ***flagrada na posse de arma de fogo e munições,*** *que seriam trocadas por* ***5 (cinco) quilos de cocaína.***

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 20/2/2018, nos autos do HC 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 9/10/2018), 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 linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi editada, em 20/12/2018, a Lei n. 13.769, que legislou pela substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe de crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente.

7. Na espécie, ***apesar da gravidade concreta da conduta delituosa supostamente praticada pela paciente, tendo como***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

prioridade absoluta os direitos das crianças, recomenda-se o cumprimento da custódia cautelar em prisão domiciliar, pois a paciente é primária, foi denunciada por delito perpetrado sem violência ou grave ameaça e possui um filho com 3 anos de idade.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para substituir a segregação cautelar imposta à paciente por prisão domiciliar.

(HC 487.817/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE.PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.

2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.

3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial períodica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

(HC 362.922/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017, grifo nosso).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663

A fim de proteger a integridade física e emocional do filho menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente pela prisão domiciliar, com espeque nos arts. 318, V e 318-A e B, do Código de Processo Penal, com alicerce no Preâmbulo e no art. 3º da CF/88, podendo a prisão ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de fatos novos.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do presente *habeas corpu*s. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para assegurar à paciente o direito à prisão domiciliar, **com o uso de tornozeleira eletrônica,** ressalvada a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a serem fixadas pelo Juízo de primeiro grau.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5F945550-28D3-4A68-9764-39C2BDE5E663