Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
47
Carimbado Eletronicamente

ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
***Habeas Corpus* nº 0014926-20.2019.8.19.0000**
Impetrante: Livia Cristina dos Santos Suzarte (Defensora Pública)
Paciente: Talita Aparecida Fagundes de Souza
Autoridade Coatora: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Barra Mansa
Relatora: DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI

***HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. PACIENTE GRÁVIDA E COM FILHO MENOR DE 12 ANOS. SUBSTITUIÇÃO DA PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. ACOLHIMENTO. PREENCHIMENTO REQUISITOS CONSIGNADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1.** Extrai-se dos autos que a Paciente, grávida e mãe de uma criança de 05 anos de idade, foi presa em flagrante, no dia 15/03/2019, pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06, porque, durante diligência policial de rotina um popular alertou a guarnição de que uma menina de nome Talita teria chegado em casa com entorpecente na bolsa, fornecendo seu endereço. Chegando ao local indicado, os policiais foram atendidos pela paciente que, após ter ciência da denúncia contra si, franqueou a entrada da residência e apontou um quarto situado nos fundos da casa, local onde foi arrecadado, dentro de uma caixa de papelão, 04 tabletes de maconha, com peso total de 1.950g. Segundo os policiais, Talita lhes disse que uma pessoa lhe pediu que guardasse a droga em troca do pagamento de R$100,00, e que aceitou por estar desempregada. **2.** O decisório impugnado encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos aptos a embasar a manutenção da medida prisional. Há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria evidenciados pela situação de flagrância, presente, portanto, o *fumus boni juris* e, bem assim, o *periculum in mora*, pois, embora se trate de infração cometida sem violência ou grave ameaça contra pessoa, o crime, equiparado a hediondo, é sancionado com reclusão. Outrossim, a periculosidade da Paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas de sua captura, notadamente pela expressiva quantidade de droga que guardava em casa (1.950g de maconha), demonstra a necessidade da sua custódia cautelar para interromper ou diminuir sua atuação como agente difusor da substância espúria, enquadrando-se, portanto, no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva. **3.** Por outro lado, apesar

dfm

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ
SUIMEI MEIRA CAVALIERI:14996 Assinado em 09/05/2019 11:11:47
Local: GAB. DES(A). SUIMEI MEIRA CAVALIERI

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
48
Carimbado Eletronicamente

da gravidade da conduta que lhe é atribuída, se comprovado nos autos que a paciente, de primariedade incontestada, é mãe de uma criança de 05 anos de idade e está grávida, em gestação de 06 meses, e se o crime a ela imputado não foi cometido mediante violência ou grave ameaça, ou mesmo contra o filho menor, ela se enquadra nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 143.641/SP. Assim, cumpre reconhecer a preponderância da situação de vulnerabilidade do infante e da gestante em detrimento do cárcere como garantia da ordem pública e, por via de consequência, tem-se por substituir a segregação cautelar por prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas, desde que fundamentadas. **Concessão da ordem.**

VISTOS, relatados e discutidos os autos do ***habeas corpus* nº 0014926-20.2019.8.19.0000, ACORDAM** os Desembargadores que integram a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada em 07 de maio de 2019, **por unanimidade**, **em conceder a ordem**, nos termos do voto da Des. Relatora.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Talita Aparecida Fagundes de Souza**, alegando-se constrangimento ilegal por parte do Juízo da 2ª Vara Criminal de Barra Mansa ante o indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva ou sua substituição por prisão domiciliar, uma vez que a paciente é mãe de uma criança de 05 anos de idade e está grávida de outra, com 06 meses de gestação.

Em síntese, narra a Impetrante que a paciente foi presa em flagrante no dia 15/03/2019, por ter, supostamente, praticado o crime do artigo 33 da Lei 11.343/06, sendo que, na audiência de custódia, realizada no dia 18/03/2019, o Ministério Público opinou favoravelmente à decretação da prisão domiciliar da paciente, e a Defesa pugnou pela concessão da liberdade provisória, com as medidas cautelares do artigo 319 do CPP, ou que a prisão fosse substituída prisão domiciliar, na esteira do entendimento do E. STF, e na forma dos artigos 318 e 318-A, ambos do CPP, tendo a autoridade impetrada negado todos os pedidos e mantido a prisão preventiva, que já havia sido decretada em sede de plantão judiciário.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
49
Carimbado Eletronicamente

Prossegue asseverando que a paciente é mãe de uma criança de 05 anos de idade, conforme informação obtida junto à Corregedoria Geral de Justiça desta Corte, que segue anexada, e ainda está gestante (06 meses de gestação, o que se verificou a olho nu em audiência de custódia); pelo que, a decisão combatida, a toda evidência, constitui constrangimento ilegal, uma vez que repousa em pressupostos totalmente equivocados e representa gravíssima ofensa à liberdade de locomoção da paciente e, ainda, aos direitos à maternidade e à convivência familiar entre a mãe e seus filhos de até doze anos de idade.

Acrescenta que a decisão carece de fundamentação, pois a autoridade impetrada não apontou qualquer fator, além de elementares do próprio tipo penal e da quantidade de drogas apreendidas, para justificar seu entendimento, entendendo como já comprovados os fatos levados ao conhecimento da autoridade policial, pois, apesar de afirmar ser a paciente primária, disse que foi encontrada com ela "considerável quantidade de entorpecente (1950g. de maconha)", o que, no entender do Magistrado, "denota uma maior reprovabilidade de sua conduta e distância de eventual aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06", sem considerar que a paciente tem apenas 24 anos e sua FAC não tem qualquer apontamento.

Assevera, outrossim, que, ao entender que o caso sob exame se amolda à 3ª exceção trazida pelo STF no Habeas Corpus coletivo nº 143.641-SP, o d. magistrado de piso pretende repristinar o decidido no referido julgado, pois o legislador ordinário, posteriormente, com a edição da Lei 13.769/2018, fez uma opção muito clara, qual seja: a de apenas excepcionar a prisão domiciliar nas hipóteses em que a mãe de filhos menores de 12 anos e a gestante tenham praticado crime com violência e/ou grave ameaça à pessoa ou ainda contra seus descendentes, não se tratando, assim, de "omissão inconstitucional", como alegou, mas de verdadeira opção legislativa de retirar do magistrado qualquer discricionaridade quando se deparar com situações como a do caso em tela, que se aferem objetivamente.

dfm

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
50
Carimbado Eletronicamente

No ensejo, segue afirmando a nobre Impetrante que o julgador deve estar atento ao comando legal contido no caput do artigo 318-A, que impõe ("SERÁ") ao magistrado a NECESSÁRIA SUBSTITUIÇÃO da prisão preventiva pela de natureza domiciliar, pelo que, qualquer argumentação no sentido de não ser necessária a presença da paciente nos cuidados com sua prole contraria a presunção legal estabelecida no art. 318, V, CPP e ofende a própria *ratio* do novo critério de prisão domiciliar trazido pelo Estatuto da Primeira Infância. Acrescenta que o artigo 318-B do CPP ainda autoriza a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e, portanto, menos gravosas ao *status libertatis* da mulher mãe/gestante.

Conclui ser inegável que as mulheres grávidas se encontram em condição de superposição de vulnerabilidades (gênero, privação de liberdade, situação de saúde, pobreza, pertencimento a grupo étnico racial subalternizado etc.), o que resulta no reforço do dever estatal de proteção destes sujeitos, como se extrai das Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.

Pugna, assim, liminarmente e no mérito, seja revogada a prisão preventiva da paciente, a teor do art. 321, CPP, ou, subsidiariamente, seja substituída pela modalidade domiciliar, nos termos do art. 318, incisos IV e V, CPP, expedindo-se alvará de soltura para que a paciente aguarde em liberdade até o julgamento do mérito deste *writ.*

Com a inicial, vieram os documentos constantes do anexo.

As Informações foram prestadas no doc. 23.

A liminar foi indeferida no doc. 29.

Parecer ministerial no doc. 33, da lavra do I. Procurador de Justiça, *Marcelo Pereira Marques*, no sentido da denegação da ordem.

É o relatório.

A ordem comporta acolhimento.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
51
Carimbado Eletronicamente

Extrai-se dos autos que a Paciente, grávida e mãe de uma criança de 05 anos de idade, foi presa em flagrante, no dia 15/03/2019, pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06 porque, durante diligência policial, um popular alertou a guarnição de que uma menina de nome Talita teria chegado em casa com uma bolsa contendo entorpecente, fornecendo seu endereço. Ao chegarem no local, os policiais foram atendidos pela paciente que, após tomar ciência da denúncia contra si, franqueou a entrada dos policiais na residência e apontou um quarto situado nos fundos da casa, local onde foi arrecadado, dentro de uma caixa de papelão, 04 tabletes de maconha, com peso total de 1.950g. Segundo os policiais, Talita lhes disse que uma pessoa lhe pediu que guardasse a droga em troca do pagamento de R$100,00, tendo aceitado por estar desempregada.

A decisão converteu a prisão em flagrante em preventiva, prolatada em sede de Plantão Judiciário, em 16/03/2019, encontra-se vazada nos seguintes termos, *verbis*:

> "Trata-se de comunicação de prisão em flagrante da nacional TALITA APARECIDA FAGUNDES DE SOUZA, pela prática, a priori, do crime descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06. A prisão é legal, uma vez que procedida enquanto pairava o estado de flagrância previsto no art. 302 do CPP. O advento da Lei 12.403/11 tornou a prisão a ultima ratio processual, devendo-se priorizar pela liberdade, ainda que de forma restringida por meio de medidas cautelares. Ocorre que se trata de crime equiparado a hediondo, cuja lei específica veda expressamente a concessão de liberdade provisória. Ademais, a quantidade de droga arrecadada em poder da conduzida, aproximadamente dois quilos, e o elevado potencial lesivo do entorpecente indicam ser necessária a manutenção da prisão a fim de resguardar a Ordem Jurídica. Por fim, a pena cominada a esse delito ultrapassa, e muito, o limite previsto no art. 313, inciso I do CPP. Diante do exposto, CONVERTO EM PREVENTIVA A PRISÃO EM FLAGRANTE da indiciada TALITA APARECIDA FAGUNDES DE SOUZA, uma vez que se encontram preenchidos os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal que autorizam a custódia cautelar. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO (válido até 15/03/2039). Após, remetam-se os autos à Central de Custódia.

Em sede de audiência de custódia, o Ministério Público opinou pela substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
52
Carimbado Eletronicamente

enquanto a Defesa requereu a revogação da custódia cautelar da paciente e, subsidiariamente, a decretação da prisão domiciliar, sendo os pleitos indeferidos, mantendo-se a prisão preventiva. A propósito, vale reproduzir do decisório (fl. 01 do Anexo), *verbis*:

> "No dia 18 de março de 2019, na sala de audiência de Custódia localizada na Casa de Custódia de Volta Redonda, presentes o MM. Juiz de Direito, Dr. Marco Aurélio da Silva Adania, o dr. promotor de Justiça e a dra. defensora pública, foi realizada a audiência de custódia alusiva a custodiada TALITA APARECIDA FAGUNDES DE SOUZA. Justificada a manutenção das algemas na presa em virtude da situação de recente flagrância, das dimensões da sala de audiências e da necessidade de preservação da integridade física dos presentes. Aberta a audiência, foi a presente cientificada da utilização do registro audiovisual. Após a defesa técnica ter entrevistado a flagrada reservadamente e a mesmo sido advertida quanto ao seu direito constitucional de ficar em silêncio, procedeu-se à oitiva da presa, cujas declarações foram salvas em CD, que será acautelado no cartório. Indagada a custodiada informou que está grávida e tem um filho menor de 12 anos de idade, do qual tem a guarda. Registre-se que a custodiada forneceu seu endereço atual: RUA CABO CEZARIO, 250, ANO BOM, BARRA MANSA. Após a oitiva da presa, manifestaram-se o Parquet e a Defesa, ficando o registro das manifestações igualmente salvo no referido CD. Em síntese, o Ministério Público sustentou: a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar. Em síntese, a Defesa sustentou: a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a decretação da prisão domiciliar. Pelo MM. Dr. Juiz foi proferida a seguinte DECISÃO: **1-) Inicialmente, verifica-se que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, em sede de plantão regional, conforme decisão de fl. 22. Compulsando-se os autos, não se verifica qualquer ilegalidade ou irregularidade na lavratura do auto de prisão em flagrante, razão pela qual o caso não comporta relaxamento da prisão. 2-) Na linha do decidido pela 2ª Turma do STF, no Habeas Corpus coletivo nº 143.641-SP, julgado em 20/02/2018, de relatoria do Exmo Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, a presa gestante, com filho de até 12 anos incompletos ou com filho deficiente de qualquer idade, do qual tenha a guarda, não pode, em regra, ser presa preventivamente, em respeito ao art. 318, incisos IV e V e ao Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2006), só podendo a custódia preventiva ser decretada nas seguintes situações: a) se mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; b) se a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos, netos ou bisnetos); c) em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Por sua vez, a Lei 13.769/2018, que incluiu o art. 318-A do CPP, manteve as exceções contidas nas alíneas ¿a¿ e ¿b¿, mas foi omisso em relação a ressalva contida na alínea ¿c¿ (situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas pelo juiz). Com isso, o legislador ignorou as circunstâncias do crime cometido, retirando do magistrado a análise que ele fará da adequação da substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso**

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
53
Carimbado Eletronicamente

concreto, e se esta é suficiente para impedir a reiteração delitiva. Com efeito, o legislador não tem condições de prever todas as hipóteses excepcionais, sendo justificável que o magistrado, diante de um caso concreto, identifique que a concessão da prisão domiciliar ameaçará a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou que irá colocar em risco a aplicação da lei penal. Nesse ponto, tem-se que não se trata de negar a criança seu direito de ser criado e educado no seio de sua família, mas sim sopesar, pela gravidade em concreta do caso, as aptidões da genitora para, de fato, promover tal direito. Aplicar esse benefício de forma automática e indiscriminada, é, de forma oblíqua, colocar em risco a própria proteção da criança e estimular ainda mais a participação da mulher na faceta criminosa. Diante do exposto, apesar da omissão legislativa que ora a considero inconstitucional, observo que o caso sob exame se amolda à 3ª exceção trazida pelo STF no Habeas Corpus coletivo nº 143.641-SP (outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício), o que justifica o encarceramento da custodiada, embora ela esteja grávida e tenha um filho menor de 12 anos de idade, do qual tem a guarda. Apesar de ser a primeira passagem criminal do flagranteado, foi encontrado consigo considerável quantidade de entorpecente (1950g. de maconha), o que denota uma maior reprovabilidade de sua conduta e distância de eventual aplicação da minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06. Ainda, a prisão do flagranteada merece ser mantida para a conveniência da instrução criminal, diante do fato que as testemunhas/vítimas, por certo, sentir-se-ão amedrontadas em prestar depoimento estando este em liberdade. Ademais, é necessário para a conveniência de todo processo, que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, da flagranteada. Por fim, a segregação preventiva também se justifica pelo fato de não haver qualquer comprovação de que a flagranteada exerça atividade laborativa lícita e que possua residência fixa, o que demonstra que a concessão da liberdade provisória em favor dela, neste momento, irá cabalmente de encontro à segurança de aplicação da Lei Penal e à própria efetividade da ação penal a ser deflagrada. Há que se garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Registre-se, ainda, que as medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal não se mostram adequadas e suficientes no caso em exame. Diante disso, entendo presente a excepcionalidade do caso e desta forma MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA decretada no plantão judicial, com fundamento no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal. 3-) DEIXO de determinar a expedição de mandado de prisão, ante o mandado já expedido à fl. 23. 4-) Ao SEAP, PARA QUE ENCAMINHE A CUSTODIADA A ACOMPANHAMENTO MÉDICO DE SUA GRAVIDEZ. 5-) DETERMINO que o

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
54
Carimbado Eletronicamente

> cartório envie estes autos, com urgência, ao Juízo competente por distribuição, bem como acautele a mídia em local próprio. Intimados os presentes."

Conforme se observa, o decisório impugnado que manteve a segregação cautelar da paciente encontram-se devidamente fundamentado em dados concretos aptos a embasar a manutenção da medida prisional.

Com efeito, há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria evidenciados pela situação de flagrância, presente, portanto, o *fumus boni juris*. Quanto ao *periculum in mora*, observa-se que, embora se trate de infração cometida sem violência ou grave ameaça contra pessoa, o crime, equiparado a hediondo, é sancionado com reclusão.

Outrossim, a periculosidade da Paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas de sua captura, notadamente pela expressiva quantidade de droga que guardava (1.950g de maconha), demonstra a necessidade da sua custódia cautelar para interromper ou diminuir sua atuação como agente difusor da substância espúria, enquadrando-se, portanto, no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva.

Noutro giro, tem-se que, tendo em conta as sanções previstas para o preceito violado pela Paciente, afigura-se meramente especulativo o argumento de ausência de homogeneidade entre o provimento cautelar e os efeitos de futura sentença e a possibilidade de reconhecimento da figura privilegiada do tráfico, tendo em vista a quantidade do material espúrio apreendido em sua residência, se divisam desfavoráveis as circunstâncias e inviável a antecipação de sua futura submissão às penas alternativas ao cárcere na hipótese de condenação para concluir-se pelo constrangimento ilegal por violação ao princípio da proporcionalidade, como invoca a impetração.

Assim, em que pesem as condições subjetivas favoráveis da paciente, tais como primariedade e bons antecedentes, não é ilegal a manutenção da prisão cautelar decretada para assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, revelada na expressiva quantidade de droga com ela apreendida, resultando inviável a revogação

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
55
Carimbado Eletronicamente

da prisão ou o deferimento de substituição da segregação cautelar por cautelares diversas da prisão, pois não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

Todavia, assiste razão à impetrante quanto à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

Com efeito, no que concerne a aplicação do benefício estatuído no artigo 318-A, cumpre consignar que nos autos do HC 143641 / SP – Segunda Turma do S.T.F., paradigma utilizado pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos casos similares, restou consignado que os benefícios ali estatuídos, não serão concedidos nos *"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.*

Também restou consignado na referida decisão que "*Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, deverse-á dar credibilidade à palavra da mãe"*, sendo então suficientes à comprovação os documentos e a afirmação feita pelo Impetrante.

Esclarecidas essas premissas, constata-se que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também vem se firmando no sentido de que somente em três hipóteses se poderá deixar de aplicar a substituição da segregação cautelar pelo recolhimento domiciliar – prática de crime com emprego de violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente, ou ainda, em situações "excepcionalíssimas", que deverão ser sopesadas pelo juízo que denegar o benefício.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA.** HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR.
> **1. Apresentada fundamentação concreta, evidenciada na apreensão de grande quantidade de droga e de apetrechos para o tráfico e no fato de a paciente pertencer a grupo criminoso, não há ilegalidade no decreto prisional.**

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
56
Carimbado Eletronicamente

2. É 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. Não se tratando de crime praticado com violência ou grave ameaça ou contra os seus filhos e dependentes, o fato de a paciente ser mãe de criança de 12 anos de idade justifica a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal - HC n. 143.641 -, assim priorizando o cuidado da criança, mas com a proteção social contra a reiteração.
3. Habeas corpus concedido para a substituição da prisão preventiva da paciente ALINI APARECIDA DE OLIVEIRA GARRIDO por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas de prisão, por decisão fundamentada.
(HC 482.885/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 02/04/2019)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. **CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE DOIS FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PREVALECE PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. FRATERNIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). LEI NOVA QUE CONSOLIDA A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF (LEI 13.769, DE 19.12.2018).** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, 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. Marcos teóricos: princípios da fraternidade e da dignidade da pessoa humana.
3. 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).
4. 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

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.
5. 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 as exceções legais. Todavia, 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.
6. Na espécie, verificou-se que a paciente é mãe de um menino e uma menina menores de 12 (doze) anos (com 2 anos e 11 anos de idade, respectivamente) e não detém condições pessoais desfavoráveis. Além disso, a situação não se encaixa em nenhuma das exceções legais mencionadas, mormente por não se tratar de delito praticado com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido praticado contra os descendentes da paciente. Assim, à míngua de elementos que apontem para uma periculosidade exacerbada da acusada ou de risco evidente às crianças, ainda que apontado o seu eventual envolvimento com quadrilha organizada para o tráfico de drogas, 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. Lei nova que consolida a orientação pretoriana (LEI 13.769, DE 19.12.2018).
8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar com aplicação adicional das medidas cautelares previstas nos incisos III e IX, do art. 319 do CPP, sem prejuízo da fixação de outras julgadas adequadas pelo magistrado singular.
(HC 479.508/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)

Nesse contexto, comprovado nos autos que a paciente, de primariedade incontestada, é mãe de uma criança de 05 anos de idade (doc. 39 do anexo) e que está grávida, em gestação de 06 meses (caderneta de gestante- doc. 40 do anexo), e se o crime a ela imputado não foi cometido mediante violência ou grave ameaça, ou mesmo contra o filho menor, cumpre reconhecer a preponderância da situação de vulnerabilidade do infante e da gestante em detrimento do cárcere como garantia da ordem pública.

Cumpre registrar que em situação semelhante, onde crianças foram expostas a risco pela prática do tráfico de drogas dentro da residência, o Superior Tribunal de Justiça considerou que tal hipótese não era abarcada pela exceção prevista no Habeas Corpus coletivo, revogando a prisão preventiva e substituindo-a pela prisão domiciliar:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
58
Carimbado Eletronicamente

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ENCARCERAMENTO FUNDADO NO ART.312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO. MODUS OPERANDI. DELITO COMETIDO EM CONTEXTO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA JUSTIFICADA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). NETOS MENORES DE 12 ANOS DE IDADE, DE QUEM DETÉM A GUARDA LEGAL. 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. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

2. No caso, a recorrente está sendo acusada de integrar, juntamente com outros dezesseis agentes, de forma estável e organizada, associação criminosa voltada à traficância na região de Angra dos Reis/RJ, sendo que foi apreendida em poder do grupo considerável quantidade de droga. 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 na condição de única guardiã de 2 (dois) netos, de 6 (seis) e 10 (dez) anos de idade, de quem detém a guarda legal em razão do falecimento de sua filha, e, embora verificando que as instâncias ordinárias nada dispuseram sobre 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, de primariedade incontestada, não foi praticado mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em situação excepcionalíssima capaz de conduzir à denegação do benefício, razão pela qual se impõe o imediato cumprimento da decisão emanada do habeas corpus coletivo.

5. Não obstante, nota-se que as circunstâncias do caso concreto demandam, concomitantemente à prisão domiciliar, a pertinente e necessária imposição de outras medidas cautelares alternativas à prisão, consoante as orientações do art. 282, incisos I e II, do Código Processual Penal, uma vez que há notícias de que a recorrente é companheira do líder do grupo criminoso e, ainda, que esporadicamente abriga em sua residência as "mulas" responsáveis pelo transporte da droga negociada pela associação criminosa de que faria parte.

6. 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, II, III e IX, do mesmo diploma legal.

(RHC 98.106/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Ainda sobre o tema, confira-se da jurisprudência desta e. Câmara:

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
59
Carimbado Eletronicamente

"HABEAS CORPUS. **ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE QUE COMPROVOU A CONDIÇÃO DE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 (DOZE) ANOS, E DECLAROU QUE RESIDE NA COMPANHIA DOS FILHOS.** AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. **ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMADO NA DECISÃO LIMINAR NO HC COLETIVO 143.641/SP. ORDEM CONCEDIDA, SUBSTITUINDOSE A PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR, NOS TERMOS DO ARTIGO 318 INCISO V DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Paciente que requereu a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, por ser mãe de dois filhos, um deles com 9 (nove) anos de idade.** Ouvida em juízo, no interrogatório, afirmou que os dois filhos residem em sua companhia e demonstrou ter conhecimento da rotina escolar dos mesmos. O Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar colegiada no HC coletivo 143.641, concedeu a prisão domiciliar a todas as mulheres grávidas, puérperas, mães de infantes de até 12 (doze) anos e mães de pessoas com deficiência, ressalvando, apenas, a prática de crimes 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. Imprescindibilidade da prisão cautelar que não ficou demonstrada no decreto constritivo. **Para a comprovação da condição de guardiã dos menores, deverá ser conferida credibilidade à palavra da mãe, podendo o magistrado, em caso de dúvida, determinar a elaboração de relatório social. Concessão da ordem, com a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar. Expeçam-se ofícios para os órgãos competentes. Unânime."**
(TJ/RJ – HC nº 0016745-26.2018.8.19.0000 – Terceira Câmara Criminal - Des. Antônio Carlos Nascimento Amado – julgado em 19/06/2018)

Diante do exposto, **concede-se a ordem para substituir a prisão preventiva por domiciliar, consoante o disposto nos artigos 317 e 318, inciso V, ambos do Código de Processo Penal, sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas, desde que fundamentadas.**

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2019.

SUIMEI MEIRA CAVALIERI
Desembargadora Relatora

dfm

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ