



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 550.511 - SP (2019/0366248-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIELI FERIAN DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DO RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL. RISCO DE REITERAÇÃO. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EXERCE A GUARDA DA CRIANÇA. TRÁFICO NA RESIDÊNCIA COM A PARTICIPAÇÃO DE FAMILIARES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. Caso em que a prisão preventiva foi mantida na sentença, após condenação da paciente, à pena total 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, no regime inicial fechado, em razão da periculosidade social da paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas colhidas do flagrante – apreensão de drogas após denúncia anônima de que estaria ocorrendo tráfico de drogas na residência.
3. 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.
4. 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. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, a Corte de origem asseverou que, embora reconhecida a maternidade de filho menor de 12 anos, a paciente não exerce a guarda da criança, não havendo lógica em substituir a prisão preventiva da paciente por domiciliar. Em complemento, o magistrado de primeiro grau, em sede de audiência de custódia, consignou que *Gabriele sequer soube declinar o endereço da pessoa que detém a guarda de sua filha*.

6. Posteriormente, ao indeferir o pedido de prisão domiciliar, noticiou que *a requerente antes de ser presa por tráfico neste processo, já havia sido presa pela prática de crime idêntico juntamente com seu companheiro Isaac Anastácio dos Santos Silva (fatos apurados em autos próprios)* e, naqueles autos, foi beneficiada com a liberdade provisória na audiência de custódia por simular gravidez inexistente

7. Ademais, consta que o tráfico de drogas era praticado no interior de sua residência, inclusive no âmbito familiar, vez que foi presa juntamente com sua genitora e o companheiro desta, situação excepcional que revela um risco direto para a criança, que deve receber proteção prioritária e integral. Precedentes.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de março de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 550.511 - SP (2019/0366248-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO : LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIELI FERIAN DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de GABRIELI FERIAN DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 2235743-92.2019.8.26.0000.

A paciente, presa em flagrante em 7 de fevereiro de 2019, e convertida a custódia em preventiva, foi condenada pela suposta prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, à pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, sendo mantida a sua custódia preventiva.

Irresignada com a manutenção da prisão e o indeferimento do pedido de prisão domiciliar, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem, como antes relatado, foi denegada (e-STJ fls. 69/74). Esta é a decisão impetrada.

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/17), a defesa afirma que a prisão preventiva da paciente se baseia na gravidade abstrata do delito, mormente porque houve apreensão de apenas 5,36 gramas de substância entorpecente.

Sustenta que a paciente faz jus à prisão domiciliar, uma vez que é primária, possui uma filha com 5 (cinco) anos de idade, e os crimes, em tese, por ela praticados não foram cometidos com violência ou grave ameaça. Invoca a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641 e a jurisprudência desta Corte para amparar a sua tese.

A defesa pede, liminarmente e no mérito, a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 78/80).

Informações às e-STJ fls. 85/87.

O Ministério Público Federal, previamente ouvido, opinou pela **não** conhecimento da ordem, recebendo o parecer a seguinte ementa (e-STJ fl. 155):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO, NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE QUE POSSUI FILHA MENOR DE 12 ANOS. ART . 318-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, INTRODUZIDO PELA LEI Nº 13.769/2018. NORMATIZAÇÃO DE DUAS EXCEÇÕES APONTADAS NO ACÓRDÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP, JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE NÃO AFASTA A EFETIVIDADE DA TERCEIRA EXCEÇÃO ESTABELECIDADA NO REFERIDO PRECEDENTE, QUANTO ÀS SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA. PACIENTE QUE SEQUER POSSUI A GUARDA DA CRIANÇA. CRIMES COMETIDOS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA, COM O ENVOLVIMENTO DIRETO DE SUA GENITORA E DO COMPANHEIRO DESTA .

PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT .

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 550.511 - SP (2019/0366248-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Do mesmo modo, o recurso adequado contra acórdão que julga recurso em sentido estrito é o recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC n. 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC n. 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Preliminarmente, a legalidade da prisão preventiva não foi objeto de prévio debate perante o Tribunal estadual. Com efeito, para se aferir a competência do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a matéria tenha sido analisada pela Corte de origem, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal, sob pena de configurar indevida supressão de instância. Nesse sentido:

(...) Matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supressão de instância. (...) (HC n. 378.585/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/4/2017, DJe 20/4/2017)

Passo à análise do pleito de 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Eis os fundamentos declinados pelo Tribunal *a quo* para demonstrar a excepcionalidade do caso (e-STJ fl. 71, *grifei*):

[...]

*Embora o Supremo Tribunal Federal, no HC coletivo nº 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tenha determinado a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, a própria decisão excepciona situações nas quais a constrição deve persistir, dentre elas a prática de crime mediante violência ou grave ameaça, contra os descendentes ou situações excepcionabilíssimas – justamente a hipótese em exame, pois a **Paciente mantinha no interior da sua residência (e vendia) entorpecente, colocando em risco a filha, que poderia acabar tomando contato com a droga e com usuários, viciados e criminosos que ali aportassem para adquirir entorpecente. Nesse contexto, a permanência da Paciente na casa seria maléfica e deletéria para a criança. De mais a mais, aparentemente a Paciente não vinha exercendo a guarda da criança, donde não ser imprescindível aos cuidados dela.***

Como visto, a Corte de origem asseverou que, embora reconhecida a maternidade de filho menor de 12 anos, a paciente não exerce a guarda da criança, não havendo lógica em substituir a prisão preventiva da paciente por domiciliar. Em complemento, o magistrado de primeiro grau, em sede de audiência de custódia, consignou que *Gabriele*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sequer soube declinar o endereço da pessoa que detém a guarda de sua filha (e-STJ fl. 26).

Posteriormente, ao indeferir o pedido de prisão domiciliar, noticiou que *a requerente antes de ser presa por tráfico neste processo, já havia sido presa pela prática de crime idêntico juntamente com seu companheiro Isaac Anastácio dos Santos Silva (fatos apurados em autos próprios) e, naqueles autos, foi beneficiada com a liberdade provisória na audiência de custódia por simular gravidez inexistente (e-STJ fl. 44, grifei)*, o que demonstra ainda mais a excepcionalidade da separação de sua prole.

Por fim, consta que **o tráfico de drogas era praticado no interior de sua residência**, inclusive, no âmbito familiar, vez que foi presa juntamente com sua genitora e o companheiro desta, cujo contexto fático que revela um risco direto para a criança, que deve receber proteção integral.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ATO COATOR: DECISÃO SINGULAR DE DESEMBARGADOR DA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA QUE AUTORIZE A RELATIVIZAÇÃO DA DIRETRIZ DA SÚMULA 691 DO STF. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INDÍCIOS DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE MÃE E FILHO MENOR DE 12 ANOS QUE IMPEDE A CONVERSÃO DA CUSTÓDIA EM PRISÃO DOMICILIAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, entende que não cabe habeas corpus contra decisão que indefere liminar na origem. 2. Em situações excepcionais, entretanto, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado (HC 318.415/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/15, DJe 12/8/15).

3. No caso destes autos, não há ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia a autorizar a concessão da ordem de ofício, pois a prisão preventiva encontra fundamento aparente no art. 312 do CPP.

4. O Juízo da primeira instância identificou indícios de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aparente contumácia delitiva da paciente impediria assegurar-lhe o direito de apelar em liberdade contra a sentença condenatória.

5. Quanto à tese de que a paciente faria jus à prisão domiciliar, no interesse de seu filho menor de 12 anos, a instância de origem esclareceu que a matéria não havia sido ventilada a tempo e modo perante o Juízo da primeira instância, e que não seria viável a supressão de instância.

6. No mais, conforme a avaliação do Tribunal de origem, o caso destes autos não é de inexistência de indícios do vínculo entre a criança e a ora paciente, sua mãe, mas de indícios da inexistência de vínculo entre os dois.

7. Considerando-se que a prisão domiciliar teria por objetivo a proteção da criança, os indícios de que a paciente não possuiria a guarda do filho e de que não teria retornado ao seu convívio, quando em liberdade, revelam que a aplicação da norma não cumpriria a sua vocação no caso destes autos. Em situação análogas, esta Corte tem reconhecido tal contexto como impedimento à concessão da prisão domiciliar.

8. Em conclusão, efetivamente não estava configurada a hipótese excepcional que justificaria superar a diretriz da Súmula n. 691.

9. De todo modo, as questões suscitadas pela defesa serão tratadas oportunamente no mandamus em tramitação na instância de origem, por ocasião do julgamento de mérito, sem o qual esta Corte fica impedida de apreciar o alegado constrangimento ilegal, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 521.730/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/8/2019, DJe 10/9/2019)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO CERTO. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MULHER COM FILHO MENOR DE 12 ANOS. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser afastado, pois idônea a fundamentação do decreto de prisão preventiva, mantida pelo Tribunal estadual, uma vez que a Paciente não trouxe aos autos provas suficientes para esclarecer a controvérsia acerca de seu endereço residencial. Fundamento suficiente para embasar a prisão cautelar, notadamente diante da conveniência da instrução criminal e para a garantia da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Penal.

2. A comprovação de que a Paciente possui a guarda do filho menor de 12 anos é essencial para concessão da prisão domiciliar, pois a finalidade da benesse é propiciar à criança os cuidados da mãe, evitando assim o seu desamparo. Todavia, verifica-se que esta não provou que exercia a guarda do menor antes mesmo de ser presa preventivamente.

3. Condições subjetivas favoráveis à Paciente, como ser primária e ocupação lícita, não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere, como no caso dos autos.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 471.616/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe 20/5/2019)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0366248-0

HC 550.511 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15000932620198260129 22357439220198260000

EM MESA

JULGADO: 10/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES
ADVOGADO	: LAZARO GUSTAVO RODRIGUES LOPES - SP343362
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIELI FERIAN DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: VIVIANE APARECIDA FERIAN
CORRÉU	: NATAL DONIZETI ALVES
CORRÉU	: VIVIANE DE OLIVEIRA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.