HABEAS CORPUS Nº 498.454 - SP (2019/0072609-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	EDUARDO BONINI LUENGO LOPES
ADVOGADO	:	EDUARDO BONINI LUENGO LOPES - SP240586
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FRANCIELI DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FRANCIELI DA SILVA em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou o *writ* de origem, com acórdão assim ementado (fl. 128):

> Habeas Corpus - Tráfico de drogas e associação ao tráfico - Pretensão de revogação da prisão preventiva - Impossibilidade.
> Presença dos requisitos da custódia cautelar - R. Decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva que se encontra devidamente fundamentada - Predicados pessoais que não socorrem a Paciente, incursa, em tese, na prática de crime hediondo, para o qual é legalmente vedada a liberdade provisória, conforme o art. 44, da Lei de Drogas - declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo pelo C. STF que se deu incidenter tantum - decisão que não vincula esta E. Corte.
> Ausência de afronta ao princípio da presunção de inocência - Estado que detém os meios cabíveis para a manutenção da ordem pública, ainda que em detrimento da liberdade do cidadão, nos casos em que tal medida se mostrar necessária. Inviabilidade da aplicação de medidas cautelares alternativas, por insuficiência, inadequação e desproporcionalidade aos fatos tratados nos autos principais.
> Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar - Descabimento - Ausência da comprovação da imprescindibilidade da Paciente aos cuidados de seus filhos menores, especialmente por haver notícia de que se deslocara com a corré Chirley, mais de uma vez para São Paulo, com o fito de adquirirem entorpecentes.
> Ordem denegada.

A paciente foi denunciada pela prática dos crimes tipificados nos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/06, nos termos do artigo 69, *caput*, do Código Penal.

Requer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, por ser mãe de crianças de 4 e 9 anos de idade.

A liminar foi deferida.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público foi pela concessão da ordem de ofício.

Na origem, no processo n. 1500265-04.2019.8.26.0408, foi indeferido o requerimento de concessão do benefício de liberdade provisória em

15/3/2019, conforme informações processuais eletrônicas disponíveis em 29/3/2019.

É o relatório.

DECIDO.

Requer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, por se tratar de mãe de crianças de 4 e 9 anos de idade.

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 exigidos pelo art. 312 do CPP.

A decisão de prisão, assim dispôs (fls. 27/30):

> [...]. Merece deferimento o requerimento do representante do Ministério Público de conversão em prisão preventiva da prisão em flagrante de CHIRLEY CORRÊA e FRANCIELI DA SILVA. Em principio, vale ressaltar que não se olvida de um dos princípios máximos da Constituição Federal, consubstanciado na garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito cm julgado de sentença penal condenatória. Nesses termos, nesta fase processual as autuadas não são reputadas culpadas pela prática dos crimes cuja autoria lhes é imputada, até porque sequer instaurado o contraditório com a inerente ampla defesa, que também constituem princípio constitucional (artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal). Por outro lado. tampouco se pode desconsiderar que a própria Constituição Federal também avaliou a prisão cautelar, desde que presentes os requisitos legais.
>
> [...]
>
> No caso dos autos, encontram-se preenchidos os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Trata-se de crime cuja pena máxima é superior a quatro anos (artigo 313, inciso I. do Código de Processo Penal). A materialidade é comprovada pelo laudo de constatação provisória de fls. 33/34. Quanto à autoria, há indícios suficientes a serem considerados nesta fase processual, tendo em vista que, de acordo com a narrativa dos policiais militares responsáveis pela ocorrência, notaram o nervosismo de FRANCIELE e a abordaram, tendo localizado consigo a substância entorpecente apreendida nos autos. A decretação da prisão preventiva, no caso concreto, tem por fundamento a garantia da ordem pública, tendo em vista que a liberdade das autuadas gera perigo concreto às pessoas de bem e à sociedade em geral. É público e notório que a cada dia mais e mais pessoas são atraídas para o tráfico em razão da ilusão de dinheiro fácil, o que realmente ocorre nos muitos casos em que a atuação repressiva do Estado não se dá de forma imediata e rígida. **No caso concreto, não se considera a gravidade genérica dos crimes, mas especificamente o fato de FRANCIELE ter consigo 2,525 quilos de cocaína, avaliados pelos apresentantes em R$150.000,00,** o que corrobora, para esta fase de cognição sumária, a conclusão de que estão envolvidas com o tráfico. Quanto a CHIRLEY, considera-se a afirmação da própria FRANCIELE de que foi a

> responsável ela intermediação do transporte da substância entorpecente, tendo-lhe apresentado o destinatário da cocaína. Consideram-se ainda as informações de que ambas fizeram uma viagem juntas com a mesma finalidade. As circunstâncias de as autuadas serem primárias e terem residência fixa não impedem a sua prisão e tampouco ensejam a liberdade provisória, ante os demais elementos constantes dos autos e retro referidos.
> [...]
> Em que pesem as judiciosas alegações defensivas, não é o caso de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Tampouco se desconsidera a promulgação da Lei n.° 13.769, no dia 19 de dezembro de 2018, que impõe a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, ao acrescer ao artigo 318 do Código de Processo Penal o item 318-A, que estabelece: "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". Embora se trate de ordem legal, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto. FRANCIELE, mesmo tendo dois filhos, de nove e quatro anos de idade, foi, de acordo com a sua própria narrativa, pelo menos três vezes para São Paulo para buscar droga. E CHIRLEY, igualmente, mesmo tendo um filho de oito anos e com problemas de saúde, foi para São Paulo na companhia de FRANCIELE em novembro de 2018 e foi a responsável pela intermediação entre FRANCIELE e o destinatário da droga. Tais fatos comprovam que, embora as duas autuadas possuam filhos menores de doze anos, não são as responsáveis exclusivas pelos seus cuidados. Ante o exposto, presentes os requisitos do artigo 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal, nos termos da previsão do artigo 310, inciso II, do mesmo diploma legal, CONVERTO a prisão em flagrante das acusadas CHIRLEY CORRÊA e FRANCIELI DA SILVA em PRISÃO PREVENTIVA.

Como já adiantado no exame da liminar, consta da decisão de prisão fundamentação concreta, evidenciada na expressiva quantidade de droga apreendida, qual seja, 2,525 quilogramas de cocaína, o que constitui base empírica idônea para determinar a custódia.

Pacífico é o entendimento nesta Corte Superior 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.

Posto isso, quanto ao pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar, verifica-se, por meio dos documentos de fls. 84/85, que a paciente é mãe de duas crianças de 4 e 9 anos de idade.

A substituição da custódia cautelar foi indeferida no Tribunal de origem em razão de não ter sido demonstrado que é a requerente a única pessoa capaz de proporcionar cuidados à criança (fls. 137/138):

> [...]
> Por fim, com relação ao disposto no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, deve ser anotado que o dispositivo legal prevê a 'possibilidade' e não a 'obrigatoriedade' de concessão de benefício.
> De acordo com o que consta dos autos, a Paciente, em tese, estaria traficando entorpecentes com Chirley e Júlio Carlos Monteiro, de forma associada e com o envolvimento de facção criminosa.
> Ademais, como bem observou a MMª. Juíza a quo, **a ora Paciente, mesmo tendo filhos menores, foi para São Paulo na companhia de Chirley, em novembro de 2018, com o objetivo de adquirir entorpecentes destinados ao tráfico, o que comprova que não era a responsável exclusiva pelos cuidados dos filhos**.
> Assim, não há qualquer prova de que os menores permanecerão ao desamparo, caso sejam dispensados os cuidados da Paciente.
> Desta feita, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado.

Duas ordens de fundamentos convencionais, porém, 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 (CAPELARI JR, Osvaldo; CORDEIRO, Nefi. 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: 8 mar. 2017. ISBN: 978-85-5505-355-9, p. 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 (CAPELARI JR, Osvaldo, CORDEIRO, Nefi. 2016, p. 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 perspectiva, 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 13.257/2016) normatizou o diferenciado tratamento cautelar à gestante e à mulher com filhos até 12 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 cuidados da criança.

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 em que os riscos sociais ou ao processo exijam outras cautelares, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional. A esse respeito:

> 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 (CAPELARI JR, Osvaldo, CORDEIRO, Nefi. 2016, p. 189).

Diante disso, examinando a **decisão judicial atacada**, vê-se como descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos à criança, pois condição legalmente presumida, e não devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. Ao contrário, consta dos autos que a paciente é mãe de filhos menores de 12 anos de idade, de modo que a excepcionalidade 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. Nesse sentido: HC 357.541/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017; e RHC 68.500/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para a substituição da prisão preventiva da paciente FRANCIELI DA SILVA por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas de prisão, pelo juízo de piso, por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator