

**HABEAS CORPUS Nº 486.490 - SP (2018/0345534-3)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RODRIGO FERREIRA DOS SANTOS RUIZ CALEJON -**  
**SP292134**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : NAYARA STEPHANY VIEIRA DOS SANTOS (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio e com pedido de liminar impetrado em favor de **NAYARA STEPHANY VIEIRA DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A paciente foi presa preventivamente, em 17/2/2016, tendo sido condenada em primeira instância pela suposta prática do crime previsto nos arts. 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40 da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, cuja ordem foi denegada nos termos da seguinte ementa:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus nº 2124150-92.2018.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é paciente NAYARA STEPHANY VIEIRA DOS SANTOS e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: 'Denegaram a ordem. V. U.', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.” (e-STJ, fl. 94).

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante que além de inexistirem elementos concretos para a decretação da prisão preventiva, a paciente possui uma filha de 3 anos, devendo ser agraciada com prisão domiciliar, nos termos do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal e HC 143.641/SP do STF.

Aduz ainda que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça, não possui condenação definitiva, configurando a prisão, indevido cerceamento do direito à liberdade de locomoção.

Requer seja concedida liminar para fazer obstar a prisão preventiva e, no mérito, confirmação da liminar pelo fato de a paciente ser mãe de menina de 3 anos, expedindo-se imediatamente o alvará de soltura, a fim de que seja posta em liberdade.

O pedido de liminar foi deferido (e-STJ, fls. 127-130).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela não concessão do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 196-202).

**É o relatório.**

Decido.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

A prisão preventiva, consoante disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso dos autos, verifica-se que a decisão do Juízo singular, que decretou a prisão preventiva da paciente com fundamento na garantia da ordem pública, restou mantida pelo Tribunal de origem em acórdão assim fundamentado:

" Neste aspecto, não se desconhece o teor da decisão proferida pelo STF, no Habeas Corpus coletivo, de n. 143.641/SP, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todos as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes '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', ressaltando, ainda, que, em caso de reincidência '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'. Mencionou-se, por fim que, 'caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará'. E a hipótese dos autos trata justamente de uma destas 'situações excepcionalíssimas', conforme já ressaltado (a paciente condenada pela prática de delitos de extrema gravidade, um deles, aliás, de natureza hedionda. Ao que tudo indica, sempre em tese, dedicava-se às atividades criminosas e teria dado continuidade à traficância, após a prisão do marido). Não é preciso mais para se concluir que tal ambiente não me parece o apropriado, desejado e nem saudável ao convívio de crianças menores de 12 anos de idade."

Na hipótese, verifica-se que a custódia provisória foi suficientemente motivada para garantia da ordem pública, tendo em vista o envolvimento da paciente juntamente com Alef William dos Santos (marido e pai da filha menor) em organização criminosa voltada ao narcotráfico. Consta ainda, condenação da paciente pelo tráfico de 28kg de pasta base de cocaína, pois, após a prisão do esposo, ela quem teria assumido a função dele na organização.

Tais circunstâncias justificaram o encarceramento cautelar da paciente. Consoante pacífico entendimento do STJ no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

Sobre o tema, vejam-se os seguintes precedentes:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. DIVERSIDADE E QUANTIDADE DAS DROGAS CAPTURADAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. EXCESSO DE

PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 52/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. RECLAMO, EM PARTE, CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. Não há constrangimento quando a manutenção da custódia preventiva está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, diante das circunstâncias em que ocorrido o delito, indicativas de dedicação ao comércio ilícito de drogas.

[...]

3. A diversidade - maconha, cocaína e crack -, a quantidade de entorpecentes apreendidos e a natureza altamente danosa das duas últimas substâncias citadas, são fatores que, somados às circunstâncias do flagrante, - surpreendido, juntamente com um terceiro, durante abordagem policial trazendo consigo, o referido material tóxico supracitado, além de certa quantia em dinheiro, são fatores que indicam envolvimento maior do agente com a narcotraficância, autorizando a preventiva.

4. Recurso ordinário, em parte, conhecido e, na extensão, desprovido." (RHC 85.287/PI, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta da conduta e a maior periculosidade do paciente, evidenciada pela variedade e quantidade da drogas apreendidas, pela natureza altamente deletéria de dois dos estupefacientes - 410 pedras de crack, perfazendo 205 gramas, 44,71 gramas de cocaína, divididos em 26 porções e 9,9 gramas de maconha -, bem como pela forma de acondicionamento dos entorpecentes - em porções individuais, prontas para comercialização -, recomendando-se, portanto, a custódia cautelar para garantia da ordem pública.

3. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

4. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

Habeas corpus não conhecido." (HC 395.496/SP, rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 27/6/2017, DJe 1º/8/2017).

Contudo, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade na decisão impugnada de modo a justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o art. 318 do Código de Processo Penal 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".

Em 20/2/2018, nos autos do HC n. 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo 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), relacionadas neste 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."

*In casu*, o pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar foi indeferido ao fundamento de que "verifica-se dos autos que se trata de sentenciada já condenada por delito classificado como hediondo, inviabilizando assim o acolhimento da presente postulação, pois a teor do disposto no artigo 318, inciso V, do Código Penal, apenas a prisão preventiva pode ser substituída pela domiciliar, não a decorrente de sentença condenatória, como na espécie. Acrescente-se que também não se trata da hipótese permissiva prevista no HC coletivo n. 143.641, uma vez que este tratou especificamente de mulheres presas preventivamente, ou seja, que ainda aguardam julgamento. Em face do exposto e pelo que mais dos autos consta INDEFIRO o pedido ora formulado" (e-STJ, fl. 53).

O Ministro relator do HC n. 143.641/SP, Ricardo Lewandowski, em 24/10/2018, esclareceu:

"[...] 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."

Posteriormente, em 20/12/2018, foi publicada a Lei n. 13.769, que incluiu os arts. 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal com a seguinte redação:

"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."

Assim, 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 3 anos de idade.

Sobre o tema, vejam-se os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MULHER PRESA. FILHOS DA PACIENTE COM 5 E 3 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143641/SP (STF) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. 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.

4. 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).

5. 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).

6. 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 nº 143641/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 excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

7. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, a paciente comprova ser mãe de uma menina de 05 anos de idade e dois meninos gêmeos de 03 anos de idade, 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 preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ.

8. Ademais, verifica-se que a paciente é primária e não há indicativo de que esteja associada com organizações criminosas, circunstâncias que reforçam a possibilidade de atenuação da situação prisional da acusada.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo *a quo*." (HC 430.212/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 15/3/2018, DJe 23/3/2018).

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 318, V, DO CPP. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. RECURSO PROVIDO.

1. A nova redação do art. 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo.

2. Quando a presença de mulher for imprescindível para os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do carcer ad

custodiam pela prisão domiciliar, legando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.

3. *In casu*, muito embora o aresto combatido tenha destacado a gravidade concreta dos fatos delituosos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida (550 gramas de crack), não me parece tratar-se de 'situação excepcionalíssima' a ponto de justificar a mitigação da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, valendo ressaltar que a recorrente é mãe de cinco filhos, três deles menores de 12 anos de idade (4, 9 e 11 anos) e, portanto, imprescindível aos cuidados dos menores - notadamente diante da informação de que o pai deles estaria preso -, sendo indiscutível a importância da presença materna para o bem estar físico e psicológico da criança, mormente quando em idade tenra.

4. Imperioso, pois, garantir o direito das crianças, mesmo que para tanto seja necessário afastar o poder de cautela processual à disposição da persecução penal, sendo aplicável o art. 318, V, do Código de Processo Penal de maneira a permitir que a paciente permaneça em prisão domiciliar a fim de garantir o cuidado de seus filhos menores.

5. Cumprimento do quanto determinado no julgamento do habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou assentado o entendimento de que seja determinada 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. 2.º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estatuais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus desdentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Extensão da 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 no parágrafo acima.

6. Recurso provido, confirmando a liminar outrora deferida, para substituir a custódia preventiva da recorrente pela domiciliar, nos termos do art. 318, V, do Código de Processo Penal, ficando a cargo do juízo singular a fiscalização e o estabelecimento de condições para o cumprimento do benefício, inclusive a fixação de outras medidas cautelares diversas da prisão, com a advertência de que a eventual desobediência das condições da custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição cautelar." (RHC 90.943/PE, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 20/3/2018, DJe 27/3/2018).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem de ofício para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão

preventiva decretada por prisão domiciliar, salvo, se por outro motivo estiver presa, podendo ainda a prisão ser novamente decretada em razão da superveniência de fatos novos.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de primeira instância

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

