HABEAS CORPUS Nº 494.278 - SP (2019/0048187-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GUILHERME APARECIDO DOS SANTOS
ADVOGADO	:	GUILHERME APARECIDO DOS SANTOS - SP393699
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EMELY LIMA LEMOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de EMELY LIMA LEMOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0002881-49.2017.8.26.0132.

Extrai-se dos autos que a paciente foi presa preventivamente e acusada da prática do crime previsto no art. de apuração da pratica dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes com envolvimento de adolescente), tendo sido deferida a substituição da prisão preventiva por domiciliar, nos termos do art. 318, V, do CPP. Posteriormente, sobreveio sentença condenando a paciente às penas de 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mantida a prisão domiciliar.

Em apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo ministerial, redimensionando a pena para 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado e determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor da ora paciente. O acórdão ficou assim ementado:

> *Apelação Criminal - Tráfico Ilícito de Entorpecentes. Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova - Depoimentos de policiais militares - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem os réus injustamente - Pela quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros - Impossibilidade de desclassificação para o delito de porte de entorpecente, para uso próprio.*
>
> *Penas - ADEQUAÇÃO - Pena-base acima do mínimo - Agravante da reincidência de GIOVANI que prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea - Afastada a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 e fixação de regime inicial fechado da ré EMELY, que é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.*
>
> *Provido o recurso ministerial e desprovido o apelo*

defensivo, com expedição de mandado de prisão para a ré EMELY (fls. 12).

No presente *writ* a defesa sustenta a ilegalidade da decretação da prisão preventiva pelo Tribunal no julgamento da apelação. Afirma que a paciente foi beneficiada, pelo Magistrado de primeiro grau, com a prisão domiciliar, tendo cumprido todas suas condições. Assevera ser inadmissível a decretação da prisão preventiva sem a demonstração de novos fundamentos que justifiquem a custódia.

Declina a necessidade de concessão da prisão domiciliar pois é mãe de criança, foi condenada por crime que não envolve violência, não foi praticado contra descendente e não contém excecionalidade que justifique o afastamento da benesse. Ressalta o precedente do Supremo Tribunal Federal proferido no HC n. 143.641/SP.

Pugna, em liminar e no mérito, a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

É o relatório.

Decido.

Na hipótese, ao menos em juízo perfunctório, vislumbro a caracterização de evidente constrangimento ilegal.

Isso porque a hipótese dos autos se insere na previsão descrita no art. 318-A, do CPP, incluído pela Lei 13.769/2018, segundo a qual a prisão preventiva será substituída por domiciliar quando se tratar de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente.

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em 20/2/2018, no julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143641, 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 ou contra seus descendentes ou em situações excepcionalíssimas, que deverão ser devidamente fundamentadas.

No caso, a ora paciente encontra-se presa preventivamente, pela suposta prática do delito de tráfico, crime que, apesar da gravidade, não envolve violência e grave

ameaça e não foi praticado contra descendente, e, ao que parece não possui excepcionalidades que afastem o benefício, tanto que o Magistrado de primeiro grau o havia deferido. Assim, entendo recomendável o restabelecimento da prisão domiciliar anteriormente deferida.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 691/STF. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PACIENTE COM 2 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus contra decisão que indefere liminar na origem, na esteira da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, salvo no caso de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada*
>
> *2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.*
>
> *3. 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. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).*
>
> *4. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).*
>
> *5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 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 20/02/2018, 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.

6. Na hipótese dos autos, os fundamentos utilizados pelo Juízo de primeiro grau para indeferir o pedido de prisão domiciliar são estranhos ao caso concreto. Os crimes não foram cometidos com violência ou grave ameaça, a paciente é primária e comprova ser mãe de 2 (dois) filhos menores de 12 anos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar e com parecer favorável do Ministério Público Federal, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau (HC 445.037/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE POSSUI FILHO MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS ELENCADOS NO HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP JULGADO PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - É possível a superação do óbice imposto no enunciado sumular n. 691/STF, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nos casos em que houver evidente constrangimento ilegal imposto ao paciente.

II - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, sob relatoria do em. Ministro Ricardo Lewandowiski, entendeu ser possível a substituição da segregação cautelar pela prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação

> *concomitante das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, para mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças 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.*
>
> *III - Na presente hipótese, não houve a devida fundamentação apta a justificar o indeferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, porquanto a conduta em tese perpetrada, qual seja, tráfico de drogas, não foi cometida mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui filho menor de 12 anos, preenchendo portanto os requisitos elencados no mencionado habeas corpus coletivo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Ademais, não se constata, da análise da decisão de primeiro grau, bem como do v. acórdão recorrido, situação excepcionalíssima que impeça a concessão do benefício.*
>
> *Habeas corpus não conhecido, ordem concedida de ofício para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da análise da necessidade de imposição de outras medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como das demais diretrizes contidas no referido HC 143.641/SP, devendo, ainda, o d. juízo de primeiro grau orientar a paciente quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício* (HC 441.950/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018).

Assim, presentes os elementos autorizadores da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora),* **DEFIRO o pedido liminar** para restabelecer a prisão domiciliar da paciente, ainda que mediante a aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Solicitem-se informações à autoridade coatora e ao juízo de primeiro grau, solicitando, ainda, o envio das decisões ali proferidas.

Após, ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO **JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator