RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 107.482 - RN (2019/0009238-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	GUTILEIDE RACIARA DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO	:	MARCOS JOSÉ MARINHO JÚNIOR - RN004127
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com pedido de liminar interposto por GUTILEIDE RACIARA DA SILVA – presa pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 da Lei n. 11.343/2006 e 16 da Lei n. 10.826/2003 – contra acórdão do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Norte assim ementado (fl. 56):

> *CONSTITUCIONAL E EMENTA PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADA DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06 E ART. 16 DA LEI N.º 10.826/03. PRETENSÃO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 318 DO CPP. CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

Nas razões do presente recurso, a defesa alega que a recorrente é mãe de uma criança menor de 12 anos, condição que lhe assegura o direito à prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do CPP.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva da paciente pela domiciliar.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 113/114)

O Ministério Público Federal, previamente ouvido, manifestou-se pelo não provimento do presente recurso ordinário, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 154):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE QUE POSSUI DOIS FILHOS, SENDO UMA FILHA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ELENCADOS NO HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP, JULGADO PELO STF. PRECEDENTES DESSE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO

É o relatório. **Decido**.

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva ou o deferimento da prisão domiciliar em favor da recorrente, acusada dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e art. 16 da Lei n. 10.826/2003

Segundo consta dos autos, a paciente foi presa em flagrante por, supostamente, ter cometido tráfico de drogas e porte de arma, tendo em vista que além da droga em seu poder, de mais de um tipo, foram encontrados objetos comumente usados na traficância, uma arma de fogo e quantias em dinheiro, demonstrado claro envolvimento com atividade criminosa (e-STJ fl. 35).

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

Sobre o tema, o Colegiado 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 a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele *writ*, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional.

Em data recente, sobreveio a Lei n. 13.769/2018, de 9/12/2018, 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.*

Efetivamente, a novel legislação estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

Todavia, a normatização de apenas duas das exceções não afasta a efetividade do que foi decidido pelo Supremo no H*abeas Corpus* n. 143.641/SP, nos pontos não alcançados pela nova lei. 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. Assim, 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 ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

No caso, eis os motivos para a manutenção da prisão da paciente (e-STJ fls. 89/90):

> *"Nessa conjectura, volvendo o foco para o caso em deslinde, observo que restou devidamente comprovada a maternidade dc incapaz por parte da acusada.*
>
> *No entanto, em que pese a embargante ser mãe de uma filha menor de 12 (doze) anos, segundo a decisão que decretou a prisão preventiva (Id. 236436-fls. 09/16) e cópias do auto dc prisão cm flagrante (Id. 236436 - fls. 05/08), restou comprovado que, ela traficava drogas, no interior da residência em que vivia com sua prole.*
>
> *Além disso, após a prisão em flagrante da embargante e da sua irmã (Gutileide), os policiais seguirem a adolescente que estava na delegacia (possivelmente a sobrinha da acusada) c, no fundo do quintal da genitora da ré, foi encontrada uma quantidade considerável de entorpecentes (maconha e crack), apetrechos para o tráfico de drogas (um pedaço de papel com anotações do tráfico e dinheiro fracionado) c uma arma dc fogo (revólver calibre 38, com numeração raspada, acompanhada com 06 munições).*
>
> *Acresço, ainda, que a defesa não se logrou êxito em demonstrar a dependência absoluta da menor em relação à sua genitora.*
>
> *Sendo assim, com base na fundamentação acima delineada e considerando a excepcionalidade do caso concreto, considero não ser hipótese de aplicação do entendimento consubstanciado pelo HC n. 143.641, do STF, vez que o fato dc, pelo que indica as provas até então produzidas, a embargante realizar o tráfico em sua residência, compromete, indubitavelmente, o bom desenvolvimento de seus filhos, não sendo recomendável, por isso mesmo, a sua prisão domiciliar. A convivência desta com seus filhos pode ser, quiçá, mais prejudicial que a sua ausência, não se podendo olvidar que o que se está protegendo aqui c o melhor interesse da criança."*

Ora, se a paciente usava sua própria residência para praticar os crimes, entendo ser um evidente risco à integridade física e psíquica dos filhos menores, sendo, portanto, na minha compreensão, uma situação excepcionalíssima que impediria o deferimento do benefício postulado.

Todavia, o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP, examinando diversas pendências referentes ao acompanhamento do cumprimento da ordem do colegiado, em decisão proferida no dia 24/10/2018, concedeu a ordem para os casos similares ao ora

em exame. *In verbis*:

> ***Documentos eletrônicos 440, 544, 589 e 631**: **esclareço que o fato de a presa ser flagrada levando substâncias entorpecentes para estabelecimento prisional não é óbice à concessão da prisão domiciliar** e, em hipótese nenhuma, configura a situação de excepcionalidade a justificar a manutenção da custódia cautelar.*
>
> *Ademais, a concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do habeas corpus coletivo.*
>
> *Outrossim, não há razões para suspeitar que a mãe que trafica é indiferente ou irresponsável para o exercício da guarda dos filhos, nem para, por meio desta presunção, deixar de efetivar direitos garantidos na legislação nacional e supranacional.*
>
> ***Quanto aos casos concretos: concedo a ordem de ofício. Oficiem-se aos respectivos Juízos de origem, para as providências cabíveis.***
>
> ***Documentos eletrônicos 471 e 550**: **não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa**, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança.*
>
> *Efetivamente, a suspeita de que a presa poderá voltar a traficar caso retorne à sua residência não tem fundamento legal e tampouco pode servir de escusa para deixar de aplicar a legislação vigente, que protege a dignidade da mulher e da sua prole.*
>
> ***Quanto aos casos concretos: concedo a ordem de ofício. Oficiem-se aos respectivos Juízos de origem, para as providências cabíveis.***
>
> ***Documentos eletrônicos 510, 543 e 659**: circunstâncias tais como as de a acusada: (i) ter sido presa em flagrante sob acusação da prática do crime de tráfico; (ii) ter passagem pela vara da infância; e/ou (iii) não ter trabalho formal, não obstam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme constou da decisão concessiva da ordem.*

No caso, observa-se que a paciente é mãe de uma criança menor de 12 anos, os crimes pelos quais foi condenada não envolveram violência ou grave ameaça nem foram cometidos contra descendentes.

Além disso, em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, sobreveio sentença julgando procedente a denúncia e impondo a pena total de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 1 (um) dia de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto (Ação Penal n. 0114599-87.2018.8.20.0001).

Assim, diante do entendimento do Eminente Relator do mencionado precedente da Suprema Corte, mister autorizar a concessão de prisão domiciliar à recorrente.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FURTO QUALIFICADO. EXPLOSÃO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. DELITO PRATICADO NA RESIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. PACIENTE MÃE DE MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR.*
>
> ***1. Apresentada fundamentação idônea, evidenciada na referência à gravidade concreta, pois observadas as peculiaridade dos caso concreto, que envolve crime de repercussão (associação criminosa voltada à subtração de caixas eletrônicos por meio de explosivos), não há ilegalidade no decreto prisional.***
>
> *2. Não se tratando de crime praticado com violência ou grave ameaça ou contra os seus filhos e dependentes, o fato de a paciente ser mãe de criança com um pouco mais de 2 meses de idade justifica a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do decidido pelo Supremo Tribunal Federal - HC n. 143.641 -, assim priorizando o cuidado da criança, mas com a proteção social contra a reiteração, mesmo que o delito tenha sido praticado em sua residência, com a participação de adolescente.*

3. Habeas corpus concedido para a substituição da prisão preventiva da paciente EDUARDA MELARE RIBEIRO DOS SANTOS por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas cautelares diversas da prisão, por decisão fundamentada. (HC 490.302/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS E MUNIÇÕES. SUBSTITUIR POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE DUAS CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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).

2. No caso, a gravidade da conduta está demonstrada, pois a decisão que impôs a prisão preventiva fez referência à gravidade concreta da conduta imputada à paciente, uma vez que foram apreendidos 66g (sessenta e seis gramas) de crack, 264g (duzentos e sessenta e quatro gramas) de maconha e 4 munições calibre .38. Dessarte, está evidenciada a sua periculosidade e a necessidade de restrição como forma de acautelar a ordem pública.

3. Ademais, a negativa da substituição da prisão preventiva por domiciliar lastreou-se no fato de o ilícito de tráfico de drogas ter sido perpetrado na própria residência da paciente e dos seus filhos, conforme entendimento esposado por esta Corte.

4. Entretanto, em decisão de acompanhamento da ordem concedida no bojo do HC n. 143.641/SP pelo Ministro relator do caso no Supremo Tribunal Federal, há expressa afirmação de que "não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa" (HC n. 143641, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 24/10/2018, DJe 26/10/2018).

5. Na mesma linha a manifestação do Subprocurador-Geral da República, para quem "o crime a ela imputado (tráfico de

entorpecentes) não foi cometido mediante violência ou grave ameaça, nem, obviamente, contra seus descendentes ou em situação excepcionalíssima, conforme se infere dos autos".

6. Ordem concedida para, na linha da manifestação do Parquet e confirmando a liminar deferida, substituir a prisão preventiva por domiciliar. (HC 487.123/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. NOS TERMOS DO HC COLETIVO N.º 143.641 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública não se mostra desarrazoada ou ilegal, tendo sido amparada, sobretudo, na gravidade concreta da conduta, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas (2,270kg de maconha, 175g de cocaína e 160g de crack) e munições apreendidas na residência da Paciente.

2. O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.

3. No caso, embora o Tribunal de origem tenha ressaltado que o crime de tráfico de drogas era praticado na própria residência da Paciente, esclareceu a Suprema Corte, em 24/10/2018, que "não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa, porque não é justo nem legítimo penalizar a presa e aos que dela dependem por eventual deficiência na capacidade de fiscalização das forças de segurança"

4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a imediata colocação da Paciente em prisão domiciliar, podendo, ainda, a prisão preventiva ser novamente decretada em caso de descumprimento da referida medida ou de superveniência de

fatos novos. (HC 478.319/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 28/02/2019)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR DOMICILIAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o art. 318 do CPP passou a permitir ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

2. Em 20/2/2018, nos autos do HC 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 9/10/2018), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de: a) crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, b) crimes praticados contra seus descendentes ou c) situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas.

3. Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi editada, em 20/12/2018, a Lei n. 13.769, que legislou pela substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante 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.

4. Na espécie, em cumprimento à determinação do Supremo Tribunal Federal, em observância ao disposto no art. 318-A do CPP, diante das peculiaridades do caso concreto e tendo como prioridade absoluta os direitos da criança, recomenda-se o cumprimento da custódia cautelar em prisão domiciliar, pois a paciente é primária, sem antecedentes criminais, foi flagrada em eventual prática de delito sem violência ou grave ameaça - tráfico de drogas -, e possui uma filha de 4 anos de idade.

5. Ressalte-se que, "[...] em decisão de acompanhamento da ordem concedida no bojo do HC n. 143.641/SP pelo Ministro relator do caso no Supremo Tribunal Federal, há expressa afirmação de que 'não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa' (HC n. 143641, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 24/10/2018, DJe 26/10/2018)." (HC 487.123/RS, Rel. Ministro

> ***ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019, grifou-se).***
>
> *6. Agravo regimental desprovido*. (AgRg no HC 494.641/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, *c*, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus.*

Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator