

HABEAS CORPUS Nº 563.180 - SP (2020/0044833-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : NATAN TERTULIANO ROSSI
ADVOGADO : NATAN TERTULIANO ROSSI - SP367484
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIRLEI GONCALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de SIRLEI GONCALVES no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante, no dia 14/12/2019, pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), pois apreendido em seu poder, e de seu companheiro, a quantia de 49 (quarenta e nove) porções individuais de cocaína, pesando, ao todo, 29g (vinte e nove gramas) – e-STJ fl. 26, e parte da droga apreendida estava guardada no interior do guarda-roupa dos filhos dos acusados (e-STJ fls. 23/29).

Posteriormente, o Juízo de origem converteu a custódia em preventiva (e-STJ fls. 50/53). O Magistrado de piso indeferiu, ainda, pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar (e-STJ fl. 70).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 13/14):

HABEAS CORPUS DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO A TAL DELITO (ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06) IMPETRAÇÃO VISANDO REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA SOB AS ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DIANTE DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS PLEITEADA A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS OU A PRISÃO DOMICILIAR.

DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE MOTIVADO RAZÕES DE DECIDIR EXPOSTAS DE MANEIRA A SATISFAZER A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL (ART. 93, IX DA CF).

TRÁFICO DE DROGAS PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA CRIMINOSA E MATERIALIDADE A JUSTIFICAR A CUSTÓDIA PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA REVELADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO E PELO 'MODUS OPERANDI' DA AGENTE NECESSIDADE DE ACAUTELAR O MEIO SOCIAL E A APLICAÇÃO DA PENA, DESCABIDA A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS PRISÃO CAUTELAR QUE NÃO RESTA INFIRMADA DIANTE DE ALEGADAS CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS INADMISSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE PREVISÃO DA FUTURA DOSAGEM DAS PENAS E DA ESTIPULAÇÃO DE REGIME INICIAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA, NEM SE ADMITINDO A IMPOSIÇÃO, NO CASO, DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA CUSTÓDIA INADMISSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM DOMICILIAR INEXISTÊNCIA DE DIRETO SUBJETIVO DA ACUSADA CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS QUE NÃO ADMITEM A BENESSE AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRIDO ORDEM DENEGADA.

A presente impetração funda-se na falta de fundamentação idônea para a não concessão de prisão domiciliar pelas instâncias ordinárias, uma vez que a paciente possui um filho menor de 12 anos.

Acentua que, "*em que pese a reincidência com trânsito em julgado no ano de 2012, a quantidade de droga é ínfima, tornando a segregação desproporcional, conforme entendimento dos Tribunais Superiores*" (e-STJ fl. 4).

Por fim, aponta as condições pessoais da paciente.

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar e no mérito, a "*conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, ou liberdade provisória, com expedição do competente alvará de soltura clausulado. Subsidiariamente, requer-se a substituição da prisão por outra medida cautelar menos gravosa, prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal*" (e-STJ fl. 11).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 74/76).

Prestadas as informações.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão da ordem de ofício ou pela substituição da cautelar por prisão domiciliar (e-STJ fls. 118/122).

É, em síntese, o relatório.

O objeto do presente pleito cinge-se à verificação da existência de fundamentação idônea no decreto que impôs a segregação cautelar à paciente, bem como

à análise da possibilidade de substituir a prisão preventiva por domiciliar em razão de a paciente ser mãe de criança menor de 12 anos.

Insta consignar, preliminarmente, que a regra, em nosso ordenamento jurídico, é a liberdade. Assim, a prisão de natureza cautelar revela-se cabível tão somente quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Decorre de comando constitucional expresso que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI). Portanto, há de se exigir que o decreto de prisão preventiva esteja sempre concretamente fundamentado.

No caso, são estes os fundamentos invocados para a decretação da prisão preventiva, *in verbis* (e-STJ fls. 51/52):

“O caso é de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O laudo de constatação indica que a(s) substância(s) apreendida(s), descrita(s) no auto de exibição e apreensão, é(são) entorpecente(s) (Portaria nº 344/1998, SVS/MS), do que decorre a materialidade do delito de tráfico de drogas (art. 33, Lei nº 11.343/06), para o qual se prevê pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Os indícios de autoria decorrem das circunstâncias descritas no auto de prisão em flagrante, que apontam para o envolvimento dos custodiados na atividade de comercialização dessas substâncias entorpecentes, posto que consta dos autos que os policiais militares receberam denúncias de tráfico de drogas com encomenda via celular e uso de motocicleta para entrega, com descrição do veículo e autor, realizaram a abordagem dos autuados, sendo encontrados em revista o valor de R\$2,00 com Luciano e com Sirlei um pacote com 10 papéletes de cocaína. Em seguida, na casa dos autuados foram encontradas 39 porções de cocaína, escondidas no guarda roupa no quarto dos filhos, bem como R\$ 555,00 em dinheiro. Verifico, também, que os custodiados são reincidentes também por tráfico de drogas, estando preenchido também o requisito previsto no art. 313, II, do CPP. Ademais, a quantidade de droga apreendida é considerável, tratando-se de 22,8g de cocaína, embaladas em 49 porções não se podendo asseverar neste momento que tal entorpecente seria destinado unicamente ao consumo pessoal. Verifico que, muito embora a autuada tenha uma filha de 11 (onze) anos de idade e ocupação lícita (registro na CTPS junto ao Buffet Félix Petrolí) e domicílio certo, entendo não ser o caso de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Isso porque, conforme de observa da certidão de distribuições criminais acostada

aos autos, a autuada é reincidente específica pelo crime de tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 2012, tendo sido parte do entorpecente encontrado justamente no interior do guarda roupa dos filhos, pelo consta dos autos. Ora, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC Coletivo 143.641 teve por finalidade a proteção dos menores que estivessem sob os cuidados de mulheres que praticassem crimes, de forma que tal decisão deve estar em sintonia com o princípio constitucional da proteção integral do menor, sendo evidente que o convívio da criança em meio à drogas e contato com traficantes e usuários não se mostra do seu maior interesse, ao contrário, implicaria em submeter a criança a tal meio de fácil acesso ao entorpecente, facilitando seu consumo e mesmo a dedicação ao comércio da droga como meio de vida futuro. Diante de tais circunstâncias, estando presente a situação excepcionalíssima contemplada por tal decisão, entendo não ser caso de substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar como formulado pela Defesa. Com efeito, no caso em comento a prisão cautelar se revela necessária à garantia da ordem pública, tratando-se, ao menos por ora, do meio adequado a impedir a reiteração criminosa (art. 282, § 6º do CPP), não se mostrando suficientes e adequadas as demais medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP). Os elementos de convicção contidos nos autos não revelam a incidência das excludentes de ilicitude previstas no art. 23, incisos I, II e III, do Código Penal (art. 310, parágrafo único, e 314, do Código de Processo Penal), ensejando a regular instrução processual para análise de mérito quanto a ausência de envolvimento da custodiada com a traficância e a alegação de que a droga que teria sido encontrada no guarda roupa das crianças teria sido plantada pela polícia, cuja análise de mérito descabe nesse momento processual de cognição sumária. Posto isto, com fundamento nos arts. 310, II, 312, 313, I, e 315, do Código de Processo Penal, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de LUCIANO FELIX DA SILVA e SIRLEI GONCALVES em PRISÃO PREVENTIVA.”

Preliminarmente, cumpre asseverar que não vislumbro, *in casu*, nenhuma ilegalidade em relação à decretação da prisão preventiva, uma vez que estão presentes os requisitos para a segregação cautelar, em especial a gravidade concreta da conduta, consistente na prática, em tese, de tráfico de drogas, diante da apreensão de 29g (vinte e nove gramas) de cocaína, bem como pelo fato de a paciente ser reincidente específica.

Entretanto, a meu ver, é possível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, sendo o caso de superar o referido óbice a fim de cessar a manifesta ilegalidade.

Isso porque ambas as Turmas criminais desta Corte já firmaram o entendimento, por unanimidade, de que o afastamento da referida benesse para mulher gestante ou mãe de filho menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, conforme se extrai dos julgados a seguir colacionados:

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 06/04/2017, DJe 20/04/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MÃE DE 3 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRIMARIEDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). ORDEM

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

3. 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).

4. 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 excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

5. Na hipótese dos autos, a paciente é mãe de três filhos menores de 12 (doze) anos (com 10, 7 e 4 anos), é primária, e o crime imputado não envolveu violência ou grave ameaça (tráfico de drogas). Reputa-se legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com a imposição da medida cautelar de proibição de acesso ou comparecimento a estabelecimentos prisionais, especialmente àquele no qual o seu marido se encontrar segregado, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo.

(HC 455.259/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

De mais a mais, não bastasse referida compreensão já sedimentada no âmbito desta Casa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 143.641/SP, concedeu *habeas corpus* coletivo cujo teor, publicado no Informativo n. 891/STF, passo a colacionar:

*A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em "habeas corpus" coletivo, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. Determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar — sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP (1) — de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA (2) e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse 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 excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a 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 acima. **Quando a detida for tecnicamente reincidente, 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. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. [...]** (HC 143.641/SP. Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento em 20/2/2018, ainda pendente de publicação.) (grifei.)*

Por fim, cumpre esclarecer que, cristalizando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos trechos acima colacionados, sobreveio a Lei n. 13.769, de 19/12/2018, que acrescentou os seguintes dispositivos ao 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: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

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. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

No presente caso, embora reincidente específica, a paciente é mãe de uma criança menor de 12 anos de idade (e-STJ fls. 67/68), não praticou delito contra sua descendência e o crime a ela imputado não foi praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça, de modo que o caso em apreço (em que foram apreendidos cerca de 29g de cocaína) se amolda à hipótese de prisão domiciliar concedida em *habeas corpus* coletivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (CERCA DE 10G DE MACONHA E 10G DE CRACK). PREVENTIVA. NEGATIVA DE PRISÃO DOMICILIAR COM BASE EXCLUSIVA NA REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA ESPÉCIE. PACIENTE MÃE DE DOIS FILHOS COM IDADE INFERIOR A 12 ANOS (4 e 3). HIPÓTESE ABRANGIDA PELO HC COLETIVO N.º 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NÃO OBSTADA PELA LEI N.º 13.769/2018. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Segundo manifestações no âmbito desta Corte, "[a] mera reincidência não é motivo suficiente para, per si, afastar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos, pois não importa em risco inequívoco à infância e à sua proteção" (RHC 111.566/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

2. Na espécie, embora reincidente, a Paciente possui dois filhos com idade inferior a 12 anos (4 e 3), o crime não foi praticado mediante violência ou grave ameaça tampouco contra seus descendentes, de modo que o caso em apreço (em que foram apreendidos cerca de 10g de maconha e 10g de crack) se amolda à hipótese de prisão domiciliar concedida em habeas corpus coletivo pelo Supremo Tribunal Federal (HC n.º 143.641/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018) e não fica obstada nos termos da Lei n.º 13.769, de 19/12/2018.

3. Ordem de habeas corpus concedida para substituir a prisão processual imposta à Paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318-A do Código de Processo Penal, até o eventual trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver presa, mediante condições a serem definidas pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 502.524/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 16/03/2020)

Mantê-la segregada constitui-se, portanto, em constrangimento ilegal contra o infante presumidamente desassistido sem a presença física da mãe.

Portanto, a paciente faz jus à prisão domiciliar, uma vez que, conforme visto acima, não se consubstancia fundamento suficientemente apto a afastar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 143.641/SP e as disposições do Código de Processo Penal a partir da publicação da Lei n. 13.769/2018, pois não há notícia de emprego de violência ou grave ameaça nem prática do delito pela ora paciente contra a sua descendência.

Ante todo o exposto, **concedo a ordem** para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar com a aplicação de outras medidas cautelares que o Juízo sentenciante entenda cabíveis, e sem prejuízo de nova decretação de prisão preventiva em caso de superveniência de novos fatos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator