HABEAS CORPUS Nº 514.099 - MS (2019/0161935-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	MARIO SERGIO ROSA
ADVOGADO	:	MARIO SERGIO ROSA - SP030764
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	MARISDEY APARECIDA RODRIGUES DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARISDEY APARECIDA RODRIGUES DA SILVA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (HC n. 1405824-81.2019.8.12.0000).

Depreende-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, em razão do transporte de 19,200kg (dezenove quilos e duzentos gramas) de cocaína e de 684g (seiscentos e oitenta e quatro gramas) de maconha. Essa prisão foi convertida em preventiva na audiência de custódia.

Impetrado *habeas corpus* na origem, o Tribunal *a quo* não conheceu do *writ*. Os embargos de declaração opostos contra essa decisão foram rejeitados.

No presente *habeas corpus*, o impetrante defende a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Alega que não há que se falar em preclusão lógica sobre o tema. Afirma que *"a paciente possui cinco filhos, sendo três menores de 12 anos"* (e-STJ fl. 13). Ao final, requer a referida substituição.

É, em síntese, o relatório.

Inicialmente, de acordo com a petição inicial, verifica-se que o presente *habeas corpus* foi impetrado contra decisão monocrática do Desembargador relator que não indeferiu liminarmente de *writ* na origem (HC n. 1405824-81.2019.8.12.0000).

Sendo assim, considerando-se que a irresignação não foi apreciada pelo órgão colegiado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fica obstada a análise da

impetração por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

O art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República dispõe que compete a esta Corte processar e julgar *habeas corpus*, quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. Contudo, não há nos autos elementos que demonstrem a existência de acórdão da Corte estadual acerca do tema objeto deste *writ*.

Com efeito, não se submete à competência do Superior Tribunal de Justiça o exame de *habeas corpus* impetrado contra decisão singular de desembargador.

Nesse sentido*:*

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. MANDAMUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. QUESTÕES NÃO LEVADAS AO CONHECIMENTO DO COLEGIADO DO TRIBUNAL A QUO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. **Os temas levantados na impetração não foram objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, sobressai a incompetência desta Corte para o exame das matérias, sob pena de indevida supressão de instância**.*
>
> *2. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão de habeas corpus de ofício. É que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o Habeas Corpus 126.292 (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/2/2016), passou a adotar o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 366.604/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016, grifei.)

> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE DESEMBARGADORA. IMPOSSIBILIDADE.*

> *SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1 - **Insurgindo-se a defesa do paciente em face de decisão monocrática de Desembargadora que não analisou a pretensão pleiteada no prévio writ, contra a qual seria cabível agravo regimental, mostra-se incabível o conhecimento do pedido, pois não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no art. 105 da CF, a ensejar a inauguração da competência desta Corte**.*
>
> *2 - Não é possível a esta Corte adentrar no mérito do writ, sob pena de supressão de instância, já que não houve manifestação em última instância pelo Tribunal coator acerca dos pedidos de reconhecimento da incompetência do Juízo impetrado e a decretação da nulidade de todos os atos praticados no bojo da ação penal originária*
>
> *3 - Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.*
>
> *4 - Agravo regimental improvido.* (AgInt no HC 242.379/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 15/08/2016, grifei.)

Dessa forma, **o indeferimento liminar deste *habeas corpus* é medida que se impõe**.

De qualquer maneira, é certo que, *"verificada flagrante ilegalidade, deve ser concedido habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP"* (AgInt no REsp 1.582.669/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/3/2017, DJe 7/4/2017). É o caso dos autos.

O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei. n. 13.257/2016).

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. 4,3KG DE COCAÍNA. TRÁFICO INTERESTADUAL. VIA AÉREA.*

> *FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. HC N.º 143.641/SP. POSSIBILIDADE. ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. A sentença penal condenatória que, ao negar o direito de recorrer em liberdade, limita-se a reiterar os fundamentos utilizados anteriormente para justificar a prisão preventiva, sem agregar novos, não conduz à prejudicialidade da ação constitucional de habeas corpus.*
>
> *2. A necessidade da prisão preventiva da Paciente, para a garantia da ordem pública, está devidamente demonstrada pela gravidade concreta da conduta - tráfico interestadual de drogas, pela via área, com o transporte de 4kg (quatro quilogramas) de cocaína.*
>
> *3. Em que pese haver fundamentação suficiente para a segregação cautelar da Paciente, constata-se que ela possui uma filha de 3 (três) anos de idade, que o crime não foi cometido com emprego de violência ou grave ameaça e que a vítima do delito não foi sua descendente, de modo que o caso em apreço se amolda à hipótese de prisão domiciliar concedida em habeas corpus coletivo pelo Supremo Tribunal Federal (HC n.º 143.641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018).*
>
> *4. Conforme a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, a indispensabilidade dos cuidados maternos para o filho menor de 12 (doze) anos é legalmente presumida.*
>
> *5. Ordem parcialmente concedida para determinar a imediata colocação da Paciente em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, mediante condições a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau.*
>
> (HC 476.790/RO, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019, grifei)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo para substituir a prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de deficientes sob sua guarda, no julgamento do HC n. 143.641/SP. Na ocasião, ressalvou os casos de crime praticado com violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, bem como situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas. Para fins de implementação do que foi decidido, determinou a comunicação aos Presidentes dos Tribunais pátrios, ao Departamento Penitenciário

(DEPEN), ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e também ressaltou a necessidade de os juízes responsáveis pelas audiências de custódia e aqueles competentes para julgamento de ações penais em que há mulheres presas preventivamente examinarem, de ofício, o cabimento da prisão segundo as diretrizes ali firmadas.

Ademais, 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).*

Em que pese ao ato apontado como coator pelo impetrante (HC n. 1405824-81.2019.8.12.0000) não tenha enfrentado o tema, ao argumento de tratar de reiteração de pedido, foi acostado aos autos o acórdão proferido no julgamento do *writ* anteriormente impetrado perante aquela Corte (HC n. 1403978-29.2019.8.12.0000). Na oportunidade, a substituição da prisão preventiva por domiciliar foi examinada e indeferida, por maioria, nos termos do voto condutor assim redigido (e-STJ fls. 112/114):

> *Trata-se de crime punido com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, observando-se o disposto no art. 313,1, do Código de Processo Penal.*
>
> *No que pertine à alegação de que a prisão preventiva deve ser convertida para a domiciliar, o art. 318, V, estabelece que o magistrado poderá conceder o benefício quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos*
>
> *No presente caso,* ***o fato de a paciente ser mãe de uma criança com menos de 12 (doze) anos de idade,*** *não possui o condão de substituir a prisão preventiva da acusada pela domiciliar, sendo*

> *necessário que o magistrado analise o caso concreto, de modo a preservar a proteção integral do menor, nos termos do art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.*
>
> *O Habeas Corpus Coletivo n° 143.641/SP foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual concedeu 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), enquanto perdurar tal condição.*
>
> *Contudo, em situações excepcionalíssimas, poderá ser denegado o benefício às mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, quando a decisão for devidamente fundamentada.*
>
> *No caso sub judice, observa-se que a paciente é reincidente pela pratica de tráfico de drogas, conforme certidão de antecedentes de p. 39-41.*
>
> *Sendo assim, não obstante a determinação do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n° 143.641/SP, deixo de substituir a prisão preventiva da paciente pela domiciliar por observar a excepcionalidade do caso, uma vez que não restou comprovada a imprescindibilidade da paciente nos cuidados para com seus filhos menores. Ademais, a paciente que reside na comarca de Corumbá foi presa transportando, em tese, entorpecente em um ônibus, para o Estado de Goiás, deixando, porém de cuidar dos filhos no referido período.*
>
> *Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *[...]*
>
> *Assim, persistindo o fumus comissi delicti e periculum libertatis, resta afastada a alegação de constrangimento ilegal.*
>
> *Ante o exposto, denego a ordem* (grifei).

Com base nos elementos trazidos nos autos, conclui-se que a paciente não é alcançada por nenhuma das exceções legais e jurisprudenciais, uma vez que não há notícia de emprego de violência ou de grave ameaça nem da prática do delito contra seus descendentes.

Ante o exposto, com fundamento no art. 210 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **indefiro liminarmente o *habeas corpus***.

Contudo, **concedo h*abeas corpus* de ofício** para **para conceder a substituição da prisão preventiva por domiciliar**, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, até o julgamento final deste *habeas corpus*, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares com base no art. 319 do CPP, a critério do Juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator