

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 426.526 - RJ (2017/0307335-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES MAJORADOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA SUPERVENIENTE INDISPONÍVEL. IMPETRAÇÃO PREJUDICADA. PRISÃO DOMICILIAR. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. LIDERANÇA DO TRÁFICO NA REGIÃO. ATIVIDADE LIGADA AO COMANDO VERMELHO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tendo em vista que a sentença superveniente não estava disponível para consulta, tão pouco havia sido juntada pela defesa à época do *decisum* ora atacado, correto o entendimento de que a impetração estava prejudicada, uma vez que não era possível sequer verificar se a custódia cautelar da agravante havia sido mantida.

2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF que concedeu *habeas corpus* coletivo às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, comporta três situações de exceção à sua abrangência, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) delitos perpetrados contra os descendentes ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas.

3. Da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína). Saliente-se que a agravante mantinha o funcionamento de "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Tais fatos justificam o afastamento da incidência da benesse.

4. Agravo regimental desprovido.

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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

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

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 12 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 426.526 - RJ (2017/0307335-4)

AGRAVANTE : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de agravo regimental interposto por LORENA DA SILVA PEREIRA contra a decisão de fls. 116/118, na qual o *habeas corpus* foi julgado prejudicado.

O *decisum* agravado foi proferido nos seguintes termos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em benefício de LORENA DA SILVA PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do HC n. 0046351-36.2017.8.19.0000.

Infere-se dos autos que a paciente foi denunciada, juntamente com outros corréus, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33 c/c o art. 40, IV e no art. 35 c/c o art. 40, III, IV e VI, todos da Lei 11.343/2006 (tráfico com emprego de arma de fogo e associação para o narcotráfico praticado nas imediações de estabelecimento de ensino, com emprego de arma de fogo e com envolvimento de adolescente). Ao receber a exordial acusatória, o Magistrado de primeiro grau acatou o pleito ministerial e decretou a prisão preventiva dos acusados (fls. 29/31)

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. IMPUTAÇÃO DAS CONDUTAS MOLDADAS NOS ARTIGOS 33 C/C 40, INCISO IV, E 35 C/C 40, INCISOS III, IV E VI, DA LEI N 11.343/06, EM CONCURSO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA PRISÃO; DE QUE NÃO HÁ EVIDÊNCIAS QUE EM LIBERDADE INFLUENCIARÁ NA INSTRUÇÃO; QUE É RÉ PRIMÁRIA, DE BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA E QUE SUA CONDUTA SOCIAL NÃO FOI DESABONADA NOS AUTOS; QUE O DELITO IMPUTADO "NÃO COMPORTA QUALQUER MODALIDADE DE VIOLÊNCIA OU AMEAÇA À PESSOA" E, AINDA, QUE É MÃE DE DOIS FILHOS MENORES, COM DOIS E TRÊS ANOS, RESPECTIVAMENTE, FAZENDO JUS À PRISÃO DOMICILIAR. PRISÃO CAUTELAR E DECISÃO QUE

Superior Tribunal de Justiça

DESACOLHEU O PLEITO DE SUA REVOGAÇÃO ROBUSTAMENTE FUNDAMENTADAS. VARIEDADE E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS, ALÉM DE ARMAS E MUNIÇÕES. PACIENTE APONTADA PELAS PROVAS ATÉ AGORA PRODUZIDAS EXERCENDO, EM TESE, FUNÇÃO DE GUARDA DE RECURSOS ORIUNDOS DA MERCANCIA ILÍCITA E SEGURANÇA ARMADA DA "BOCA" DE FUMO, NO HORÁRIO DE 19H ÀS 7H. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS NÃO OBSTAM A PRISÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DE SUA PRESENÇA PARA O CUIDADO DOS FILHOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO (fls. 22).

Daí a presente impetração, na qual sustenta a existência de constrangimento ilegal na prisão da paciente.

Assevera a inidoneidade dos fundamentos apresentados para justificar a segregação, salientando não estarem presentes, in casu, os requisitos previstos no art. 312 do CPP. Aduz que a prisão foi baseada na gravidade abstrata do delito e em elementos constitutivos do próprio tipo penal.

Afirma que a paciente conta com condições pessoais favoráveis e possui dos filhos menores de 6 anos, sendo imprescindível aos seus cuidados. Alega, assim, a necessidade da concessão da prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do CPP.

Requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva da paciente e, subsidiariamente, sua conversão em prisão domiciliar.

É o relatório.

Decido.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, constata-se a superveniência, em 6/8/2018, de sentença condenatória nos autos da Ação Penal n. 0000321-57.2017.819.0059, que aqui se cuida.

Todavia, não é possível aferir o teor do julgado.

*É cediço que esta Quinta Turma firmou posicionamento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, **quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo**. Nesse sentido: RHC 53.194/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016.*

O entendimento revela-se substancialmente claro: a superveniência de sentença que mantém a prisão cautelar constitui título novo, que substitui - e supera - o decreto prisional impugnado mediante habeas corpus, exceto se o Magistrado sentenciante não adota fundamentos novos e diversos daqueles apresentados por ocasião da decretação da segregação preventiva.

In casu, a manutenção da custódia cautelar afigura-se

Superior Tribunal de Justiça

verossímil, pois consta do andamento processual, após a prolação da sentença, a expedição de alvará de soltura para um dos corréus, razão pela qual subentende-se que a custódia dos demais foi mantida.

Todavia, não há como aferir se a segregação antecipada foi mantida sem a adoção de novos e diversos fundamentos para a cautela - requisito indispensável ao prosseguimento do mandamus que busca revogá-la, diante da notícia da produção de novo título judicial que examinou a necessidade de manutenção da constrição.

Tratando-se o habeas corpus de rito célere, no qual não se admite a dilação probatória e cuja devida instrução compete ao impetrante, a este incumbiria, diante da superveniência de fato novo, a diligência de acostar aos autos o novo título judicial produzido no feito principal, a fim de demonstrar que o aludido julgado não tem o condão de afastar, no caso concreto, a impugnabilidade da decisão combatida pela presente impetração.

Constatado o silêncio do impetrante, afigura-se forçoso entender pela perda de objeto do presente writ, diante da prolação de novo título.

Por adotar idêntico raciocínio, faço menção à recente decisão prolatada nos autos do RHC n. 63.337/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 5.2.2016.

*Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea "a", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **julgo prejudicado** o habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

No presente agravo, a defesa alega que a superveniência de sentença não prejudica a análise da possibilidade de concessão de prisão domiciliar à ora agravante.

Pretende, assim, a revogação da custódia cautelar ou sua convolação em domiciliar.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 426.526 - RJ (2017/0307335-4)

VOTO

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

Tendo em vista que a sentença superveniente não estava disponível para consulta, tão pouco havia sido juntada pela defesa à época do *decisum* ora atacado, correto o entendimento de que a impetração estava prejudicada, uma vez que não era possível sequer verificar se a custódia cautelar havia sido mantida.

Contudo, a nobre Defensoria Pública promoveu a juntada da sentença condenatória, da qual se extrai que foi aplicada pelo magistrado de primeiro grau a pena de 11 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão em regime inicial fechado, mantida a prisão preventiva.

Conforme relatado, busca-se, no presente agravo, a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar. O magistrado de primeiro grau assim fundamentou a necessidade de manutenção da constrição cautelar da paciente:

*Trata-se de requerimento de revogação da prisão preventiva, formulado às fls. 215/220, pela Defesa da ré LORENA DA SILVA PEREIRA, que veio acompanhado dos documentos de fls. 221/233. O Ministério Público manifestou-se contrariamente às fls. 240/242. Feito este breve relato, DECIDO: Em que pesem os argumentos expedidos pela douta Defesa às fls. 215/220, verifica-se que os motivos ensejadores da manutenção da custódia provisória da ré, constantes da decisão de fls. 133/135, subsistem íntegros. Com efeito, a fase instrutória ainda não se iniciou, sendo certo que a liberdade da denunciada Lorena da Silva Pereira, poderá prejudicar a colheita da prova testemunhal, especialmente diante do temor apresentado pela principal testemunha, Natan Oliveira Domingues, vítima da ação da organização da qual supostamente a denunciada faz parte, tendo sofrido vários disparos contra sua pessoa, conforme declarações prestadas em fase inquisitorial, às fls. 39/40, e, conseqüentemente, trazer risco a eventual aplicação da lei penal. Registre-se, ademais, que a afirmativa genérica de que o decreto prisional está fundado em abstração não corresponde a realidade dos autos, eis que os motivos ensejadores da restrição da liberdade da ré estão indicadas, repita-se, **precisa e concretamente no temor expressamente declarado pela testemunha, bem como das declarações prestadas em sede policial, dando-se conta de que a acusada, é uma das chefes do tráfico na região, distribuindo e vendendo drogas: a testemunha Jian. Em depoimento às fls. 48/49, declara que a acusada "ficava com um revólver, calibre 28" que***

Superior Tribunal de Justiça

responde pelo apelido de vovó"; em depoimento às fls. 68/69, o adolescente-infrator Leandro Moura, esclarece que "Lorena ficava dentro da trilha com as drogas: que quando chegava um comprador gritava Lorena para trazer a droga; que Lorena ficava na posse das drogas, ou seja, maconha e cocaína; que Lorena ficava armada com um revólver, calibre 38, que ficava mantendo guarda da "boca" das 19:00h até às 07:00h".

O Tribunal de origem, por sua vez, ao denegar a ordem de *habeas corpus*, valeu-se dos seguintes fundamentos:

Extrai-se, portanto, à luz do decreto prisional preventivo (fls. 14/16, anexo 14) e da decisão acima transcrita, que diferentemente do alegado, a necessidade da prisão cautelar foi limpidamente demonstrada, vislumbrando-se presentes os seus requisitos autorizadores, na forma disciplinada nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, não se vislumbrando a hipótese da citada ilegalidade.

(...)

Extrai-se, portanto, que as provas indiciárias são, ao menos em tese, robustas e desfavoráveis à paciente e, na atual fase procedimental, à luz do apurado, é sólido o temor que influencie negativamente na instrução ou venha mesmo a frustrar a aplicação da lei penal.

(...)

*Não prevalece, também, o argumento de que ...a acusada foi presa pela suposta prática de um delito QUE NÃO COMPORTA QUALQUER MODALIDADE DE VIOLÊNCIA OU AMEAÇA À PESSOA..., pois, ainda que se tomasse como absoluta a afirmação, esta não aproveitaria à **paciente, acusada de prática do tráfico de drogas e de associação com outros indivíduos para esta mercancia, com emprego de arma de fogo, havendo notícia, inclusive, de que uma testemunha foi alvejada com tiros.***

(...)

Sobreleva destacar que o legislador facultou ao juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar à agente mulher com filho menor de 12 (doze) anos, assim como àquele cuja presença seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos, contanto que sei a produzida pela parte interessada prova idônea de que preenche os requisitos estabelecidos. É o que dispõe o Código de Processo Penal nos seus dispositivos (...).

No caso vertente a impetrante comprova que a paciente é mãe de duas crianças menores de 12 (doze) anos. Todavia não restou demonstrada a sua imprescindibilidade ao cuidado das mesmas, restando desatendida a exigência de prova idônea, na forma do dispositivo.

Por outro lado, não se pode ignorar que segundo se apurou, a paciente, em tese, "ficava armada com um revólver, calibre 38, que ficava mantendo guarda da "boca" das 19:00h até às

Superior Tribunal de Justiça

07:00h"... e, nesse passo, seus filhos ficariam sob a guarda de terceira pessoa durante à noite e em boa parte do dia, haja vista que o cenário sugere que encerrada a "atividade" teria de dormir (fls. 25/27).

Em que pese o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143641/SP, no qual concedeu a ordem às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, entendo não ser adequada a aplicação do precedente ao caso concreto.

A ordem emanada comporta três situações de exceção à sua abrangência, previstas no voto condutor do acórdão, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) delitos perpetrados contra os descendentes ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas.

Assim, é certo que da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína). Saliente-se que a paciente mantinha o funcionamento da "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Tais fatos justificam o afastamento da incidência da benesse.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO DOS MENORES À PRÁTICA DELITIVA. INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.257/2016 teve reflexos no Código de Processo Penal e imprimiu nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à novel legislação, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º).

2. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do HC n. 143.641, em 20/2/2018, concedeu habeas corpus coletivo "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 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".

3. O caso vertente, todavia, trata de hipótese em que o Juízo singular manteve a prisão ante tempus ao destacar que "os entorpecentes apreendidos são de grande quantidade" - a saber 2,6 kg de maconha - circunstância que, aliada à prática delitativa em âmbito doméstico, afasta a incidência do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 475.064/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 7/12/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE, VARIEDADE E LESIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR. MÃE DE DOIS FILHOS MENORES DE 12 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA PREVISTA NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641/SP PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

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

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira inconteste a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, seja em razão da quantidade e potencialidade lesiva das drogas apreendidas (27 g de crack e 30 g de maconha), seja em razão da forma como o crime era em tese cometido, consistente na prática do delito de tráfico de drogas, realizado dentro de sua residência, na presença de seus filhos, de três e sete anos, situada a menos de trinta metros de uma escola, havendo grande frequência de pessoas na

Superior Tribunal de Justiça

residência, no horário escolar, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta da agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema. Precedentes.

IV - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou 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, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.

V - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontravam seus filhos de 3 e 7 anos de idade, tendo o v. acórdão vergastado consignado que "a prática do crime de tráfico de drogas era realizada na presença da prole, e ainda, em residência próxima a escola, motivo pelo qual há de se induzir que a acusada demonstra predisposição à violação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes". Precedentes.

Habeas corpus não conhecido (HC 461.631/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 9/10/2018, DJe 16/10/2018)

Nesse contexto, não verifico flagrante ilegalidade capaz de justificar a revogação da custódia ou sua substituição por prisão domiciliar.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0307335-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 426.526 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003215720178190059 00463513620178190000 00463557320178190000 120000912017
3215720178190059 463513620178190000 463557320178190000 476762017

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
CORRÉU : GABRIEL MOREIRA VIANA
CORRÉU : DIOGO MIRANDA DE LIMA
CORRÉU : RAFAEL DA SILVA XAVIER
CORRÉU : MAYKON RODRIGUES MATHIAS
CORRÉU : SARAH GOMES DA SILVA
CORRÉU : ADRIANO MORAES DE SOUZA
CORRÉU : ANDRE BARROS DO NASCIMENTO

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 : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca."

Aguardam os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 426.526 - RJ (2017/0307335-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : **LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
AGRAVADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LORENA DA SILVA PEREIRA – presa cautelarmente e denunciada, juntamente com outros corréus, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33, c/c o art. 40, IV e no art. 35, c/c o art. 40, III, IV e VI, todos da Lei 11.343/2006 – contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n. 0046351-36.2017.8.19.0000).

No presente *writ*, a defesa alega, em síntese, ausência dos requisitos legais que autorizam a prisão preventiva (art. 312 do CPP). Ainda, sustenta que a paciente é mãe de filhos menores de 12 anos, sendo-lhe assegurado o direito à prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do CPP.

Diante disso, pede a revogação da prisão preventiva ou o deferimento da prisão domiciliar.

O e. Ministro Joel Ilan Paciornik julgou prejudicado o pedido da defesa em razão da superveniente prolação da sentença.

A defesa interpôs agravo regimental alegando que a sentença não prejudica o pleito de deferimento da domiciliar, razão pela qual reiterou o pedido de revogação da preventiva ou substituição por prisão domiciliar.

Sua excelência manteve a decisão agravada e, complementando, entendeu não ser o caso de deferimento da prisão domiciliar, pois a situação evidenciada nos autos configuraria uma excepcionalidade, como previsto no precedente do Supremo Tribunal Federal, o HC 143.641/SP, que orienta as decisões desta Quinta Turma acerca do tema.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria, tendo em vista a

Superior Tribunal de Justiça

recente publicação da Lei n. 13.769, de 18 de dezembro de 2018, a qual inseriu os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, que trazem novas diretrizes sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nos casos de mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

É o breve relatório.

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

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;

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

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

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

Todavia, o julgado excepcionou algumas situações: "(...) 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".

Em data recente sobreveio a Lei nº 13.769/2018, de 9/12/2018,

Superior Tribunal de Justiça

introduzindo os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal:

Art. 318-A. *A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:*

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

II - *não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.*

Art. 318-B. *A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.*

Embora o *caput* do art. 318 do CPP estabeleça que "**Poderá** o juiz **substituir a prisão preventiva pela domiciliar (...)**", nas hipóteses dos incisos IV e V, o novo art. 318-A dispõe que "**A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar**".

Vale destacar que essa divergência já havia sido afastada por ocasião do referido julgado, *Habeas Corpus* n. 143.641/SP, na medida em que concedeu a ordem, coletivamente, estabelecendo parâmetros a serem observados nas exceções pontuadas. Confira-se o voto, na parte que interessa:

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as amici curiae, está em que o "poderá", constante do caput do artigo deve ser lido como "deverá", para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve ser formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando

se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

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.

E esse é o entendimento adotado por esta Quinta Turma, sistematizado a partir do seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO, RECEPÇÃO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. SÚMULA N. 691 DO STF. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos expostos na decisão agravada, não se constata nos autos constrangimento ilegal patente, apto a justificar a superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

2. O precedente da Suprema Corte invocado ao caso concreto foi interpretado em outras ocasiões pelo Superior Tribunal de Justiça, nas quais se sedimentou o entendimento segundo o qual constituem três exceções à concessão de prisão domiciliar nos termos do habeas corpus coletivo: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) perpetrados contra os descendentes ou c) situações excepcionalíssimas.

3. Tratando-se de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, não há que se falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar em razão do mandamus coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 143.641/SP.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 438.607/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018)

Superior Tribunal de Justiça

Com a publicação da nova lei, **não resta dúvida que se trata de um poder-dever para o juiz aplicar o benefício**, ressalvados os casos em que tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente. Assim, forçoso reconhecer o **caráter objetivo de aplicação da nova lei**, com a substituição do termo **poderá** (art. 318, *caput*) por **será** (art.318-A, *caput*), sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único).

Concordando com esse ponto, destaco trecho de artigo publicado no *site* da Revista Consultor Jurídico:

*A força impositiva da necessidade de ser reconhecido e efetivamente aplicado o benefício restou traçada na literalidade do texto legal do artigo 318-A, que substituiu o termo **poderá** por **será**, de modo que, nestes casos, não compete ao magistrado confrontar a possibilidade da prisão domiciliar com as necessidades da prisão preventiva. Isto não significa, todavia, que a prisão domiciliar não possa ser aplicada inclusive nas hipóteses de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra filho ou dependente. O que foi destacado é o caráter objetivo da aplicação da domiciliar às mulheres mães de crianças ou deficientes e gestantes em situações que não envolvam as exceções apresentadas.* (Tribuna da Defensoria: **Indeferimentos de prisão domiciliar devem ser revistos**, Por Gina Kerly Pontes Moura, Jorge Bheron Rocha e Maria Noêmia Pereira, publicado em 1/1/2019. <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/indeferimentos-prisao-domiciliar-revistos-lei#author>).

Observa-se também que houve uma discreta ampliação do rol de beneficiárias previstas no *habeas corpus* coletivo, incluindo a **mulher responsável por pessoa com deficiência**. A decisão do Supremo Tribunal contemplava a mãe de deficiente, e agora a prisão domiciliar **será** também concedida à mulher, não necessariamente mãe, desde que responsável por pessoa com deficiência, que pode ser um filho, menor ou maior, ou mesmo outra pessoa, como marido, irmão, etc.

Tratando-se, portanto, de **gestante, mãe de criança** menor de 12 anos e **mulher responsável por pessoa com deficiência**, a regra é o deferimento da prisão domiciliar.

Quanto às exceções que foram positivadas, em que pese a ampliação do rol

Superior Tribunal de Justiça

de beneficiárias, não pairam maiores dúvidas. Assim, não cabe o benefício legal nos casos em que a mulher tenha "*cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa*" ou "*contra seus descendentes*". Apenas um detalhe acerca do inciso II: ao mencionar "seus dependentes", parece-me, a princípio, que implícita também a vedação do benefício quando o crime for cometido contra a pessoa deficiente pela qual a mulher é responsável, tendo em vista o objetivo maior de proteção prioritária da criança e da pessoa com deficiência. Desse modo, a mulher que praticar crimes contra seus descendentes, ou contra pessoa deficiente sob sua responsabilidade, incorre na vedação legal ao benefício da prisão domiciliar.

Feita essa breve observação, cumpre lembrar que esses dois parâmetros já estavam previstos no julgado do Supremo Tribunal Federal, hoje representados nos incisos I e II do novo art. 318-A do CPP. Porém, com relação às chamadas situações excepcionálíssimas, a nova lei nada regula.

Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar à mãe que nem sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionálíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de condutas criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação dos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

Nesse sentido, temos muitos precedentes apontando como situações excepcionálíssimas, dentre as quais se destacam: (i) praticar o tráfico de drogas na residência, com a presença ou mesmo participação das crianças; (ii) reincidir em crimes graves, onde mesmo após prisões anteriores ou cumprimento de penas, não abandonaram o mundo do

Superior Tribunal de Justiça

crime; (iii) integrar perigosas organizações criminosas, profundamente envolvidas com a criminalidade, notadamente quando exercem papel relevante, com ligações com facções perigosas, criando um ambiente de constante risco e insegurança que afeta toda a família, apenas para exemplificar. Nessas hipóteses, percebe-se que a presença física da mãe ou responsável **pode caracterizar** violação de direitos que atinge diretamente as crianças menores ou dependentes.

A Constituição Federal prescreve que é dever do Estado assegurar a proteção integral e prioritária da criança (art. 227 da CF). E, aqui, o olhar é para aqueles que sofrem injustamente as consequências dos atos praticados por mães que se encontram encarceradas, na medida em que seus filhos ou as pessoas sob sua dependência sofrem diretamente efeitos da condenação, com a separação física da genitora.

Assim, o propósito da lei não é conferir um salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade. Ao contrário, "*o principal objetivo da novel lei, editada após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu às custodiadas mães de filhos menores de 12 anos de idade o direito à prisão domiciliar, é a proteção da criança*", como declarou o e. Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forense, em decisão liminar que examinou a aplicação do novo art. 318-A do CPP (*HABEAS CORPUS* Nº 491.003 – PB, de 30/1/2019, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, publicado em 4/2/2019).

De fato, ainda durante a discussão do projeto de lei no âmbito legislativo, concluiu a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, ao tratar das limitações propostas à substituição da prisão preventiva por domiciliar, previstas nos incisos I e II do novel art. 318-A do CPC, que "*tal medida é acertada, pois não se pode olvidar que a criança deve ser resguardada de toda e qualquer presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores, em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento*".

Nessa direção, impossível ignorar que, em determinadas situações – frise-se,

excepcionalíssimas, criminalmente concretas, e que deverão ser devidamente demonstradas, – a mãe pode, até mais do que nas hipóteses expressamente previstas, ser *presença que possa prejudicar a formação de sua personalidade e a construção de seus valores*. Em tais casos, entendo que a proteção do menor deve prevalecer sobre o direito legalmente conferido a tais mulheres. Repita-se: o foco de tais disposições deve fixar-se no menor ou, nos termos da novidade legal, no deficiente.

Por isso, penso que **a normatização de apenas duas das exceções já previstas no *habeas corpus* coletivo não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo nos pontos não alcançados pela norma**. O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.

Nesse sentido, destaco uma breve análise disponível no *site* "Dizer o Direito", de 21/12/2018:

A exceção 3 ainda é possível? O juiz poderá deixar de aplicar a prisão domiciliar em outras situações excepcionalíssimas?

Aqui temos o ponto mais polêmico da novidade legislativa. Teria sido um silêncio eloquente do legislador com o objetivo de superar, neste ponto, o entendimento do STF sobre o tema ou representaria uma simples omissão?

Particularmente, penso que a terceira exceção continua existindo. Isso porque ela foi fixada pelo STF não por conta da interpretação da lei, mas sim com base em uma verdadeira construção (criação) jurisprudencial. As três exceções não eram previstas em nenhum lugar. Logo, parece-me que o fato de o legislador não ter encampado expressamente essa terceira exceção não significa que ela não exista.

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

Superior Tribunal de Justiça

ameaçar a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou que irá colocar em risco a aplicação da lei penal.

Contudo, como já dito, trata-se de tema que gerará debates e certamente haverá posições em sentido contrário. (Comentários à Lei 13.769/2018: prisão domiciliar e progressão especial para gestante e mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, 21/12/2018 – <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/comentarios-lei-137692019-pri-sao.html>)

É bom lembrar que a norma não consegue regular a realidade social (fática) em toda a sua extensão. Portanto, é certo que as exceções previstas nos dois incisos do art. 318-A do CPP não comportam todas as soluções dos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário.

Nesse sentido são também as primeiras impressões sobre a nova lei escritas pelo Juiz de Direito do Distrito Federal, Fernando Barbagalo, acerca desse assunto:

É louvável o desiderato da nova lei na efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade (art. 6º) e à infância (art. 227), seguindo também a linha estabelecida em orientações internacionais sobre o tema (Regras de Bangkok). Inobstante, certamente existirão casos em que essa automatização da prisão domiciliar causará perplexidade. Relevante notar que a formulação do dispositivo anterior, art. 318, (“Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”) permite margem interpretativa, afastando a substituição em casos excepcionais. Esta permissão não existe no novo dispositivo (art. 318-A). Mesmo o acórdão no habeas coletivo autorizava a manutenção da prisão preventiva nas “situações excepcionálíssimas” devidamente fundamentas. E essas situações, infelizmente, acontecem.

Apenas para ilustrar, em nossa triste realidade existem casos de mães de crianças e de gestantes reincidentes que obtiveram a liberdade e pouco depois foram presas vendendo drogas ou armazenando drogas nos locais em que residiam com seus pequenos. Neste sentido, citando apenas um de muitos precedentes, foi negada a substituição da prisão preventiva em domiciliar em razão da “considerável quantidade de drogas apreendida” (mais de 661g de cocaína; 45g de maconha; 122g de crack), com outros objetos (incluindo éter etílico e frascos de anestésicos) no interior da residência em que a mulher vivia com a filha. Compreendeu-se como excepcional a situação e a prisão preventiva mantida. (LEI 13.769/2.018: PRIMEIRAS IMPRESSÕES - JUIZ FERNANDO

BARBAGALO

HTTPS://WWW.TJDFT.JUS.BR/INSTITUCIONAL/IMPRESA/ARTIGOS/LEI-13-769-2-018-PRIMEIRAS-IMPRESSOES-JUIZ-FERNANDO-BARBAGALO)

Destaco ainda de outra publicação – "Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)" - produzida por especialistas na área, sob a coordenação científica do Prof. Rogério Sanches Cunha, e disponibilizada na *internet*:

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em

Superior Tribunal de Justiça

relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal. (Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual))
<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-brevs-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>

Ainda, não se pode esquecer que, se por um lado nos deparamos com a proibição de excessos contra direitos das crianças e dos deficientes, por outro, o Estado não pode se omitir de promover a assegurar adequadamente a proteção dessas pessoas, quando concretamente ameaçadas. E aqui que não se pode perder de vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que orientam a aplicação das medidas cautelares em todo o espectro de opções previstas na norma processual penal – variando do total cerceamento da liberdade a alternativas mais brandas de controle social.

Assim, o risco que se busca afastar com a prisão preventiva (garantia da ordem pública, preservação da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal), substituindo-a pela domiciliar, precisa ser cuidadosamente avaliado pelo Magistrado, na medida em que são flexibilizados os controle/vigilância do Estado sobre a pessoa presa.

Entendo que esse equilíbrio desejado está presente na decisão da Suprema Corte, quando formulou um terceiro parâmetro para comportar as situações que chamou de **excepcionalíssimas**.

Em seu voto, o e. Ministro Ricardo Lewandovski avaliou especificamente os casos de reincidentes. Sua excelência faz a seguinte recomendação: "*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.*". Logo em seguida, aponta como uma das soluções, fazendo uso do termo **poderá**, a aplicação de medidas cautelares, "*Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em*

Superior Tribunal de Justiça

determinadas situações".

Vale enfatizar que o indeferimento excepcional do benefício não prescinde de uma análise aprofundada dos casos concretos, à luz do interesse prioritário do menor ou do deficiente, em decisões que "*deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício*", como consignado no voto do Relator.

Ainda sobre esse ponto, vale lembrar que o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em 4/4/2016, ao decidir o HC n. 134.734/SP, advertiu que é preciso analisar também a conduta e a personalidade da presa e, **sobretudo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor**, concluindo: "*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*".

Nessa mesma linha de raciocínio, manifestou-se o e. Ministro Sebastião Reis, ao apreciar a liminar em que se questiona a aplicação da nova Lei n. 13.769/2018, *grifei*):

Ressalta-se que, mesmo atendido o requisito de ser mãe de criança com deficiência, o benefício pode ser afastado quando, fundamentadamente, o órgão julgador, ante dados concretos, demonstre situação em que se revele inadequada a prisão domiciliar (periculum libertatis), sob pena de se conferir uma carta de indenidade absoluta a todas as mulheres gestantes ou mães de crianças com deficiência. (HABEAS CORPUS Nº 479.584 – PR, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, de 1º/2/2018, publicada em 08/02/2019)

Em conclusão: as situações excepcionais ainda subsistem e carecem de solução jurídica adequada, sempre à luz da força impositiva da nova norma, mas sem violar direitos e garantias dos menores ou deficientes envolvidos. Por essas razões é que entendo que permanece válida a terceira exceção prevista no acórdão do *habeas corpus* coletivo, com aplicação já sedimentada na jurisprudência desta Corte. Registre-se, no ponto, mais uma vez,

Superior Tribunal de Justiça

que tais exceções são **EXCEPCIONALÍSSIMAS**, pois a regra é o deferimento da prisão domiciliar.

No caso específico, estes foram os motivos apontados pelo Tribunal estadual para denegar a ordem, inclusive com a transcrição dos fundamentos da decisão de primeiro grau (e-STJ fls. 25/27, grifei):

A tese, contudo, não prospera, pois, conforme lançado na decisão alvejada, ...a liberdade da denunciada Lorena da Silva Pereira, poderá prejudicar a colheita da prova testemunhal, especialmente diante do temor apresentado pela principal testemunha, Natan Oliveira Domingues, vítima da ação da organização da qual supostamente a denunciada faz parte, tendo sofrido vários disparos contra sua pessoa, conforme declarações prestadas em fase inquisitorial acusada, é uma das chefes do tráfico na região, distribuindo e vendendo drogas; a testemunha Jian, em depoimento às fls. 48/49, declara que a acusada “ficava com um revólver, calibre 28”, “que responde pelo apelido de vovó”; em depoimento às fls. 68/69, o adolescente-infrator Leandro Moura, esclarece que “Lorena ficava dentro da trilha com as drogas; que quando chegava um comprador gritava Lorena para trazer a droga; que Lorena ficava na posse das drogas, ou seja, maconha e cocaína; que Lorena ficava armada com um revólver, calibre 38, que ficava mantendo guarda da “boca” das 19:00h até às 07:00h”...

(...)

Não prevalece, também, o argumento de que ...a acusada foi presa pela suposta prática de um delito QUE NÃO COMPORTA QUALQUER MODALIDADE DE VIOLÊNCIA OU AMEAÇA À PESSOA..., pois, ainda que se tomasse como absoluta a afirmação, esta não aproveitaria à paciente, acusada de prática do tráfico de drogas e de associação com outros indivíduos para esta mercancia, com emprego de arma de fogo, havendo notícia, inclusive, de que uma testemunha foi alvejada com tiros.

Destaca-se que não se exige certeza absoluta para validar a prisão preventiva, de natureza cautelar, bastando, para tanto, a demonstração da materialidade do delito, e indícios suficientes de autoria, requisitos que foram preenchidos. Nesse passo, ad argumentandum tantum, se a paciente for, de fato, a autora da conduta – e na atual fase procedimental a dúvida deve favorecer a sociedade – a custódia cautelar é medida que se impõe.

Por derradeiro, não socorre à paciente a informação de que ...é mãe de dois filhos menores..., um com dois e o outro com três anos de idade.

Sobreleva destacar que o legislador facultou ao juiz substituir a

Superior Tribunal de Justiça

prisão preventiva pela domiciliar à agente mulher com filho menor de 12 (doze) anos, assim como àquele cuja presença seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos, contanto que seja produzida pela parte interessada prova idônea de que preenche os requisitos estabelecidos. É o que dispõe o Código de Processo Penal nos seus dispositivos abaixo transcritos:

(...)

No caso vertente a impetrante comprova que a paciente é mãe de duas crianças menores de 12 (doze) anos. Todavia não restou demonstrada a sua imprescindibilidade ao cuidado das mesmas, restando desatendida a exigência de prova idônea, na forma do dispositivo.

*Por outro lado, não se pode ignorar que segundo se apurou, a paciente, em tese, **...ficava armada com um revólver, calibre 38, que ficava mantendo guarda da “boca” das 19:00h até às 07:00h”...** e, nesse passo, seus filhos ficariam sob a guarda de terceira pessoa durante à noite e em boa parte do dia, haja vista que o cenário sugere que encerrada a “atividade” teria de dormir.*

Veja-se que, além da elevada quantidade de drogas (470g de maconha e 857g de cocaína), como destacado no voto do Relator, a paciente seria uma das chefes do tráfico na região e atuava armada em uma boca de fumo ligada ao Comando Vermelho, deixando os filhos com uma terceira pessoa boa parte do dia e durante a noite, cenário que sugere que ela não tinha tempo para se dedicar aos cuidados dos menores, como enfatizou o acórdão do Tribunal.

Assim, manter a genitora afastada da residência e dos filhos mostra-se a solução mais adequada para assegurar os direitos dos menores, sobretudo em razão do efetivo perigo atraído pela presença dela, decorrente do profundo envolvimento com a criminalidade e com ações de elevado risco pelo uso de arma de fogo, inclusive com registro de disparos por ela efetuados.

Portanto, sem me alongar mais no caso concreto, entendo que a prisão da paciente deve ser mantida por **razão excepcionalíssima**, como concluiu o e. Relator, motivo pelo qual também **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0307335-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 426.526 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003215720178190059 00463513620178190000 00463557320178190000 120000912017
3215720178190059 463513620178190000 463557320178190000 476762017

EM MESA

JULGADO: 12/02/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
CORRÉU : GABRIEL MOREIRA VIANA
CORRÉU : DIOGO MIRANDA DE LIMA
CORRÉU : RAFAEL DA SILVA XAVIER
CORRÉU : MAYKON RODRIGUES MATHIAS
CORRÉU : SARAH GOMES DA SILVA
CORRÉU : ADRIANO MORAES DE SOUZA
CORRÉU : ANDRE BARROS DO NASCIMENTO

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 : LORENA DA SILVA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro

Superior Tribunal de Justiça

Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.