

**HABEAS CORPUS Nº 541.274 - SP (2019/0316836-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : LUIZ FERNANDO DO AMARAL CAMPOS CUNHA  
**ADVOGADO** : LUIZ FERNANDO DO AMARAL CAMPOS CUNHA -  
SP312650  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUANE SIDERI (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUANE SIDERI em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 16):

Habeas corpus Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico Agente surpreendida em operação de investigação de tráfico que apreendeu 87 porções de crack, 1432 porções de cocaína e 01 porção de maconha Critérios a serem empregados na análise dos pressupostos da prisão preventiva É certo que o STF já reconheceu não ser concebível eventual denegação de liberdade lastrada apenas na gravidade abstrata da conduta daquele que é criminalmente investigado.

Ao decidir sobre sua eventual liberação, o Magistrado deve, com efeito, considerar, sempre, não apenas a natureza da infração, como também as circunstâncias nas quais os fatos teriam ocorrido e as condições pessoais do suposto agente.

Em se cuidando de crime de tráfico de entorpecentes, a avaliação deve, assim, abranger não apenas a variedade da substância apreendida, como sua espécie, sua quantidade, a forma como estava acondicionada, além de toda a dinâmica dos fatos e o histórico do averiguado.

Ainda que a apreensão seja referente a pequena porção de entorpecente, será sempre recomendável que aludida análise seja efetuada com maior rigor e especial cautela pelo Juiz, nas hipóteses em que a prática tenha se dado mediante concurso com outros crimes graves, tais como a associação para o tráfico, de modo a restarem efetivamente assegurados a manutenção da ordem pública, o bom andamento da instrução criminal, bem como a aplicação da lei penal.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 29/6/2019 e teve sua prisão convertida em preventiva no dia 30/6/2019, sendo denunciada pela prática do crime descrito no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, VI, e art. 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006, e no art. 244-B do ECA, em concurso material de infrações.

Sustenta o impetrante, em síntese, que a paciente faz jus à prisão domiciliar, pois ostenta os requisitos elencados no HC 143.641/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo genitora de uma criança menor de 12 anos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para converter a prisão preventiva em domiciliar.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

Manifestou-se o Ministério Público Federal para *substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar*.

Na origem, o processo n. 1501030-81.2019.8.26.0599 consta, em despacho datado de 19/11/2019, que houve a designação de novo advogado para a defesa da paciente com o compromisso de apresentar a defesa preliminar, conforme informações processuais eletrônicas do *site* do Tribunal *a quo* consultadas em 27/11/2019.

É o relatório.

DECIDO.

Não obstante a excepcionalidade que é a privação cautelar da liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de legalidade a medida extrema quando baseada em elementos concretos, nos termos do art. 312 do CPP.

Relativamente à pretensão defensiva de substituição da prisão preventiva por custódia domiciliar, assim constou do acórdão vergastado (fls. 19/27):

Não se cogitar, ainda, de concessão de prisão domiciliar à ora paciente porque não se cogita de cumprimento à determinação contida no habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, eis que se cuida de flagrante ocorrido posteriormente à mencionada decisão do Pretório Excelso assim ementada:

[...]

Esse decisum deve certamente ser observado, mas a título de jurisprudência, eis que seu cumprimento obrigatório em casos futuros seria possível apenas se a concessão tivesse ocorrido na forma de salvo-conduto a toda e qualquer mulher que viesse a cometer crimes estando grávida ou possuindo filho com até 12 anos incompletos sob os seus cuidados. Mencionada ponderação é feita apenas ad argumentandum tantum, uma vez não ser concebível concessão de ordem de habeas corpus preventivo a esse conjunto indeterminado de pessoas, mesmo porque tal equivaleria a verdadeiro “bill de indenidade” às mulheres em tais situações, para delinquirem sem correrem o risco de serem presas preventivamente.

Alega a impetrante que exerce a guarda unilateral de seu filho Guilherme, auxiliando, ainda, sua genitora nos cuidados com sua irmã Melyssa. Tal alegação não restou, contudo, comprovada nos documentos anexados pela Defesa.

Na hipótese dos autos, não constam, portanto, quaisquer documentos comprobatórios de tal situação, mas tão somente meras declarações unilaterais por parte da interessada e de sua genitora.

Impossível, assim, saber se a ora paciente se enquadra efetivamente, ou não, nas hipóteses mencionadas no Ven. Acórdão, mesmo porque não basta alegar a condição de gestante ou de mãe, devendo ser realizada prova neste sentido.

Deveria, no presente caso, ter sido produzida prova nos autos, encartando-se elementos de convicção, demonstrando que eventuais filhos menores de 12 anos da paciente estariam, anteriormente à sua prisão, sob seus cuidados, e não sob os de terceiros.

Na hipótese dos autos, não constam, contudo, quaisquer documentos comprobatórios de tal situação.

A presente ação constitucional não veio, assim, minimamente instruída com os documentos fundamentais comprobatórios de filiação e dependência, essenciais à análise sobre a ocorrência do suposto constrangimento ilegal em tese sofrido pela impetrante/paciente, face o decidido pelo Col. Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista, portanto, que a impetração não veio instruída com a necessária prova pré-constituída que poderia demonstrar à evidência o constrangimento ilegal em tese suportado pela impetrante/paciente, o writ deveria ser liminarmente indeferido.

É certo que, ao longo da análise elaborada pelo Relator de mencionado Acórdão do Pretório Excelso, foi observado que o Judiciário deveria “confiar na palavra da mulher custodiada”, e que, em havendo dúvida razoável a respeito do alegado, deveria ser procedida a diligência averiguatória.

**Ressalte-se, contudo, que a paciente já morava no momento da prisão com sua genitora, tendo ficado o menor aos cuidados da avó com a qual já convivia.**

**Conforme exposto pela autoridade apontada como coatora, na decisão que indeferiu o pleito de concessão de prisão domiciliar, às fls. 57/58:**

A presunção de que a genitora exerce os cuidados do filho, trata-se de hipótese relativa, que deve ser comprovada nos autos.

No presente caso, não há prova segura de que a postulante exerça o cuidado direto de seu filho, existindo, inclusive, a informação de que a avó materna reside no mesmo ambiente familiar, dispensando, assim, os cuidados com o menor, sendo, inclusive, a atual responsável.

**Acrescentou, ainda, às fls. 58, que**

**Na hipótese sub judice, como bem observado pelo representante do Ministério Público, o contexto fático apresentado mostra que, tomando por base o princípio da primazia dos direitos da criança, a liberdade da postulante pode até mesmo interferir negativamente no sadio desenvolvimento do menor. Isso porque, ao que se extrai dos autos, a situação flagrancial ocorreu em ambiente doméstico, no domicílio da denunciada, onde estaria a exercer a mercancia ilícita (grifo nosso).**

No caso concreto, está-se, assim, diante de situação gravíssima, que simplesmente não permite o deferimento da ordem de habeas corpus. A imputação versa tráfico de entorpecente e associação criminosa para o fim da atividade ilícita, com envolvimento de menor de idade (art. 33, caput, c.c. o art. 40, VI, e art. 35, todos da Lei n. 11.343/2006, e art. 244-B do ECA), tendo

sido a paciente flagrada na prática ilícita no seio do lar.

Não tendo sido detectada, portanto, qualquer ilegalidade na permanência da custódia cautelar da paciente, não se pode deferir, ao menos por ora, a ordem impetrada.

Por cautela, porém, determina-se seja oficiado ao Juízo a quo, recomendando a ulimação dos atos instrutórios antes do término do prazo estabelecido em lei.

Como se vê, consta do decreto prisional fundamentação válida, evidenciada no *contexto fático apresentado mostra que, tomando por base o princípio da primazia dos direitos da criança, a liberdade da postulante pode até mesmo interferir negativamente no sadio desenvolvimento do menor. Isso porque, ao que se extrai dos autos, a situação flagrancial ocorreu em ambiente doméstico, no domicílio da denunciada, onde estaria a exercer a mercancia ilícita.*

Esta Sexta Turma entende que a substituição do encarceramento preventivo pelo domiciliar não resguarda o interesse dos filhos menores de 12 anos de idade, quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com os infantes. Nesse sentido, os seguintes julgados: RHC 45.434/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/6/2014, DJe 4/8/2014; HC 416.501/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/2/2018, DJe 9/4/2018; HC n. 424.604/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, DJe 16/2/2018.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator