

**HABEAS CORPUS Nº 527.500 - SP (2019/0242394-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ALLINE DELBEM - SP331173  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : VANEIDE AGOSTINHO DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de VANEIDE AGOSTINHO DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento a recuso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual em acórdão, assim ementado (fl. 112):

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRETENDIDA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - ACOLHIMENTO - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP - Existindo indícios da autoria e de prova da materialidade, bem como de fatos concretos indicadores da real necessidade da prisão cautelar da denunciada, de rigor a decretação da prisão preventiva. Circunstâncias extremamente excepcionais em que, em tese, praticado o delito, havendo indícios de que a denunciada praticava o tráfico em sua própria casa, onde residia com seus filhos, criando situação de risco e ambiente inadequado para estes, evidenciando que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não atenderia à finalidade de resguardar os interesses da criança. Recurso provido.

Consta nos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 anos de reclusão e a 500 dias multa, em regime semi-aberto, com o direito de recorrer em liberdade, pela prática do crime tipificado no art. 33, *caput* da Lei 11.343/06 (fl. 166/167).

Narra a impetrante que a paciente foi presa em flagrante em 28/8/2017, prisão esta que foi convertida em preventiva no dia seguinte, e que no dia 4/4/2018 lhe foi deferida a prisão domiciliar.

Da decisão que deferiu o pedido de prisão domiciliar foi interposto recurso em sentido estrito pelo órgão de acusação, ao qual foi dado provimento, decretando-se novamente a prisão preventiva da paciente.

A impetrante argumenta, em suma, a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP, aduzindo, ainda, que a paciente é genitora de 3 crianças menores de 12 anos de idade, requerendo, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva ou a sua substituição pela custódia domiciliar.

Na origem, o processo n. 0004317-79.2017.8.26.0411, oriundo da 1ª Vara da Comarca de Pacaembu/SP, encontra-se com decisão determinando expedição de mandado de prisão em desfavor da paciente, conforme informações processuais

eletrônicas do *site* extraídas do Tribunal *a quo* em 16/8/2019.

É o relatório.

DECIDO.

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida excepcional, somente cabível quando, em juízo perfunctório, observa-se constrangimento ilegal.

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

Consta dos autos que, em 4/4/2018, a prisão preventiva da paciente foi substituída por prisão domiciliar (fls. 61/63), tendo o *Parquet* interposto recurso em sentido estrito. No dia 19/9/2018, foi prolatada sentença condenatória que manteve a prisão domiciliar da acusada (fl. 167).

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso em sentido estrito da acusação em 1/8/2019, para restabelecer a prisão preventiva da paciente, nos seguintes termos (fl. 113/114):

Vaneide Agostinho da Silva foi presa em flagrante pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva (fls. 33/37), todavia, esta foi convertida em prisão domiciliar, tendo em vista o Habeas Corpus nº 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de que, "no caso em análise, a ré comprovou ser mãe de criança menor de doze anos de idade" (fls. 43).

Porém, em que pesem as razões apontadas pela MMª Juíza, o recurso do Ministério Público deve ser provido, uma vez que, analisando-se os autos, verifica-se que a existência de indícios de autoria e de prova da materialidade, as circunstâncias concretas do caso, bem como as condições pessoais da denunciada revelam a necessidade da decretação da prisão preventiva, nos termos dos artigos 311 e 312, ambos do CPP.

Com efeito, considerando as circunstâncias concretas em que, em tese, praticado o delito, **tendo em vista a variedade e a quantidade de drogas apreendidas (55g de cocaína e 282,08g de maconha), somadas à apreensão de uma balança de precisão, conforme os depoimentos prestados na Delegacia (fls. 20/21 e 22/23), o boletim de ocorrência (fls. 28/32) e a denúncia (fls. 39/41), a decretação da prisão preventiva é mesmo de rigor, para atender às finalidades previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.**

Como se vê, expôs o *decisum* fundamentação que, neste juízo inicial, deve ser considerada idônea, com esteio na expressiva quantidade de droga apreendida, qual seja *55g de cocaína e 282,08g de maconha*.

Pacífico é o entendimento nesta Corte de que, embora não sirvam fundamentos genéricos – do dano social gerado por tráfico, crime hediondo, ou da necessidade de resposta judicial – para a prisão, podem a periculosidade e riscos sociais justificar a custódia cautelar no caso de tráfico, assim se compreendendo a

especialmente gravosa natureza ou quantidade da droga. Nesse sentido: HC n. 291125/BA – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 3/6/2014; AgRg no RHC n. 45009/MS – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 27/5/2014; HC n. 287055/SP – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Moura Ribeiro – DJe 23/5/2014; RHC n. 42935/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 28/5/2014.

Observa-se, por outro lado, que o Juízo de origem, ao sentenciar manteve a prisão domiciliar *ao menos até o trânsito em julgado em segundo grau de jurisdição* (fl. 167).

Com efeito, duas ordens de fundamentos convencionais exigem interpretação diversa: a proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora.

A criança precisa de preferencial atenção estatal, especialmente na primeira infância, como tive oportunidade de examinar em âmbito acadêmico (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade e encarceramento feminino no Brasil: a revisão necessária para um futuro de dignidade mínima às crianças filhas de mães em unidades prisionais. Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. CONPEDI: Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07>>. Acesso em: 08 mar 2017. ISBN: 978-85-5505-355-9, pg. 183):

Faz-se necessária, portanto, uma breve digressão sobre a doutrina da absoluta prioridade em relação à criança, objeto do estudo, constitucionalmente extraída do art. 227 da CF, colhida da Convenção sobre os Direitos da Criança, devendo-se anotar, segundo a doutrina de KREUZ (2012, pg. 64) que houve uma mudança de paradigma no que se refere à constitucionalização dos direitos das crianças e dos adolescentes, passando-se de um contexto de primazia da chamada “Doutrina da Situação Irregular” à preponderância de uma nova perspectiva, a da Doutrina da Proteção Integral, estimulada pela agenda das Nações Unidas.

Nas Nações Unidas a doutrina da proteção integral é expressada por diversos instrumentos normativos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (1989), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), as Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e as Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade (1989), entre outros.

É o reconhecimento de que ao lado, e talvez acima, dos interesses na persecução criminal eficiente e protetora da sociedade, também é de suprema importância a atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes.

Outra preocupação mundial é o crescente encarceramento feminino, notadamente em razão da natalidade (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo.

Natalidade..., pg. 187):

...diante do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, entre 2000 a 2014 a população feminina nos presídios aumentou 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%. É tendência mundial, que incita ao debate sobre o encarceramento feminino.

As Regras de Bangkok foram aprovadas, no ano 2010, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (VENTURA, 2015, pp. 607/619), fixando a preocupação da comunidade internacional com os direitos humanos relativos à maternidade, à família e à saúde (inclusive sexual e reprodutiva) das mulheres e dos seus filhos nos presídios, e estabelecendo, ainda, uma proposta de responsabilização dos Estados em caso de negligência na implementação de leis e políticas públicas de proteção e promoção dos direitos humanos das encarceradas e de seus filhos. É norma afirmativa de princípios e valores fundamentais da humanidade, em resposta a um quadro de políticas públicas e legislações internas que se apresentavam como obstáculo a essas garantias.

Embora não possua o grau de vinculabilidade de um Tratado, trata-se de norma cuja aceitação é feita de forma consensuada entre os Estados signatários, assim admitindo o Brasil que se submete às regras por ele admitidas.

Nessa linha orientativa é que vieram as *Regras de Bangkok*, o principal marco normativo internacional de tratamento das mulheres presas, a orientar medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

No Brasil, o Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/16) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até doze anos, ou pai (quando único responsável pela criança) – nova redação dada ao art. 318, IV, V e VI, do Código de Processo Penal.

Na condição de gestante e de mãe de criança, nenhum requisito é legalmente exigido, afora a prova dessa condição. No caso do pai de criança, é exigida a prova de ser o único responsável pelos seus cuidados.

Assim, incorpora-se como novo critério geral a concessão da prisão domiciliar em proteção da gestação ou da criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação), cabendo ao magistrado justificar a excepcionalidade – situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou até mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional:

É a adoção de um novo padrão comportamental, de parte das instituições públicas, no sentido de aplicar a essas condenadas penas alternativas ou menos gravosas, em especial quando se tratar de prisão cautelar, atendendo-se, assim, à sistemática dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, fundada na primazia da garantia dos Direitos Humanos (CORDEIRO, Nefi; CAPELARI JR, Osvaldo. Natalidade..., pg. 189).

Outrossim, cumpre observar que esse entendimento não destoia do julgado

prolatado recentemente pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP, no qual foi 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 sob sua guarda, 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), bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, em idêntica situação no território nacional, 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.

Digno de nota, ainda, a decisão monocrática da lavra do Min. Ricardo Lewandowski, proferida em 24/10/2018 no *HC* 143.641/SP, na qual ficou consignado que o simples fato de a mulher preventivamente privada de liberdade responder pela suposta prática do crime de tráfico de drogas não é elemento suficiente para impedir a concessão de prisão domiciliar.

Ademais, com a publicação, em 20/12/2018, da Lei 13.769/2018, foram incluídos no Código de Processo Penal os seguintes dispositivos:

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.

A alteração legislativa buscou inserir no diploma processual penal norma consentânea com o entendimento jurisprudencial já mencionado, ao prever, como regra, a prisão domiciliar à mulher que esteja gestante ou seja responsável por criança ou pessoa com necessidades especiais. Além disso, a utilização do verbo "será" permite concluir que, excetuadas as duas hipóteses expressamente previstas no texto legal – prática do delito mediante violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente –, a custódia provisória sempre deverá ser substituída pelo recolhimento domiciliar.

Com base nessas premissas, identifico a ocorrência de constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, uma vez que o delito pelo qual a paciente foi condenada – tráfico de drogas interestadual – foi cometido sem violência ou grave ameaça e não teve como vítima a sua filha.

Logo, consta dos autos que a paciente é mãe de três crianças menores de 12

anos de idade (fl. 116), de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção da primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, defiro a liminar para substituir a prisão preventiva da paciente, VANEIDE AGOSTINHO DA SILVA, por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão, por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Solicitem-se informações, em especial, sobre o andamento da respectiva ação penal e a atual situação prisional da paciente.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 19 de agosto de 2019.



MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator