**HABEAS CORPUS Nº 516.040 - SP (2019/0173639-8)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>LAURA NAVES FILISBINO - SP301676 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | GILZANIA ANDRADE SILVA (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública, em benefício de GILZANIA ANDRADE SILVA – presa preventivamente em 27/7/2019 pela suposta prática da conduta tipificada no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 – contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (HC n. 2088950-87.2019.8.26.0000).

Extrai-se dos autos, que a paciente foi presa em flagrante na posse de 45 porções de maconha (peso 75,1g), 10 porções de cocaína (peso 3,1g), além da quantia de R$ 40,00 (quarenta reais).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte estadual alegando ausência de fundamentação idônea do decreto prisional e asseverando ser a paciente mãe de uma criança menor de 12 anos que necessita de seus cuidados. O Tribunal, contudo, denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 29):

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CABIMENTO. GENITORA DE QUATRO CRIANÇAS, TRÊS SOB A RESPONSABILIDADE DA AVÓ PATERNA E UM BEBÊ DO SEGUNDO CASAMENTO. INÚMERAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. INCONTESTE DESCASO DA AGENTE PARA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BEM COMO PARA COM A MATERNIDADE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.*

No presente *writ*, a defesa alega estarem ausentes, *in casu*, os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Afirma, também que *"A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, tendo em vista sua política de atendimento voltada às mães em cárcere, recebeu documentos que revelam que a paciente que é mãe de 3 crianças: MARCOS LUIS ANDRADE DE ALMEIDA, nascido aos 25/02/2009, ou seja, atualmente com 10 anos de idade. Ademais, no atendimento do projeto "Mães em Cárcere" declinou a existência ainda de mais dois filhos menores de 12 anos (documentação anexa)"* (e-STJ fl. 4).

Por fim, alega o excesso de prazo na formação da culpa, informando que a paciente se encontra presa preventivamente há mais de nove meses.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a substituição da prisão preventiva por prisão albergue domiciliar, nos termos da norma processual penal.

É o relatório. **Decido**.

A liminar em recurso ordinário em *habeas corpus*, bem como 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 na impetração.

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

Assim se manifestou o Tribunal impetrado ao denegar a ordem (e-STJ fls. 194/ 203 *grifei*):

> *(...)A Ordem deve ser denegada.*
>
> *Isto porque: 1. a Paciente foi presa em flagrante e denunciada como incursa no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 porque, de acordo com a situação fática: a. em 23.07.2018, no município de São Paulo, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina, em lugar conhecido como de prática de tráfico de drogas, visualizaram a Paciente parada no centro de uma praça com um saco preto em sua mão; b. ao verificar a*

*presença de policiais, começou a correr em direção a um buraco que se encontrava na praça e jogou o saco dentro, sendo, em seguida, captura e detida; c. examinaram o saco, sendo encontrados 45 porções de maconha, 10 pinos de cocaína e R$ 40,00 em dinheiro; d. o auto de constatação preliminar de substâncias entorpecentes corroborou serem de cocaína (massa de 03,10 gramas) e maconha (massa de 75,10 gramas) as substâncias apreendidas (fls.33/35); 2. trata- se de crime equiparado a hediondo, e, posto que permita o sistema legal, em tese, a concessão do benefício da soltura, deve ele se restringir às hipóteses excepcionais e quando demonstrados, com suficiência, seus requisitos;*

*(...)6. além disso, a decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva (fls.87/90), está fundamentada em termos regulares, não merecendo qualquer reparo, destacando: "trata-se, na hipótese, da apreensão de 45 porções de maconha (75,1g), 10 porções de cocaína (3,1g), além da quantia de R$40,00." (fls.88); 7. não se deve confundir fundamentação concisa com falta de fundamentação, sendo a concisão uma qualidade e não um defeito; 8. eventuais condições pessoais da Paciente como residência fixa -, ainda que favoráveis: a. não garantem, por si sós, o direito à liberdade, devendo-se observar, para tanto, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal; b. não elidem a necessidade da mantença da custódia cautelar diante de crime bárbaro e de consequências funestas, sabido que, em situações tais, a aplicação de medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal não é suficiente para a necessária mantença da paz pública; 9. a quantidade de droga encontrada (repetindo: 45 porções de maconha, pesando o 75,10 gramas, e 10 porções de cocaína, pesando 03,10 gramas) é abundante, considerando que também foi apreendido numerário indicativo do espúrio comércio (R$ 40,00 em dinheiro);* ***10. mesmo com o advento da Lei n° 13.769, de 19.12.2018 (de constitucionalidade, finalidade e moralidade duvidosas!), alterando as regras da prisão domiciliar, estabelecidas no artigo 318 do Código de Processo Penal, a concessão da prisão domiciliar não é obrigatória e automática (não se trata de direito subjetivo do agente criminoso preso!), pois: a. a orientação original, dada pelo Supremo Tribunal Federal em situação nunca vista (HC n° 143.641-SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. em 20.02.2018), cujo comando é para os casos passados e não para os casos futuros, já fazia ressalva à não concessão da benesse em situações especiais; que pese o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal STF no julgamento do Habeas Corpus Coletivo n. 143641/SP, no qual concedeu a ordem às presas preventivamente, mães de crianças, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente***

***ECA, entendo não ser adequada a aplicação do precedente ao caso concreto. A ordem emanada comporta três situações de b. já sob vigência das novas regras, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a existência de excepcionalidade vedante da prisão domiciliar (AgRg no Habeas Corpus n° 426.526-RJ, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., j. em 12.02.2019): "Em exceção à sua abrangência, previstas no voto condutor do acórdão, quais sejam: a) crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, b) delitos perpetrados contra os descendentes ou c) em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas. Assim, é certo que da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína). Saliente-se que a paciente mantinha o funcionamento da "boca de fumo" ligada ao Comando Vermelho. Tais fatos justificam o afastamento da incidência da benesse"; c. a situação concreta, que é justamente aquela exceção vedante, não permite a concessão porque: c.1. a simples alegação de possuir filho menor, necessitando de seus cuidados, não permite, por si só, a concessão da benesse, mas o contrário, mostra, a princípio, seu despreparo como mãe, justificando que não fique a criança à mercê de p essoa talhada para o crime; c.2. não basta o preenchimento das condições objetivas, previstas nos artigos 318 e 318-A, ambos do Código de Processo Penal, devendo o Juiz analisar também o preenchimento do requisito subjetivo para só então decidir pela concessão ou não do benefício, já que a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz e não direito subjetivo do preso, conforme revela a própria dicção "poderá". Caso assim não fosse, seria assegurado a praticamente toda pessoa com prole, nessa idade indicada na previsão legal, o direito automático de permanecer sob prisão domiciliar, o que por óbvio não é o intuito da lei, pena de se instituir "salvo conduto" automático para a prática de crimes por mulheres nessa situação; c.3. importante, neste sentido, a compreensão de que a previsão do artigo 318 não comporta aplicação absoluta, devendo ocorrer quando a análise da situação fática demonstrar que o filho, menor de 12 (doze) anos, ficará desamparado se a mãe não for beneficiada com a prisão domiciliar, o que aqui não ocorre (aliás, melhor não estar junto à mãe que é acusada de crime gravíssimo).***

*(...)c.**5. deve, então, familiar ou pessoa próxima colaborar com os cuidados do filho da Paciente, bem como deve o magistrado***

> ***levar em conta a natureza do crime e a perigosidade da agente, de forma que a manutenção da prisão cautelar aqui se revela a única medida apta a resguardar não só a ordem pública, como também a própria integridade do menor; c.6. é necessária a demonstração inequívoca da indispensabilidade da genitora aos cuidados do filho, e nada foi demonstrado nesse sentido;*** *11. no que se refere ao excesso de prazo para formação da culpa, segundo informações prestadas pela Autoridade Coatora, a prisão em flagrante ocorreu em 22.07.2018, sendo convertida em preventiva no dia 23.07.2018, a denúncia foi oferecida pelo Ministério Público em 20.08.2018, e, após o decurso procedimental preparatório (defesa prévia e recebimento da denúncia), a audiência de instrução e julgamento foi designada para 22.04.2019, mas, diante da ausência de testemunhas, nova data foi designada para o dia 03.06.2019, às 14h30; 12. não se visualiza demora exorbitante a justificar a Ordem, mas o contrário, pois os procedimentos adotados seguem seu curso normal, e o tempo despendido não é de ser imputado à Autoridade Coatora; 13.*
>
> *a custódia cautelar da Paciente se deu de forma fundamentada, assim como o indeferimento de sua soltura; 14. a alegação de excesso de prazo para encerramento da instrução não é, por si só, suficiente para a sua soltura, principalmente quando demonstrada a inexistência de responsabilidade do Poder Judiciário por eventual demora;*

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. Desta forma, 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.

Porém, a separação excepcionalíssima da mãe de seu filho, com a decretação da prisão preventiva, somente pode ocorrer quando violar direitos do menor ou do deficiente, tendo em vista a força normativa da nova norma que regula o tema – Lei n. 13.769/2018, que inseriu os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.

No particular, a certidão de nascimento do filho da paciente,

colacionadas aos autos (e-STJ fl. 130), comprova que ela é realmente mãe de uma criança menor de 12 anos de idade. E em que pese a gravidade do crime que resultou na sua prisão preventiva, a apreensão de drogas (45 porções de maconha, pesando 75,1g; 10 porções de cocaína, pesando 3,1g e a quantia de R$ 40,00) não obsta o deferimento do benefício permitindo o retorno da paciente ao convívio com seu filho menor.

Assim, **a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho menor de 12 anos,** mister substituir a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 691/STF. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE.* ***TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. EVITAR REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PACIENTE COM 4 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO N° 143.641/SP (STF). PARECER FAVORÁVEL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão que indefere o pedido liminar (Súmula n. 691 do STF). No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
>
> *2. A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente está fundamentada na gravidade concreta do delito e necessidade de garantia da ordem pública (evitar reiteração delitiva), destacando-se a forma de fracionamento da substância entorpecente apreendida (105 porções de maconha - 71g), com tentativa de ingresso em estabelecimento prisional (onde seu marido está segregado); e dados da sua vida pregressa, notadamente por possuir condenação pretérita pela prática de delito da mesma espécie - associação para o tráfico. Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.*

*3. 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. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). 4. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos 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).*

*5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei n. 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 20/2/2018, 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.*

*6. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, 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, 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.*

*7. Na hipótese dos autos, o crime, em tese, praticado pela paciente (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça, e ela comprova ser mãe de 4 (quatro) filhos menores de 12 anos, o que preenche os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B do Código de Processo Penal. Não há excepcionalidade que afaste a domiciliar pretendida. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.*

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau.* (HC 493.704/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 08/04/2019)

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PLEITEADA NO MANDAMUS ORIGINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ENUNCIADO SUMULAR N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ENCARCERAMENTO FUNDADO NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE 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. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Não é cabível o ajuizamento de habeas corpus contra indeferimento de pedido de liminar na origem, nos termos do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, salvo quando flagrante a ilegalidade ou a teratologia da decisão singular.*

*2. 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.*
>
> *3. No caso, a quantidade de material tóxico apreendido com a paciente e a natureza altamente deletéria de parte deles são fatores que, somados às circunstâncias do flagrante - em que a acusada foi surpreendida em revista íntima, quando tentava ingressar com os entorpecentes, juntamente com sua filha de colo, em estabelecimento prisional para entregá-lo ao seu companheiro que ali se encontra interno -, revelam maior envolvimento com a narcotraficância, autorizando a prisão preventiva.*
>
> *4. 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.*
>
> *5. Na espécie, necessário o imediato cumprimento da decisão emanada do Pretório Excelso, uma vez que a paciente, mãe de uma criança menor de 12 anos de idade, é primária e responde por crime praticado sem violência ou grave ameaça.*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, conformando a liminar anteriormente concedida, substituir a segregação preventiva pela prisão domiciliar, prevista no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal.* (HC 442.990/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

Ante o exposto, **defiro** a liminar para substituir a prisão preventiva de GILZANA ANDRADE SILVA pela prisão domiciliar, até o julgamento do presente *habeas corpus*, ressalvada a aplicação adicional de medidas cautelares pelo Juízo de primeiro grau.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Solicitem-se informações ao Juízo de primeiro grau, inclusive o envio da senha para acesso aos dados 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.

Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator