



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 466.196 - MS (2018/0218685-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA E OUTRO
ADVOGADOS : AFONSO NOBREGA - MS005217
VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA - MS017380
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VALERIA ROSA GARCIA ALVES NOBREGA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO AGREGA FUNDAMENTOS AO DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR, ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. POSSIBILIDADE. FILHO MENOR DE 12 ANOS. DELITO DESPROVIDO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRIORIDADE DE INTERESSE DO MENOR. PROTEÇÃO INTEGRAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o *habeas corpus* em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo.

3. A prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade da paciente, diante da gravidade concreta da conduta, evidenciada pela grande quantidade de entorpecente apreendido em poder da paciente (42 tabletes de maconha).

4. 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.

5. No caso em comento, a paciente comprovou ser mãe de uma filha menor, A. P. G. A. N. L., nascida em 5/3/2010, atualmente com 9 anos de idade. Por tal razão, tendo em vista tratar-se de paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primária, 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 – CPP.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a substituição da prisão cautelar pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas, nos termos do art. 319 do mesmo Diploma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 466.196 - MS (2018/0218685-5)

IMPETRANTE : VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA E OUTRO
ADVOGADOS : AFONSO NÓBREGA MILITÃO - MS005217
VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA - MS017380
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL
PACIENTE : VALERIA ROSA GARCIA ALVES NOBREGA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de VALERIA ROSA GARCIA ALVES NOBREGA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n. 1408125-35.2018.8.12.0000).

Extraí-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 16/7/2018 por ter supostamente praticado os delitos tipificados nos arts. 33 e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem nos termos do acórdão que restou assim ementado:

ORDEM DE HABEAS CORPUS - DELITOS DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA OU SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS DO ART. 319 DO CPP - PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS DA PRISÃO PREVENTIVA - NEGADO - PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR, COM FULCRO NO ART. 318 DO CPP - REFUTADA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE PARA OS CUIDADOS COM A PROLE - PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA - ORDEM DENEGADA.

I - Quando o decreto da prisão preventiva estiver inserido em uma das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal e também estiverem preenchidos os requisitos e fundamentos legais do art. 312 do mesmo Códex, não há falar em revogação da prisão.

II. Na espécie delitiva do tráfico ilícito de drogas, a realização da conduta típica faz presumir a ofensa à ordem pública, principalmente por se tratar de crime de perigo abstrato, cuja exposição do bem jurídico a perigo é decorrente de presunção absoluta, sendo prescindível prova no tocante à existência da real situação de perigo. As condutas típicas inseridas no tipo penal de perigo abstrato são aquelas que abalam não apenas a ordem pública, mas também o direito à segurança e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incolumidade coletiva, de modo a justificar a presunção de violação do bem jurídico, capaz de fundamentar a segregação do paciente.

III.Eventuais circunstâncias favoráveis, não são obstáculos para a manutenção da prisão preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, quando restar patente o risco à ordem pública.

IV . É inviável a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, vez que restou devidamente demonstrado que estas não se mostraram adequadas ou suficientes, frente à presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal).

V - Segundo preleciona o artigo 318, V do Código de Processo Penal, conceder-se-á prisão domiciliar quando o agente protagonizar cuidados especiais de menor de 12 anos ou portador de necessidades especiais. No entanto, exige-se prova idônea da imprescindibilidade, não bastando, pois, mera comprovação da ascendência (fl. 32).

No presente *mandamus*, alega que a paciente é mãe de uma criança de 8 anos de idade, circunstância suficiente para concessão da prisão domiciliar. Assevera que a prisão preventiva caracteriza indevida antecipação de pena e quem mais sofre com isso é a menor, sendo imprescindível considerar que tal condição impacta sobremaneira na vida da criança e fere o texto constitucional que estabelece a proteção de crianças e adolescentes como dever de absoluta prioridade. Observa que o interesse da criança prepondera e deve ser fator determinante à relativização da prisão processual.

Aduz ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP e afirma que o decreto prisional está fundamentado exclusivamente na gravidade abstrata do delito.

Por fim, invoca entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, adotado por ocasião do julgamento do HC 143.641/SP, no qual a 2ª Turma concedeu *habeas corpus* coletivo às mulheres presas, gestantes, puéperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, e determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura ou a concessão de prisão domiciliar, nos termos do art. 318, incisos III e V, do CPP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 466.196 - MS (2018/0218685-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. 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.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, em 25/10/2018, nos autos da Ação Penal n. 0030390-13.2018.8.12.0001, de que aqui se cuida, foi prolatada sentença condenando a ora paciente como incurso nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, à pena de 12 anos de reclusão em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade.

Todavia, extrai-se do referido *decisum* que não foram agregados novos fundamentos ao decreto prisional.

Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o *habeas corpus* em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo. Veja-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. MESMOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. ENCARCERAMENTO FUNDADO NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DO MATERIAL TÓXICO CAPTURADO. NATUREZA DELETÉRIA. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. O advento de sentença condenatória não enseja a prejudicialidade do reclamo no ponto relacionado à fundamentação da prisão preventiva quando os fundamentos que levaram à manutenção da preventiva foram os mesmos apontados por ocasião da decisão primeva, não havendo que se falar em prejudicialidade do remédio constitucional.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido (HC 439.242/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/10/2018).

Assim, passo a analisar a insurgência. Por oportuno, segue a transcrição da decisão do Juízo de primeiro grau que, ao homologar o flagrante, converteu a custódia em prisão preventiva:

Outrossim, ao que se observa, a princípio, foram observadas as formalidades dos incisos LXII e LXIII do ar.º 5º da CF/88. O(A)(s) preso(a)(s) permanecem(ram) com algemas em razão da justificativa da guarda e escolta relativa à segurança.

Em que pese vedação expressa à fiança no caso em tela face o impeditivo do artigo 44 da Lei 11.343/2006, é consolidado o posicionamento do STF no sentido de considerar possível a concessão de liberdade provisória em casos tais². Todavia, na hipótese, verifica-se pelas condições do delito, em especial pela gravidade da conduta, natureza do crime, espécie e quantidade de substância apreendida (47.000g - 42 tabletes de maconha — f. 41), contexto da apreensão e presença de elementos que indicam envolvimento em atividade traficante, ratificados pelo depoimento do(a)(s) custodiado (a) (s) a f. 18 e 28, não ser recomendável a concessão de fiança e/ou medida cautelar mais branda, por serem insuficientes, nos termos do artigo 310, inc. II, in fine, CPP.

Assim, diante do contexto apresentado, em vista da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, entendo ser necessária a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, à luz do artigo 312, do CPP, para garantia da ordem pública e também para a conveniência da instrução criminal. ..." (fl. 39).

O Tribunal estadual, por sua vez, manteve a custódia antecipada da paciente e negou a prisão domiciliar nos seguintes termos:

No caso, pelo cotejo dos elementos que instruem o presente habeas corpus, tem-se presente o fumus commissi delicti



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário à decretação/manutenção da prisão preventiva, consubstanciado no auto de prisão em flagrante e elementos de informações colhidos até o presente momento, (fls. 11-35 - autos nº 0005010-16.2018.8.12.0800).

O *periculum libertatis* sobressai, na hipótese, da necessidade de resguardar a ordem pública e aplicação da lei penal, especialmente em razão de a paciente ter sido flagrada como 42 tabletes de maconha, os quais estavam acondicionais em seu carro.

(...).

Quanto ao pedido alternativo de prisão domiciliar, sabe-se que o Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, introduziu a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, consistente no recolhimento do indiciado(a) ou acusado(a) em sua residência, de onde somente poderá sair mediante autorização judicial (artigo 317).

O cabimento da substituição está condicionado, contudo, ao preenchimento de uma das seguintes condições: (a) o agente seja maior de 80 (oitenta) anos; (b) extremamente debilitado por motivo de doença grave; (c) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (d) gestante; (e) mulher com filho de até 12 (doze) anos de ides incompletos; f) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

De qualquer sorte, algumas das hipóteses legais (do artigo. 318, do Código de Processo Penal) podem se revelar incompatíveis com a finalidade da preventiva, cabendo ao Poder Judiciário um mínimo de reserva crítica quanto ao sentido e amplitude da prisão domiciliar, de modo a não se frustrarem os objetivos perseguidos na decretação da prisão preventiva (Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer. Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. Editora Atlas, 2012. p. 645).

Impõe-se, portanto, um exame mais cuidadoso de cada caso concreto, a fim de se evitar: (a) tanto a perda completa de eficácia da prisão domiciliar, ao fundamento da permanência dos riscos; e (b) quanto a perda igualmente completa da eficácia da preventiva fundamentadamente decretada.

Nesse aspecto, caso a concessão do benefício esteja fundamentada na hipótese do inciso V, do artigo. 318, do Código de Processo Penal, "a acusada haverá de demonstrar, claramente, que é imprescindível nos cuidados de pessoa menor de 12 (doze) anos de idade ou com deficiência". Assim, é o que dispõe o parágrafo único do precitado dispositivo legal que "Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo

No presente caso, embora a situação da paciente, em tese, se enquadre na hipótese do art. 318, V, do Código de Processo Penal, essa mera subsunção legal não é capaz de ensejar a concessão automática da prisão domiciliar, providência essa que exige, também, a análise das circunstâncias do caso concreto, sobretudo para constatar a compatibilidade dessa medida com a gravidade concreta dos fatos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, como visto, a partir da detalhada análise fática feita em linhas anteriores, ficou demonstrada a necessidade de manutenção da prisão preventiva da paciente, isso diante da gravidade concreta de sua conduta, refletida pelo grande quantidade e o modus operandi utilizado na prática do delito, o que, numa análise final, abala a ordem pública e reclama a conservação da medida cautelar mais extrema.

Deve esclarecer que, no presente caso, a situação da paciente em relação ao filho(a) menor de 12 anos necessita de uma avaliação aprofundada pelo juízo do processo, inclusive com a realização de estudo social, se assim entendido, para que se possa ter certeza da efetiva necessidade e relevância da presença da mãe junto aos filhos, considerando a gravidade do fato praticado enquanto em liberdade, o que pode colocar em risco o desenvolvimento do infante no caso de conviver sob a responsabilidade de pessoa que pratica fatos dessa natureza.

Ademais, a não concessão de prisão domiciliar não implica descumprimento de decisão do STF no HC 143.641/SP, porque o próprio Relator ressaltou que, em situações excepcionalíssimas, como se afigura o presente caso, pode ser denegada a concessão de liberdade provisória de maneira devidamente fundamentada, como ora é feito.

Aliás, diante da gravidade dos fatos, sugiro que o magistrado que preside o processo proceda diligências, inclusive com estudo social, a fim de verificar a real situação da criança filha(o) da paciente e o que é mais conveniente, considerando os fatos imputados à paciente.

Diante de todos esses aspectos, pode-se concluir que estão presentes no vertente caso os requisitos e fundamentos imprescindíveis à manutenção da prisão preventiva, quais sejam, o fumus commissi delicti, comprovado pela suficiência dos indícios de autoria e materialidade delitiva, e o periculum libertatis, materializado pela necessidade de garantia da ordem pública, pelo que deve ser afastada a pretensão em questão.

Posto isso, com o parecer, denego a presente ordem (fl. 40/42).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, todavia, verifica-se que a prisão preventiva foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequadamente motivada, tendo o Juízo de primeiro grau demonstrado, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta, evidenciada pela grande quantidade de entorpecente apreendido (47kg de maconha fracionados em 42 tabletes).

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.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REITERAÇÃO DELITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A aferição da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ, devendo ser a questão dirimida no trâmite da instrução criminal" (HC n. 363.791/MG, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/9/2016).

II - A segregação 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.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, seja pela quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, a indicar um maior desvalor da conduta perpetrada; seja pelo fundado receio de reiteração delitiva, haja vista o fato de o recorrente ser reincidente específico, ostentando condenação pelo mesmo delito (precedentes).

IV - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre na hipótese.

Recurso ordinário desprovido. (RHC 102.167/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 3/10/2018)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS. NOVO TÍTULO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, 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. Hipótese na qual, as instâncias ordinárias se basearam em elementos concretos que demonstram a necessidade da segregação. Além do fato de a recorrente ter sido flagrada com moderada quantidade e variedade de drogas - 45,3g de maconha e 16,5g de cocaína - as demais circunstâncias reforçam a indispensabilidade da medida, uma vez que ostenta condenação em primeira instância por crime de mesma natureza, e atua, em tese, no contexto de esquema criminoso integrado por seu namorado e corréu, o qual age do interior de presídio - elementos que denotam que a prisão é necessária como forma de prevenir a reiteração delitiva.

4. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

5. Recurso desprovido (RHC 90.281/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA E REITERAÇÃO DELITIVA. 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, as instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, em razão da periculosidade do agente, o qual tentou ingressar em estabelecimento prisional com considerável quantidade de droga, distribuídas em diversas embalagens e ingeridas pelo recorrente - totalizando 130,86 g de maconha e 29,6 g de cocaína. Soma-se a isso que o acusado havia sido preso pelo cometimento do crime de furto no dia anterior, oportunidade em que lhe foi concedida a liberdade provisória, não tendo, todavia, sido liberado em razão da suspeita da prática de tráfico de drogas. Prisão preventiva devidamente justificada para a garantia da ordem pública nos termos do art. 312 do CPP.

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 (RHC 99.827/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/10/2018).

Noutro ponto, quanto à substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar, melhor sorte assiste à defesa. Conforme a decisão de primeiro grau, acima transcrita, o Juízo ordinário deixou de substituir a custódia preventiva por prisão domiciliar dada a gravidade da conduta.

No caso, é possível identificar de plano o constrangimento ilegal aventado, uma vez que a Suprema Corte concedeu *habeas corpus* coletivo às presas mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Confira-se trecho do acórdão:

(...) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.***

No caso em comento, a paciente comprovou ser mãe de uma filha menor, A. P. G. A. N. L., nascida em 5/3/2010, atualmente com 9 anos 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 – CPP.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já acenava com o entendimento firmado pela Suprema Corte. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHOS MENORES DE 12 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 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. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível, 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, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. Hipótese em que se mostram presentes fundamentos suficientes para a segregação, em especial a elevada quantidade, natureza e variedade de entorpecentes apreendidos - 49 pedras de crack, 44 porções de cocaína e 86 porções de maconha, bem como as informações de que as práticas delitivas eram praticadas de forma reiterada.

4. Em relação à paciente GISLENE APARECIDA DE OLIVEIRA, convém atentar que o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que 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.

5. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito 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).

6. 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) 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).

7. Tal inovação legislativa decorre do resgate do princípio constitucional da fraternidade (CF/88, art. 3º e Preâmbulo). Defende-se, portanto, que fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo (JABORANDY, Clara Cardoso Machado, A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 71).

8. Na hipótese dos autos, o magistrado singular sequer aventou a possibilidade da substituição da prisão preventiva por domiciliar, e o Tribunal a quo deixou de examinar a questão, considerando haver óbice de supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. A hipótese, porém, autoriza a concessão da ordem de ofício, dada a existência de constrangimento ilegal patente. **A despeito da já mencionada quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, a denúncia relata que o papel da referida paciente na prática dos delitos era de menor relevo, já que, em tese, apenas realizava a venda das drogas enquanto Lurya era responsável por abastecer a primeira, além de gerenciar a atividade ilícita e realizar a contabilidade do dinheiro obtido. Desse modo, considerando a inferior reprovabilidade de sua conduta, deveria ter sido ponderada a adequação da manutenção da prisão. Em outras palavras, afere-se que as instâncias ordinárias deixaram de realizar o necessário e indispensável exame acerca da conduta e da personalidade da paciente e, sobretudo, a conveniência de atendimento ao superior interesse do menor.**

10. A paciente comprova ser mãe de dois meninos de, respectivamente, 1 e 8 anos de idade, 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 preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente GISLENE APARECIDA DE OLIVEIRA pela prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo (HC 427.028/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJE 22/2/2018).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENOR. FALSA IDENTIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. PRESENÇA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Ainda que o Juiz tenha apontado motivo, a priori, considerado válido por esta Sexta Turma, para a decretação da prisão preventiva, ante a quantidade de droga, 64,550 kg de maconha, não trouxe nenhum fundamento específico que afaste a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

2. **In casu, o indeferimento do pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar se deu por fundamentação inidônea na medida em que vê-se como descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois condição legalmente presumida, e não devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. Ao contrário, consta dos autos que a paciente é mãe de duas crianças, que possuem 6 (seis) e 3 (três) anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna exigiria**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal. Precedentes.

3. Habeas corpus concedido, para substituir a prisão preventiva da paciente RUTH DEMESIO FARIAS por prisão domiciliar com base no art. 318, V do CPP, o que não impede a imposição de necessárias medidas cautelares diversas de prisão, pelo Juízo de piso, por decisão fundamentada (HC 422.235/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017).

Considerando o julgamento de mérito da impetração, prejudicada a análise do pedido de reconsideração da liminar formulado pela defesa às fls. 102/108.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar a substituição da prisão cautelar pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares diversas, nos termos do art. 319 do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0218685-5

HC 466.196 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08217889720188120001 14081253520188120000 82018001452664 8217889720188120001

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA E OUTRO
ADVOGADOS : AFONSO NOBREGA - MS005217
VALDA MARIA GARCIA ALVES NOBREGA - MS017380
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VALERIA ROSA GARCIA ALVES NOBREGA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Prisão Preventiva

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.