AgRg no HABEAS CORPUS Nº 574.847 - PR (2020/0091347-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO (PRESO)
ADVOGADO	:	THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA DA ORDEM. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA PELA PRISÃO DOMICILIAR. LEGALIDADE. MÃE. ÚNICA RESPONSÁVEL. 4 FILHOS MENORES DE 12 ANOS, ENTREGUES AO CONSELHO TUTELAR. LACTANTE. APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS. PANDEMIA. RECOMENDAÇÃO N. 62 CNJ. REITERAÇÃO DELITIVA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. RAZOABILIDADE. PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS. FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DA PRISÃO DOMICILIAR. NECESSIDADE. SUSTENTO DA PROLE. PRECEDENTE STF. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática deste Relator que concedeu a ordem, de ofício, para substituir a sua prisão preventiva da agravada pela prisão domiciliar, mediante a imposição de medidas cautelares e flexibilização de suas regras.

2. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

3. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos 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. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o *Habeas Corpus* coletivo (Lei n. 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/2/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o beneficio.

5. Em decisão de acompanhamento do cumprimento 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 26/10/2018).

6. Na hipótese dos autos, a paciente é mãe, lactante, e única responsável pelos de 4 (quatro) filhos menores de 12 anos (o caçula possui 3 meses de vida), todos entregues ao Conselho Tutelar, por ocasião da prisão. O crime, em tese, a ela imputado (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça e foram apreendidos 23 (vinte e três) gramas de cocaína, quantidade não expressiva.

7. A paciente se insere no grupo cuja prisão preventiva precisa ser reavaliada (mãe, lactante, responsável por 4 crianças menores de 12 anos), nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, a qual estabelece medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

8. Diante desse cenário informativo e da declaração de pandemia pelo Coronavírus - COVID-19, o fato da paciente ser reincidente específica (com única condenação; estava em cumprimento de pena, no regime de prisão domiciliar) não configura excepcionalidade hábil a

afastar a prisão domiciliar pretendida.

9. Flexibilização das regras da prisão domiciliar. Possibilidade e necessidade. Invoca-se, ainda, precedente do Ministro Ricardo Lewandowiski (HC n. 170.825, julgado em 9/9/2019), para dar interpretação conforme ao regime da prisão domiciliar e estabelecer a possibilidade de flexibilização dos seus termos, a fim de permitir que a mulher beneficiada, única responsável pelas crianças menores de 12 (doze) anos, tenha condições de cuidar da casa, dos filhos e de trabalhar, ainda que informalmente, para o sustento da prole, evitando, assim, a reiteração delitiva no ambiente doméstico.

10. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, uma vez preenchidos os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B do Código de Processo Penal, é legítima a concessão da prisão domiciliar, que deve ser flexível, e compreenderá: (i) recolhimento domiciliar obrigatório de 22 horas às 6 horas, a fim de possibilitar o trabalho (manicure); (ii) apresentação trimestral em juízo; (iii) não alteração do seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) proibição expressa de frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas.

11. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

12. Agravo regimental conhecido e não provido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de maio de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 574.847 - PR (2020/0091347-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO (PRESO)
ADVOGADO	:	THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática deste Relator que concedeu a ordem, de ofício, para assegurar à paciente DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO o direito à prisão domiciliar, "que deve ser flexível, e compreenderá: (i) recolhimento domiciliar obrigatório de 22 horas às 6 horas, a fim de possibilitar o trabalho (manicure); (ii) apresentação trimestral em juízo; (iii) não alteração do seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) proibição expressa de frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas" (e-STJ fls. 433/449).

Inconformado, o agravante pugna pela reconsideração da decisão agravada. Informa, inicialmente, ter ciência do parecer favorável do Ministério Público Estadual à concessão da prisão domiciliar, especialmente porque os 4 (quatro) filhos da paciente estariam sob os cuidados do Conselho Tutelar (inclusive o menor, com 3 meses de idade).

Defende ser legítimo o indeferimento do pedido de prisão domiciliar, uma vez que a paciente é reincidente específica e foi presa entregando drogas a terceira pessoa. Ademais, afirma que houve alteração do cenário fático pois a condenação anterior da paciente transitou em julgado (e-STJ fls. 169/170).

Argumenta, subsidiariamente, que deve ser facultado ao Juízo processante a imposição de outras medidas cautelares (em especial a monitoração eletrônica) ou a decretação de nova custódia, em caso de descumprimento.

Ao final, pede a reconsideração da decisão agravada e, subsidiariamente, a

apreciação do recurso pela Quinta Turma, "a fim de que seja reformada a v. decisão ora agravada, com a denegação da ordem de *habeas corpus* pleiteada; ou, na eventualidade de sua concessão, com a manutenção da prisão domiciliar da paciente, b) que as condicionantes ou medidas cautelares concomitantes ao benefício sejam fixadas a critério do juízo de primeira instância, inclusive para determinação de aplicação da monitoração eletrônica, nos termos do art. 319, IX do CPP, conforme propugnado pelo Parquet Estadual" (e-STJ fl. 460).

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 574.847 - PR (2020/0091347-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço do recurso**.

A decisão agravada, concessiva da ordem, é do seguinte teor (e-STJ fls. 433/449), *in verbis*:

> *Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, iimpetrado em favor de DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.*
>
> *Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante no dia 14/3/2020, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. A prisão foi convertida em preventiva.*
>
> *Contra essa decisão, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal a quo, em acórdão ementado nos seguintes termos (e-STJ fls. 413/419):*
>
> > HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INOCÊNCIA. MATÉRIA ESTRANHA À ANÁLISE NA CÉLERE VIA MANDAMENTAL. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS DE AUTORIA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INVIABILIDADE. DECRETO JUDICIAL FUNDAMENTADO.NECESSIDADE DA MEDIDA PARA ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE FILHOS MENORES DE IDADE. PACIENTE REINCIDENTE EM CRIME DA MESMA ESPÉCIE E QUE SE ENCONTRAVA EM PRISÃO DOMICILIAR. EXPOSIÇÃO DA PROLE A CONDUTAS CRIMINOSAS.SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE PERMITEM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. COVID-19. RISCO DE CONTAMINAÇÃO NÃO EVIDENCIADO.ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E,NESTA PARTE, DENEGADA.
>
> *Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que a paciente sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, porquanto o decreto prisional carece de fundamentação concreta e idônea, sem indicar elementos concretos que justifiquem a necessidade da medida extrema, bem como porque não estão*

preenchidos os requisitos legais autorizadores da medida extrema. Narra que a paciente está em liberdade desde 7/4/2017, cumprindo medidas cautelares, exercendo trabalho de manicure, sem praticar qualquer ato ilícito; e que o mandado de busca e apreensão estava vinculado à corré Andréia, não havendo qualquer denúncia que a vincule ao tráfico.

Assevera que a paciente faz jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, uma vez que é genitora de quatro crianças menores de 12 anos, sendo uma delas lactante. Relata que o Ministério Público Estadual manifestou-se pela concessão de prisão domiciliar. Faz menção, ainda, ao precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC coletivo n. 143.641/SP, à decisão proferida na ADPF n. 347/Df e à Recomendação n. 62 do CNJ para amparar o seu pedido, tendo em vista a declaração de pandemia, pelo Coronavírus.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva da paciente, mediante a imposição de medidas cautelares diversas, expedindo-se alvará de soltura.

É o relatório. ***Decido.***

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 n. 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC n. 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018; AgRg no HC n. 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/4/2019, DJe 22/4/2019; AgRg no HC n. 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018; e AgRg no RHC n. 37.622/RN, Relatora 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 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 n. 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em

2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do Parquet, "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 n. 324.401/SP, Relator 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 n. 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019).

Pois bem. O presente habeas corpus não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no habeas corpus é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto 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.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC n. 313.318/RS, Quinta Turma, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC n. 321.436/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

I) Da fundamentação da prisão preventiva

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do

cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

> Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.
>
> [A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.
>
> Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.
>
> (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed.
>
> Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o novo pressuposto – demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado –, apenas explicitou entendimento já adotado pela jurisprudência pátria ao abordar a necessidade de existência de periculum libertatis. Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes

do Supremo Tribunal Federal:

> […] . 7. O requisito do periculum libertatis exige a demonstração do perigo, atual ou futuro, decorrente da liberdade dos imputados. 8. Para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constritivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. Precedentes. 9. É imprescindível apontar-se uma conduta dos réus que permita imputar-lhes a responsabilidade pela situação de perigo à genuinidade da prova. […] (HC n. 137.066/PE, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 13/03/2017).
>
> […]. Prisão preventiva. Decretação por força da mera gravidade da imputação, sem base em elementos fáticos concretos. Inadmissibilidade.
>
> Medida que exige, além do alto grau de probabilidade da materialidade e da autoria (fumus commissi delicti), a indicação concreta da situação de perigo gerada pelo estado de liberdade do imputado (periculum libertatis) e a efetiva demonstração de que essa situação de risco somente poderá ser evitada com a máxima compressão da liberdade do imputado. Necessidade, portanto, de indicação dos pressupostos fáticos que autorizam a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo. […] (HC n. 122.057/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 10/10/2014).
>
> […] III. Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do periculum libertatis do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (RHC n. 79.200/BA, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/1999, DJU 13/08/1999).

Idêntica é a posição desta Corte:

> [...]. 4. 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. [...] (RHC n. 97.893/RR, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

2. [...] Como é cediço, a segregação preventiva, como medida cautelar acessória e excepcional, que tem por escopo, precipuamente, a garantia do resultado útil da investigação, do posterior processo-crime, da aplicação da lei penal ou, ainda, da segurança da coletividade, exige a efetiva demonstração do periculum libertatis e do fumus comissi delicti, nos termos do art. 312 do CPP. [...] (HC n. 503.046/RN, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Nesse sentido:

[...] III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso 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 [...]. (HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015)

[...] 2. A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. [...]. (HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014).

No caso, assim foi fundamentada a prisão (e-STJ fls. 148/151):

[...] 2. Reza o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

O periculum libertatis quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. O fumus comissi delicti é compreendido como o perigo concreto que a periculam libertatis permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, oprocesso penal, a efetividade do direito penal e à segurança social. O fumus comissi delicti é entendido como a plausibilidade da persecução penal, com a demonstração de que se trata de um fato criminoso por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito.

Ainda, o princípio da proporcionalidade, lido em conjunto com as suas subespécies: proteção contra o excesso e proibição da proteção ineficiente;adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, demanda que a prisão preventiva se reserve estritamente aos casos em que necessária.

"Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça eficiente. A ordem interna da um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estado totalitários, sob a antítese errônea do Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado- cidadão; oEstado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão"(ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, p. 258).

Nesse vértice, vale destacar que o art. 282, § 6º no Código de Processo Penal dispõe que a decretação da prisão preventiva é medida de ultima ratio incidente quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.Tem-se, assim, a característica da preferibilidade das medidas cautelares diversas da prisão, da qual decorre a consequência de que, diante da necessidade de da tutela cautelar, a primeira opção deverá ser uma das medidas previstas nos arts. 319 e 320.

O autuado **Robson Bruno Braga** de Lima assumiu a propriedade das substâncias entorpecentes apreendidas dizendo ser para o seu consumo próprio(seq. 1.11). Todavia, junto à droga foi também apreendida Balança de Precisão, instrumento habitualmente utilizado para pesagem e preparação da substância para comercialização, de modo que não se demonstra verossímel a alegação do autuado.O oráculo do autuado revela que este responde por outras condutas desviadas e, inclusive, tinha mandado de prisão em aberto expedido contra si. Assim, a reiteração de condutas desviadas das normas penais demonstra

que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de ProcessoPenal se apresentam suficientes para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 314).

A autuada **Andréia Borges Pinheiro** apesar de dizer que a droga é de Robson, foi presa com a substância em sua posse ao recebê-la de Daiane e arremessá-la sob o muro segundo relato dos policiais (seq. 1.9). Além disso, a Balança de Precisão marca Xtrad e a quantia de dinheiro em espécie foram apreendidos justamente em seu quarto na residência. A consulta ao oráculo da autuada revela que esta respondeu e responde por praticas idênticas, inclusive com uma condenação. A substituição da prisão por medidas cautelares diversas naquelas oportunidades e a continuidade da pratica das condutas delituosas demonstra que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal se apresentam suficientes para fazê-la cessar seu agir desvirtuado, sendo a conversão de sua prisão em preventiva medida de rigor para garantia da ordem pública.

A autuada **Daiane Maria dos Santos Gaino** foi presa ao passar a substância para a Andreia segundo relato dos policiais (seq. 1.9). Seu oráculo, igualmente, revela a adoção de praticas criminosas relacionadas ao porte de drogas como meio de vida. Aliás, a substituição da prisão por medidas cautelares diversas naquelas oportunidades e a continuidade da pratica das condutas delituosas demonstra que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal se apresentam suficientes para fazê-la cessar seu agir desvirtuado, sendo a conversão de sua prisão em preventiva medida de rigor para garantia da ordem pública.

O modo de vida adotado pelos 3 (três) autuados indica a necessidade da decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública diante do risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte deles caso permaneçam em liberdade, uma vez que são pessoas que aparentam ser propensas à prática delituosa e soltos teriam os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido. A compulsiva reiteração revela-se evidente o perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, os agentes poderão continuar acometer diversas infrações penais. Diante de pessoas cuja vida é voltada ao crime, deve-se acautelar o meio social para que não se gere a sensação de impunidade e descrédito pela demora da prestação jurisdicional, garantindo-se a ordem pública e a integridade das instituições com aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de deliquência.

> E, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (modus operandi).
>
> O art. 313, inciso I e II, do Código de Processo Penal admitem aa delito imputado nestes autos, por se tratar de decretação da prisão preventiva para delito imputado nestes autos, por se tratar de crime apenado com sanção maior de 4 anos e indivíduos já condenados por outros crimes dolosos.
>
> A materialidade dos crimes está evidenciada pelo Boletim de Ocorrência(seq. 1.18); pelo Auto de Prisão em Flagrante (seq. 1.3); pelos termos de depoimento do condutor e da testemunhas (seqs. 1.4 e 1.8); pelo auto de apreensão (seq. 1.15) e pelo auto de constatação provisória (seq. 1.17). Já os indícios de autoria recaem sobre os acusados, conforme fundamentação individualizada acima.
>
> Entendo, por fim, incabível a substituição das prisões preventiva de e pela prisão **Andréia Borges Pinheiro e Daiane Maria dos Santos Gaino** pela domiciliar por serem genitoras de crianças menores de 12 (doze) anos de idade. É que o suposto delito comunicado neste Auto de Prisão em Flagrante ocorreu na residência da acusada Andreia na presença dos seus filhos e dos filhos de **Daiane** o que, a meu ver, atrai a incidência da exceção prevista no art. 318, inciso II, doCódigo de Processo Penal, já que muito embora os crimes não tenham as crianças como vítimas diretas, às têm ao menos como vítimas indiretas, diante dos prejuízos psicológicos, educacionais e comportamentais que podem lhes causar ver e conviver em um ambiente utilizado, em tese, para guarda e comércio de drogas.
>
> 3. Diante do exposto, estando presentes os requisitos autorizadores de sua custódia, com fulcro nos artigos, 312 e 313, inciso I, todos do Código de Processo Penal, **DECRETO** a prisão preventiva de **ROBSON BRUNO BRAGA LIMA; DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO; e ANDRÉIA BORGES PINHEIRO**, para evitar a reiteração de crimes e garantir a ordem pública. (grifos originais).

Ao examinar a matéria, o Tribunal manteve a custódia, ponderando o seguinte (e-STJ fls. 415 e ss.):

> [...] Ainda, consta que a equipe visualizou o momento em de Daiane entregou um invólucro plástico para Andreia, a qual, após avistar a equipe policial jogou- o sobre o muro, o qual caiu na calçada da rua. Os policiais apanharam-no, constatando em seu interior **17 (dezessete) porções de cocaína num peso**

apurado de 0,0023 (vinte e três gramas). Em razão disso, a paciente foi presa em flagrante, pela suposta prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Conforme já exposto na decisão que indeferiu o pedido liminar, no que diz respeito à "nebulosidade" quanto a participação da Paciente na prática do crime de tráfico de drogas, não se mostra passível de análise neste momento, pela via estreita que é o , por demandar exame aprofundado do mérito da causa. Habeas Corpus Vige, neste momento, o princípio do ", não sendo necessária a convicção in dubio pro societate" plena de ter a Paciente envolvimento com os eventos investigados, já que essa certeza só será alcançada com a finalização da persecução penal e a prolação de sentença.

[...]

De tal modo, não conheço do writ, nesta parte. De outro lado, atenta ao apanhado indiciário colhido e, analisando a decisão judicial que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se justificada em elementos concretos, a saber:

"A autuada Daiane Maria dos Santos Gaino foi presa ao passar a substância para a Andreia segundo relato dos policiais (seq. 1.9). Seu oráculo, igualmente, revela a adoção de práticas criminosas relacionadas ao porte de drogas como meio de vida. Aliás, a substituição da prisão por medidas cautelares diversas naquelas oportunidades e a continuidade da pratica das condutas delituosas demonstra que nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal se apresentam suficientes para fazê-la cessar seu agir desvirtuado, sendo a conversão de sua prisão em preventiva medida de rigor para garantia da ordem pública."

Igualmente, a decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva foi devidamente fundamentada, consignando a MM. Juíza da Vara Criminal (mov. 17.1 – Autos0000457-10.2020.8.16.0099):

"A materialidade e os indícios de autoria permanecem presentes, sendo fortes, por ora, no sentido de que no dia 13/03/2020, na Rua Goiás, nº 346, Bairro Vila Operaria, nesta cidade e Comarca de Jaguapitã, por voltadas 19h30min os policiais militares avistaram a investigada indo até uma residência e passando um invólucro de plástico para Andréia Borges Pinheiro, momento em que se aproximaram e Andréia veio a jogar o referido invólucro de plástico transparente contendo em seu interior 17 (dezessete) porções de cocaína, num peso apurado de 23 (vinte três gramas).Por fim, consta nos autos que a investigada foi presa em flagrante na presença de seus filhos, todos menores de idade.Desta forma, vê-se

que a decisão que decretou sua prisão preventiva está muito bem fundamentada, eis que os fundamentos aqui explanados coadunam com aqueles expostos na aludida decisão.

Importa salientar que a decisão que decretou a prisão preventiva da ré não se fundamentou apenas na gravidade em abstrato do delito, mas levou em consideração as circunstâncias em que ocorreram o delito, bem como o fato da ré ser conhecida no meio policial pela prática do delito de tráfico de drogas.Demais disso, a referida decisão foi proferida em data recente, de modo que não se verifica mudança dos motivos que a fundamentou, do mesmo modo não há fatos novos a ensejar nova análise da prisão anteriormente decretada.

Convém ressaltar que embora a investigada tenha filhos menores de idade, consta nos autos que a mesma foi presa em flagrante passando drogas na presença dos filhos, demonstrando assim não se importar com a educação e bem-estar dos mesmos. Além disso, como bem ilustrado pela representante do Ministério Público a investigada já é condenada nos autos de ação penal nº 0000238-36.2016.8.16.0099 por crime de mesma natureza, sendo que, mesmo cumprindo pena em prisão domiciliar, manteve sua conduta delitiva, envolvendo-se em ações criminosas. Por esta razão, a prisão domiciliar mostra-se inadequada no presente caso, pois já deferida e descumprida". Grifei

Vislumbra-se, ainda, que a decisão não se pautou exclusivamente na materialidade e indícios de autoria, mas notadamente nas circunstâncias do crime, pois, como bem colocou a Juíza , a quo"a decisão que decretou a prisão preventiva da ré não se fundamentou apenas na gravidade em abstrato do delito, mas levou em consideração as circunstâncias em que ocorreram o delito, bem como o fato da ré ser.conhecida no meio policial pela prática do delito de tráfico de drogas" Destaco, ainda, parte da manifestação ministerial quando do pedido de revogação da prisão preventiva (mov. 14):

"Veja-se que, quanto ao ponto, a requerente foi condenada à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão nos autos da ação penal n. 0000238-36.2016.8.16.0099 (Operação Arson), na qual foi ré juntamente a outras 18 (dezoito) pessoas, inclusive aquela na qual estava na companhia quando de sua prisão em flagrante nos autos principais. A sentença em relação a referida condenação transitou em julgado na data de 28/02/2020, ensejando a execução de pena n. 0000470- 09.2020.8.16.0099".

Em que pesem os argumentos contidos na inicial, as decisões proferidas pelo Juízo são a quo escorreitas, posto que devidamente fundamentadas na necessidade de garantia da ordem pública, diante da vida pregressa da Paciente, motivo suficiente para embasar o decreto preventivo, bem como a sua manutenção.

[...]

Cumpre verificar se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e sem fundamentação idônea, como aduz a inicial.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI), mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Assim, verifica-se que o juízo a quo demonstrou a necessidade da prisão, diante do risco de reiteração delitiva da paciente, que é reincidente específica, pelo que se denota a sua periculosidade social, cenário consentâneo com a necessidade da medida extrema para a garantia da ordem pública.

Portanto, estando a prisão preventiva motivada em elementos concretos emergentes dos autos que demonstrem a sua necessidade para a garantia da ordem pública, não há falar-se em constrangimento ilegal, mostrando-se insuficientes medidas cautelares diversas.

Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as 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 1º/3/2007, DJ 9/4/2007).

Neste tópico, sem razão a defesa.

II) Da prisão domiciliar

Sobre a prisão domiciliar das mães, dispõe o art. 318, complementado pela recente inclusão dos artigos 318-A, 318-B e 319 (pela Lei n. 13.769/2018), do Código de Processo Penal:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

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: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

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.

Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o art. 318 do Código de Processo Penal 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".

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 a **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. Foram ressalvadas, todavia, as hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; delitos praticados contra descendentes e as situações excepcionais devidamente fundamentadas. Consta, por oportuno, do dispositivo voto do condutor do aresto (HC n. 143.641/SP):

Em face de todo o exposto, concedo 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. 2o do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.
>
> Estendo a ordem, de ofício, às demais as 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 no parágrafo acima.
>
> Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.
>
> Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. [...] (grifo nosso)

Em 24/10/2018, nos autos do aludido habeas corpus coletivo, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do writ na Suprema Corte, esclareceu ainda isto:

> [...] **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**, 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.

Ademais, em 20/12/2018, foi publicada a Lei n. 13.769, de 19/12/2018, que estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher que esteja gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação, tendo incluído no Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B.

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos

filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice- versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

As recentes alterações legislativas decorrem, portanto, desse resgate constitucional.

No particular, as instâncias originárias atestam que a paciente é ***mãe de 4 (quatro) crianças***, ***todos menores de 12 anos de idade****. A defesa carreou aos autos 2 (duas) certidões de nascimento (e-STJ fls. 250/251): de M.L.S.P., nascida em 10/12/2019 (****3 meses de vida, está lactante****) e de T.H.S.P., nascido em 29/8/2018 (1 ano e 8 meses). O crime, em tese, a ela imputado - tráfico de drogas, não envolveu violência ou grave ameaça, e foram apreendidos 23 (vinte e três) gramas de cocaína, quantidade não expressiva.*

Lado outro, estamos vivendo momento histórico particular diante da declaração pública da situação de pandemia pelo novo coronavírus - Covid-19, no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, requer a adoção de medidas preventivas de saúde pública para evitar a propagação do vírus.

Nesse contexto, afere-se que ***a paciente se insere no grupo cuja prisão preventiva precisa ser reavaliada (mãe, lactante, responsável por 4 crianças menores de 12 anos)****, nos termos da Recomendação n. 62 do CNJ, de 17 de março de 2020, a qual estabelece medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Confira-se:*

Art. 1 o Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de

medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:

I – **a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade**, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfecções;

II – **redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias**, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

Nesse momento de pandemia, em que é preciso reduzir os fatores de propagação e aglomerações nas unidades prisionais, o CNJ recomendou a reanálise da prisão provisória, especialmente de alguns grupos. Determina o artigo 4° da referida recomendação:

Art. 4 o Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com **vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas**:

I – a **reavaliação das prisões provisórias**, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) **mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos** ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão

condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Apesar de a paciente ser reincidente na prática delitiva (possui uma condenação por tráfico e associação para o tráfico), diante do cenário informativo, e a declaração de pandemia pelo Coronavírus - COVID-19, reputo legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, substituir a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque nos arts. 318, V e 318-A, II, do Código de Processo Penal, podendo a prisão ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de fatos novos.

Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias.

Invoco, ainda, precedente do nobre Ministro Ricardo Lewandowiski, que dando interpretação conforme ao regime da prisão domiciliar, estabelece a possibilidade de flexibilização dos seus termos, a fim de permitir que as mulheres beneficiadas tenham condições de cuidar da casa, dos filhos e de trabalhar, ainda que informalmente, para o sustento da prole, evitando, assim, a reiteração delitiva no ambiente doméstico.

[...] O envolvimento das mulheres com o tráfico está, portanto, estreitamente ligado às amarras da construção social do gênero, uma vez que a sua atuação no interior das organizações criminosas reproduz os padrões naturalizados da divisão sexual do trabalho.

Partindo dessa realidade, não há surpresa no fato de o crime de tráfico de drogas ter sido cometido pelas presas no ambiente doméstico, haja vista que esse é o lugar que elas ocupam histórica e socialmente. É o lugar a partir do qual, inclusive, elas cuidam de seus filhos, haja vista a baixa disponibilidade de creches a esse grupo social, marcado pela vulnerabilidade econômica.

Em sendo assim, porque derivado das atribuições socialmente atribuídas às mulheres, o fato de o crime ser cometido em residência não poderia ser reconhecido como motivo para negar a elas o direito à concessão do benefício. [...]' (WURSTER, Tani Maria. O Outro encarcerado – Ser mulher importa para o sistema de Justiça, 2019. Dissertação de Mestrado.Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2019. p. 134).

Feitos esses registros, e diante da indicada mudança legislativa, entendo necessário que se solicite informações ao Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Paracuru/CE, Francisco Marcello Alves Nobre (Processo 0000950-71.2019.8.06.0140), sobre qual o enquadramento aplicado na hipótese dos autos: (i) se é a prática de crime com violência ou grave ameaça a pessoa; ou (ii) se é o cometimento de delito contra seu filho ou dependente.

Se não houver o enquadramento em uma dessas duas alternativas, deverá o magistrado promover a imediata soltura da mulher presa, informando também de modo incontinenti este Relator.

Em caso de **conversão da prisão em domiciliar, considerando que porcentagem significativa das mulheres presas é, também, a única responsável pelos cuidados do lar, as condições da prisão domiciliar têm de refletir essa realidade: à mulher presa em domicílio devem ser garantidos os direitos de levar os filhos à escola, exercer seu trabalho, ainda que informal, adquirir remédios, víveres, cuidar da saúde, da educação e da manutenção de todos os que dela dependem**.

Essa foi a ratio da modificação legislativa implementada pelo Estatuto da Primeira Infância. **Condições excessivamente rigorosas para o exercício da prisão domiciliar subvertem essa lógica.** Ressalto que entender diferentemente incentiva o ingresso ou o retorno ao tráfico de drogas, que pode ser executado mesmo sem sair da residência.

Assim, **a prisão domiciliar, que deve ser flexível, compreenderá: (i) Recolhimento à residência das 22 horas às 6 horas, salvo na hipótese de trabalho noturno; (ii) Apresentar-se, trimestralmente, em juízo; (iii) Não alterar seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) Não frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas**.

Anoto, por fim, que, ante a **necessária flexibilização das condições** a serem impostas às beneficiárias desta modalidade de prisão domiciliar, **desnecessário será o uso da tornozeleira eletrônica.**

A fiscalização do cumprimento do decreto deverá ser feita pelo próprio juízo natural da causa, que, na eventualidade do descumprimento das regras impostas, poderá advertir, em primeiro momento, a paciente, ou mesmo revogar a prisão domiciliar, após obrigatória audiência de justificação, nos casos que reputar graves" (documento eletrônico 22).

(STF, HC 170825, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 09/09/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 11/09/2019, PUBLIC 12/09/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do presente habeas corpus. Contudo, ***concedo a ordem de ofício*** *para assegurar à paciente o direito à* ***prisão domiciliar****, que deve ser flexível, e compreenderá: (i) recolhimento domiciliar obrigatório de 22 horas às 6 horas, a fim de possibilitar o trabalho (manicure); (ii) apresentação trimestral em juízo; (iii) não alteração do seu endereço sem prévia comunicação ao juízo; (iv) proibição expressa de frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas.*

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.*

Subsistem inabaláveis esses fundamentos, os quais são suficientes para manter a decisão agravada. Sobre a possibilidade de **concessão da prisão domiciliar**, a questão já foi exaustivamente tratada na decisão agravada. Acrescento, consoante reforçado pelo agravante, que o parecer do **Ministério Público Estadual foi favorável à concessão da prisão domiciliar**, com medidas cautelares, e noticiou que **os 4 (quatro) filhos da agravada estariam sob a custódia do Conselho Tutelar** (e-STJ fls. 394/407). Confira-se:

> *HABEAS CORPUS.* ***TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.*** *PRISÃO PREVENTIVA. 1. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. INDÍCIOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. PERICULOSIDADE E RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. ELEMENTOS CAPAZES DE SUBSIDIAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.*
>
> *2. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. 3. APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA CONCOMITANTE A PRISÃO DOMICILIAR.*
>
> ***PELO CONHECIMENTO E PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM.*** (grifos originais)

Destacou, ainda, o Ministério Público Estadual, que a **paciente seria a única responsável** pelos infantes (e-STJ fl. 405):

> *Em análise do contexto fático, observa-se que* ***a paciente é a <u>única responsável pelos cuidados de seus 4 (quatro) filhos</u>****, tanto que, em decorrência da sua prisão, segundo informação do Boletim de Ocorrência nº 2020/307989,* ***<u>as crianças foram entregues ao Conselho Tutelar</u> e atualmente encontram-se sob os cuidados dos Conselheiros Paula e Eduardo.***

Ratifico: por razões humanitárias comprovadas nos autos, a prisão domiciliar

merece ser deferida. Embora a paciente seja reincidente específica (possui uma condenação por tráfico e associação para o tráfico), ela é **mãe de 4 (quatro) crianças menores de 12 anos de idade**, **lactante do caçula (3 meses de vida)**. O crime, em tese, a ela imputado - tráfico de drogas, não envolveu violência ou grave ameaça, e foram apreendidos 23 (vinte e três) gramas de cocaína, quantidade não expressiva e estamos em momento de especial gravidade epidemiológica, diante a declaração de pandemia pelo Coronavírus - COVID-19.

De igual modo, ficou asseverado, na decisão agravada, que a prisão pode ser novamente decretada ante o descumprimento das cautelares ou da superveniência de fato novo. Confira-se (e-STJ fl. 447):

> *Apesar de a paciente ser reincidente na prática delitiva (possui uma condenação por tráfico e associação para o tráfico), diante do cenário informativo, e a declaração de pandemia pelo Coronavírus - COVID-19, reputo legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, substituir a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque nos arts. 318, V e 318-A, II, do Código de Processo Penal,* ***podendo a prisão ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de fatos novos.***

Sobre a desnecessidade do uso de tornozeleira eletrônica, reitero os argumentos expostos à e-STJ fl. 448:

> *Anoto, por fim, que, ante a* ***necessária flexibilização das condições*** *a serem impostas às beneficiárias desta modalidade de prisão domiciliar,* ***desnecessário será o uso da tornozeleira eletrônica. [...]***
>
> (STF, HC 170825, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 09/09/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 11/09/2019, PUBLIC 12/09/2019)

Por fim, a informação de que a condenação anterior da agravada teria transitado em julgado não tem o condão de alterar o entendimento aqui adotado. Primeiro porque a prisão preventiva da paciente, ora objurgada, foi decretada em virtude de novo flagrante (apreensão de 23 g de cocaína). Segundo porque é legítima a concessão de prisão domiciliar (com todas as alteração advindas das recentes inovações legislativas e jurisprudenciais) na execução definitiva da pena.

Não há ilegalidades na decisão agravada.

Nesse sentido:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VARIEDADE DE DROGA APREENDIDA.* ***SUBSTITUIÇÃO POR DOMICILIAR. POSSIBILIDADE.***
>
> *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 preventiva está justificada pois, segundo a decisão que a impôs, a paciente foi flagrada em posse de 214g (duzentos e catorze gramas) de maconha e 216g (duzentos e dezesseis gramas) de cocaína. Dessarte, evidenciada a 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 filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e 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 paciente 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 paciente e de sua filha.***
>
> *7. Entretanto,* ***em decisão de acompanhamento da ordem concedida no bojo do HC 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 26/10/2018).

8. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Juízo singular.

(HC 522.524/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CUSTÓDIA PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. Deve-se atentar para o perigo de utilização do art. 318-A do CPP para, ao contrário da vontade clara da lei, manter a segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade direta ante a ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providências indicadas no art. 319 do CPP.

3. ***Embora hajam sido indicados elementos concretos para justificar a imposição da cautela extrema à paciente - apreensão de variada e expressiva quantidade de drogas em imóveis pertencentes a ela e a seu esposo, a par de indícios de que integra organização criminosa voltada à prática habitual do tráfico de drogas -, tais circunstâncias não são suficientes para negar à acusada a concessão da prisão domiciliar, pois*** *não foram referidos dados* ***a evidenciar que a conduta supostamente perpetrada pela acusada oferecesse riscos à prole, com a menção à venda de entorpecentes na residência em que reside com os filhos ou à intensa movimentação de pessoas naquele local.***

4. Além disso, a denúncia não individualiza qual o montante de

drogas estava na casa em que ela reside com os filhos e a quantidade encontrada nos demais imóveis mantidos pela acusada e por seu marido, e não foi descrita nenhuma conduta ilícita praticada pela ré após a concessão de liberdade provisória, em audiência de custódia, tampouco o descumprimento das cautelares impostas naquela oportunidade.

5. A ***despeito da elevada quantidade de droga localizada e da imputação de integrar organização criminosa, os elementos apresentados, por si só, não servem para denotar a periculosidade exacerbada da investigada, a ponto de justificar o emprego da cautela máxima, sobretudo por não descreverem a prática de nenhum ato violento ao desempenhar as atividades que a ela competem, pela divisão de tarefas existente no grupo.***

6. É cabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, para toda mulher presa, gestante, puérpera, ou mãe de criança e deficientes sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício, conforme dispõem os arts. 318-A e 318-B do CPP.

7. Ordem concedida para assegurar à acusada que, com a comprovação de residência fixa ao Juízo natural da causa, aguarde em prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, o esgotamento da jurisdição ordinária se não estiver presa por outro motivo. Devem ser aplicadas, ainda, as medidas cautelares dos incisos I, III e IV do art. 319 do Código de Processo Penal. Fica a cargo do Juízo monocrático, ou ao que ele deprecar, a fiscalização do cumprimento do benefício.

(HC 529.401/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019, grifo noso)

Ante o exposto, **conheço** do agravo regimental e **nego-lhe provimento**.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0091347-3

AgRg no HC 574.847 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004501820208160099 00145801920208160000 145801920208160000 4501820208160099

EM MESA

JULGADO: 12/05/2020

Relator
Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	THIAGO ISSAO NAKAGAWA
ADVOGADO	:	THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE	:	DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO (PRESO)
CORRÉU	:	ANDREIA BORGES PINHEIRO
CORRÉU	:	ROBSON BRUNO BRAGA DE LIMA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO (PRESO)
ADVOGADO	:	THIAGO ISSAO NAKAGAWA - PR049807
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.