HABEAS CORPUS Nº 503.747 - ES (2019/0102534-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	MARCELO AMARAL DA CUNHA E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCELO AMARAL DA CUNHA - ES023161
		SUED JORDAN GOMES DE SANTA RITA - ES027709
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	:	JOYCE MOREIRA FELISBERTO (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOYCE MOREIRA FELISBERTO contra decisão de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que indeferiu pedido liminar no HC n. 0007060-64.2019.808.0000.

Extrai-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 14/2/2019 por ter supostamente praticado delitos tipificados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06 (tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou o *habeas corpus* originário, cuja liminar foi indeferida em decisão acostada às fls. 64/69.

No presente *writ*, o impetrante alega necessidade de superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, porquanto ausentes os requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal de modo que a imposição da custódia cautelar não estaria suficientemente justificada e pautada exclusivamente na gravidade abstrata do delito.

Ressalta as circunstâncias pessoais favoráveis da paciente e assevera que esta é apenas usuária de maconha e todos os demais entorpecentes apreendidos são de propriedade do seu marido.

Sustenta que a paciente é mãe de duas crianças, uma de 4 anos e a outra de 1 ano de idade, e única responsável por eles. Assevera ser o caso de prisão domiciliar, nos termos da nova redação do art. 318, inciso V, do CPP e invoca o precedente firmado pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do HC coletivo n. 143.641/SP.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar ou pela expedição de alvará de soltura, se for o caso com aplicação de

medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Decido.

A jurisprudência desta Corte Superior, aplicando por analogia o enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de não conhecer de *mandamus* impetrado contra decisão indeferitória de liminar na origem, excetuados os casos nos quais, de plano, é possível identificar flagrante ilegalidade ou teratologia do referido *decisum.*

Na hipótese, ao menos em juízo perfunctório, vislumbro a possibilidade de superação do mencionado enunciado sumular, uma vez que caracterizado evidente constrangimento ilegal.

Isso porque a hipótese dos autos se insere na previsão descrita no art. 318 do CPP, segundo o qual o Juiz poderá substituir a prisão preventiva por domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 anos incompletos, o crime não for praticado mediante violência ou grave ameaça nem cometido contra os filhos ou dependentes.

Ademais, 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 é mãe de duas crianças de 1 e 4 anos de idade, e foi presa em flagrante, convertido em preventiva pela suposta prática do delito de tráfico, crime que, apesar da gravidade, não envolve violência e grave ameaça e não foi praticado contra descendente. Ainda, em análise perfunctória dos autos, não constatei circunstância excepcional capaz de obstar a referida substituição da prisão.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM*

FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENCARCERAMENTO FUNDADO NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DO MATERIAL TÓXICO CAPTURADO. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA INCRIMINADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR DO ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FILHA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO À ORDEM JUDICIAL EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP E NA NOVEL LEGISLAÇÃO (LEI N. 13.769 DE 19/12/18). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Inviável a apreciação da alegada desproporcionalidade da medida extrema, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância, tendo em vista que o tema não foi analisado no aresto combatido.

3. Ausente constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade efetiva da agente, evidenciada pelas circunstâncias em que cometido o delito.

4. No caso, a quantidade de material tóxico apreendido com a paciente e sua natureza altamente deletéria são fatores que, somados à forma de acondicionamento do entorpecente - já individualizados e prontos para revenda -, revelam maior envolvimento com a narcotraficância, autorizando a prisão preventiva.

5. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, fixou diretrizes para que a prisão domiciliar seja imediatamente aplicada às mulheres preventivamente custodiadas, desde que gestantes, puérperas ou mães de crianças ou deficientes, inclusive com reavaliação de todos os processos em curso no território nacional, salvo casos excepcionais a serem justificados pela autoridade competente. Além disso, anote-se a recente alteração do Código de Processo Penal, advinda pela Lei n. 13.769/18, que inseriu o art. 318-A no Código de Processo Penal, assegurando os mesmos direitos acima elencados.

6. Na espécie, faz-se necessário o imediato cumprimento dos comandos normativos, uma vez que a acusada, mãe de uma

criança menor de 12 anos de idade, responde por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não se fazendo presente qualquer das demais exceções elencadas na legislação ou na ordem coletiva.

7. Por outro lado, tendo em vista a gravidade da ação criminosa imputada, imperiosa e pertinente a imposição, concomitante, de outras medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 do Código Processual Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, conformando a liminar anteriormente concedida, substituir a prisão preventiva pela domiciliar, consoante previsto nos arts. 318, inciso V, e 318-A, ambos do Código de Processo Penal, cumulada com as cautelares descritas nos incisos I e IV do art. 319 do mesmo diploma legal (HC 486.804/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/03/2019).

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 determinar que o Juízo de primeiro grau substitua a prisão preventiva da paciente pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator