HABEAS CORPUS Nº 503.393 - SP (2019/0100677-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	MARCOS AKIRA RODRIGUES TEIXEIRA
ADVOGADO	:	MARCOS AKIRA RODRIGUES TEIXEIRA - SP395008
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NATALIA JHENIFER DA SILVA CASAREJO
OUTRO NOME	:	NATALIA JHENIFER CASAREJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de NATALIA JHENIFER DA SILVA CASAREJO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que a paciente encontra-se presa preventivamente pela prática, em tese, dos delitos inscritos nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ fl. 59).

Segundo a acusação, a paciente teria, na companhia de corréus, concorrido para a prática de delito de tráfico de drogas, com a subsequente apreensão pela polícia de 116g (cento e dezesseis gramas) de maconha e de 187 (cento e oitenta e sete) gramas de cocaína (e-STJ fl. 25).

Impetrado prévio *writ* na origem, a ordem foi denegada em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 83):

> *HABEAS CORPUS ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06 EXCESSO DE PRAZO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
>
> *PRISÃO DOMICILIAR CONCESSÃO IMPOSSIBILIDADE AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DECISÃO FUNDAMENTADA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA IMPOSSIBILIDADE DECISÃO FUNDAMENTADA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR.*
>
> *ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, NESTA PARTE, DENEGADA COM RECOMENDAÇÃO.*

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa que a decisão que decretou

a prisão preventiva da paciente carece de fundamentação idônea (e-STJ fl. 13).

Alega, na presente impetração, que há constrangimento ilegal pelo excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que a paciente encontra-se segregada há mais de 360 dias (e-STJ fl. 8).

Assere ser a paciente mãe de dois menores impúberes (e-STJ fl. 13)

Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura em favor da paciente. Eventualmente, pleiteia a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa (e-STJ fl. 14).

É, em síntese, o relatório.

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, visualizo manifesta ilegalidade no ato ora impugnado a justificar o deferimento da medida de urgência.

No caso, estes foram os fundamentos invocados para a decretação da prisão preventiva e o indeferimento da substituição da prisão domiciliar, *in verbis* (e-STJ fls. 58/60):

> *Não bastasse isto, as circunstâncias e o modo como o crime fora perpetrado, especialmente se considerando a grande quantidade de drogas, bem como o próprio concurso de agentes, demonstra a periculosidade das mesmas.*
>
> *Inclusive, não foi a primeira vez que a averiguada Natália praticou crime semelhante. Constata-se que há três meses a indiciada foi presa praticando o mesmo delito. Portanto, praticou, em tese, o presente crime durante o gozo de liberdade provisória. Mas também, Natália já praticou ato infracional equiparado ao crime de lesões corporais.*
>
> [...]
>
> *Quanto a Natália, da mesma forma, ve-se a acusada tem a guarda alteranda com o pai das crianças, de modo que, caso reste demonstrado, os menores não estarão enquadrados na situação no HC citado alhures.*
>
> *Nestes termos, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva das indiciadas.*

Preliminarmente, cumpre asseverar que não vislumbro, *in casu*, nenhuma ilegalidade em relação à decretação da prisão preventiva, uma vez que estão presentes os requisitos para a segregação cautelar, em especial a gravidade concreta da conduta, consistente na prática, em tese, de tráfico de drogas e de associação criminosa.

Entretanto, a meu ver, está patente a ilegalidade da negativa da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, sendo o caso de superar o referido óbice a fim de cessar a manifesta ilegalidade.

Isso porque ambas as Turmas criminais desta Corte já firmaram o entendimento, por unanimidade, de que o afastamento da referida benesse para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal conforme se extrai dos julgados a seguir colacionados:

> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.*
>
> *2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.*
>
> *3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.*
>
> *4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares*

mais gravosas.

(HC 362.922/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE 3 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRIMARIEDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A questão jurídica limita-se então a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

3. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

4. 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.

5. Na hipótese dos autos, a paciente é mãe de três filhos menores de 12 (doze) anos (com 10, 7 e 4 anos), é primária, e o crime imputado não envolveu violência ou grave ameaça (tráfico de drogas). Reputa-se legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo

> *Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com a imposição da medida cautelar de proibição de acesso ou comparecimento a estabelecimentos prisionais, especialmente àquele no qual o seu marido se encontrar segregado, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo.*
>
> (HC 455.259/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

De mais a mais, não bastasse a referida compreensão já sedimentada no âmbito desta Casa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 143.641/SP, concedeu *habeas corpus* coletivo cuja publicação no Informativo n. 891 do passo a colacionar:

> ***A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em "habeas corpus" coletivo, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade****. Determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP (1) — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA (2) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição,* ***excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício****. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima.* ***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. Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa,*

> *dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.* [...] (HC 143.641/SP. Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 20/2/2018, ainda pendente de publicação, grifei.)

Por fim, cumpre esclarecer que, cristalizando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos trechos acima colacionados, sobreveio a Lei n. 13.769, de 19/12/2018, que acrescentou os seguintes dispositivos ao 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: (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. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).*

No presente caso, a paciente é mãe de criança menor de 12 anos e está custodiada há quase 1 ano sem encerramento da instrução criminal.

Mantê-la segregada constitui-se, portanto, constrangimento ilegal contra o infante presumidamente desassistido sem a presença física da mãe.

Portanto, a paciente faz jus à prisão domiciliar, uma vez que a sua negativa decorre tão somente de o delito ter sido praticado na própria residência, o que, conforme visto acima, não se consubstancia em fundamento suficientemente apto a afastar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 146.641/SP e as disposições do Código de Processo Penal a partir da publicação da Lei n. 13.769/2018, pois não há notícia de emprego de violência ou grave ameaça nem prática do delito pela ora paciente contra a sua descendência.

Dessa forma, em cognição horizontal e não exauriente, vislumbro ilegalidade no decreto constritivo, uma vez desprovido de fundamentação concreta apta a ensejar o afastamento dos preceitos normativos e jurisprudenciais expostos acima acerca da substituição da prisão preventiva por domiciliar.

Tal o contexto, **defiro a liminar** para substituir a prisão preventiva por domiciliar até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver presa.

Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau – em especial o envio de cópia de eventuais decisões sobre pedidos de revogação/relaxamento da prisão preventiva – e ao Tribunal de Justiça, ressaltando-se que deverão noticiar a esta Corte Superior qualquer alteração no quadro fático atinente ao tema objeto deste feito.

Requeira-se, ainda, senha para acesso aos andamentos processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator