

HABEAS CORPUS Nº 537.255 - SP (2019/0297090-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **RAFAELLA DA SILVA PADUA CRUZ**
ADVOGADO : **RAFAELLA DA SILVA PADUA CRUZ - SP359573**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **FABIANE GONCALVES (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FABIANE GONCALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante (convertida a custódia em prisão preventiva) pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 43):

HABEAS CORPUS Tráfico ilícito de drogas Liberdade provisória ou conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar Crime com pena máxima superior a 04 anos - Inteligência do artigo 313, I do CPP Necessidade de garantia da ordem pública e impedir reiteração criminosa Impossibilidade de aplicação de quaisquer das medidas cautelares diversas do cárcere (artigo 319 do mesmo Diploma Legal) Decisão de primeira instância bem fundamentada - Paciente possui filha de catorze anos e está grávida - Pedido de prisão domiciliar sustentado em recente decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo 143.641-SP Constrangimento ilegal não verificado Requisitos do benefício liberatório não preenchidos, sendo necessária a manutenção da prisão, notadamente diante da possibilidade de reiteração criminosa, o que colocaria o nascituro em ambiente pernicioso Decisão de primeira instância bem fundamentada Ordem denegada.

Na presente oportunidade, a impetrante argumenta, em síntese, que a paciente é mãe de uma adolescente de 14 anos de idade, sendo a única

responsável pela menor, já que o genitor é falecido, além de estar grávida de 7 meses, fazendo jus, portanto, à substituição da custódia por prisão domiciliar, nos termos da lei processual penal e do entendimento acerca do tema, vigente no STF.

Acrescenta que a paciente é primária e possui residência fixa, sempre trabalhando e prestando serviços como diarista, não se ignorando, ademais, a possibilidade de substituição da prisão por medidas cautelares menos gravosas.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

O pleito urgente foi deferido (e-STJ fls. 52/61).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 67/71), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela não concessão da ordem (e-STJ fls. 110/114).

É o relatório. **Decido.**

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício. Nesse sentido, os precedentes: STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014; STJ, HC n. 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; STJ, HC n. 276.809/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 6/5/2014, DJe 12/5/2014.

Assim, embora o presente *habeas corpus* não possa ser conhecido, em respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e para prestigiar a finalidade do remédio constitucional, passo à análise da prisão cautelar da paciente, a fim de verificar se é o caso de flagrante constrangimento ilegal hábil a justificar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal de Justiça.

A questão jurídica limita-se a verificar se é possível, no caso vertente, a substituição da segregação cautelar pela prisão domiciliar.

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 *Habeas 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.

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.

Pois bem.

No particular, os documentos colacionados aos autos (e-STJ fls. 23/25) comprovam que a paciente encontra-se grávida, no 7º mês de gestação, além de possuir uma filha de 14 anos de idade, cujo pai é dado como falecido (e-STJ fl. 25).

Além disso, afere-se que **o indeferimento do pedido de prisão domiciliar** (e-STJ fls. 42/49) **não foi fundamentado em circunstâncias excepcionais**, pelo Tribunal local, consoante determinou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC coletivo n. 143.641/SP, para as hipóteses de denegação do benefício.

Nesse contexto, tendo em vista que o crime a ela imputado

(**tráfico de drogas**) não envolveu violência ou grave ameaça, é legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, substituir (ao menos por ora) a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque nos arts. 318, IV e 318-A, I e II, do Código de Processo Penal.

Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias. A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA N. 691/STF. SUPERAÇÃO. JULGAMENTO SUPERVENIENTE DO MÉRITO DO WRIT ORIGINARIAMENTE IMPETRADO. PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA INADEQUADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO CONSTRITIVO. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR DO ART. 318, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACIENTE GRÁVIDA. ATENDIMENTO À ORDEM JUDICIAL EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Não há ilegalidade na ordenação e na manutenção da prisão preventiva quando fundada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública. 6. 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.

7. Não obstante a reconhecida gravidade do crime examinado, não se fazem presentes as exceções descritas na decisão da Suprema Corte, e tal circunstância, aliada à condição gestacional da paciente, que inspira cuidados especiais, com sério e alto risco à sua saúde e, especialmente, da criança, recomendam o deferimento da prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso IV, do Código de Processo Penal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva pela domiciliar, prevista no art. 318, inciso IV, do Código de Processo Penal.

(HC 487.126/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 23/04/2019)

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MULHER GRÁVIDA E MÃE DE UMA CRIANÇA DE POUCO MAIS DE 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, 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, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente.

2. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, sobretudo à razoável quantidade de droga apreendida, não podendo ser considerada nula por fundamentação inidônea.

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 143.641/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 excepcionalíssimas, 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 estar grávida e ser mãe de uma menina de pouco mais de 2 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. 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 426.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 2/4/2018, grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

*III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente a quantidade, diversidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (quatro tijolos e um saquinho plástico - "bucha" (verbis) - contendo **maconha, com peso líquido de 2.659,2g, e 27 invólucros plásticos contendo cocaína, na forma de crack, pesando 3,7g**), a indicar um maior desvalor da conduta em tese perpetrada e*

tornando necessária a imposição da medida extrema (precedentes).

IV - Quanto a alegação de que "se vier a ser condenado pelo delito em testilha afirmação que se faz tão-somente para argumentar e muito provável que lhe seja fixado o regime diverso do fechado para o cumprimento da reprimenda eventualmente infligida", deve-se ressaltar, que não se presta a via do habeas corpus para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados.

V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, 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, contra seus descendentes.

VI - Na hipótese, depreende-se que as condutas em tese perpetradas não foram cometidas mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui filhos menor de 12 anos de idade, preenchendo portanto os requisitos elencados no habeas corpus coletivo, n. 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

VII - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para substituir a prisão preventiva da paciente GISELE DE JESUS RIBEIRO, 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 403.030/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 9/5/2018)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional.

2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.

3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

(HC 362.922/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017, grifo nosso).

Assim sendo, mister autorizar a substituição provisória da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, com espeque nos arts. 318, IV, e

Superior Tribunal de Justiça

318-A, I e II, ambos do Código de Processo Penal, com alicerce no Preâmbulo e no art. 3º da CF/88.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a medida liminar, conceder a prisão domiciliar a FABIANE GONÇALVES, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares alternativas, notadamente o uso de tornozeleira eletrônica, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator