HABEAS CORPUS Nº 511.305 - SC (2019/0143996-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	LUIZ CARLOS RIBEIRO
ADVOGADO	:	LUIZ CARLOS RIBEIRO - SC004530
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	FRANCIELLE ARRUDA DE LIZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCIELLE ARRUDA DE LIZ em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos termos da seguinte ementa (fl. 70):

> HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADA PELA PRÁTICA EM TESE DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR PARA A PACIENTE GENITORA DE 2 FILHOS MENORES DE 12 ANOS, COM FULCRO NO ART. 318, V, DO CPP. NORMA NÃO APLICADA AUTOMATICAMENTE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE NÃO AUTORIZAM A CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. OBSERVÂNCIA AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. ORDEM DENEGADA.
>
> - Não se desconhece as alterações do Código de Processo Penal (realizadas pela Lei n.º 13.769/2018) sobre a possibilidade de a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência seja substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça, bem com o não tenha praticado o delito contra seu filho ou dependente.
>
> In casu, a paciente foi denunciada por tráfico de drogas. A isso, ainda, se soma o fato de que os entorpecentes e os materiais destinados a mercancia foram apreendidos na residência, na qual viviam os menores.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, convertida a prisão em preventiva.

Neste *writ*, sustenta, em suma, ilegalidade da prisão preventiva por estarem preenchidos os requisitos para a concessão da prisão domiciliar, já que é mãe de duas crianças menores de 12 anos que precisam de seus cuidados.

Requer, assim, seja concedida a prisão domiciliar ou medidas diversa da prisão.

Deferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela extinção do *writ* sem resolução do mérito ou denegação do *habeas corpus.*

É o relatório.

DECIDO.

A prisão domiciliar foi negada nos seguintes termos (fls. 50-52):

> A defesa da acusada Franciele Arruda de Liz requereu a concessão da prisão domiciliar em favor de sua defendida. ao argumento de que **é mãe de duas crianças, uma com 3 anos e outra com 11 anos de idade**, os quais estavam sob a sua guarda, e de que possui residência fixa
> O Ministério Público se manifestou contrário ao pleito defensivo.
> Vieram-me os autos conclusos
> Dispõe o a ri 318 do Código de Processo Penal: [...]
> Por sua vez, reza o art. 318-A do CPP, com a redação dada pela Lei n. 13.769/2018: [...]
> Desse modo, regra geral, deve ser concedida a prisão domiciliar a todas as mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade incompletos.
> Ressalvam-se conforme construção jurisprudencial da Suprema Corte, ainda aplicável após a alteração legislativa de 2018 os casos em que: a) a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; b) a mulher tiver praticado crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos); e c) em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício (STF, 2ª Turma. HC 143641/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/2/2018, Info 891).
> **Na espécie, entendo que a ré não faz jus ao benefício, porque o crime em tela concretamente grave em face da diversidade de entorpecentes apreendidos (maconha e cocaína), da quantidade do segundo (73g de cocaína) e de sua natureza altamente lesiva era, segundo os elementos amealhados, levado a efeito na própria casa da ré, na presença dos filhos menores.**
> Destaco que as drogas estavam guardadas em locais diversos, e de fácil acesso pelas crianças armário da cozinha, geladeira, bolso do roupão no banheiro, no meio das roupas, dentro do sutiã da acusada.
> Assim, a ré, que deveria assegurar o desenvolvimento sadio e harmonioso das crianças, em condições dignas de existência, submeteu expôs os infantes a ambiente criminoso.
> Logo, não pode ser beneficiada com a medida branda, a qual, de mais a mais, também não atenderia à doutrina da proteção integral e ao superior interesse das crianças, as quais estarão em melhor condição se afastadas do antro do narcotráfico.
> Ora, consoante já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não se concede prisão domiciliar para a mulher com filho menor de 12 anos caso o crime tenha sido cometido na própria residência onde a agente convivia com seu descendente (Informativo 629 do STJ).
> Diante disso, na linha do parecer do Ministério Público, tenho que a concessão do benefício, diante do contexto estrutural dantes indicado, irá apenas fomentar a renovação dos trabalhos ilícitos, de sorte que, por ora, revela-se mais adequada a constrição cautelar.

> **Por fim, verifico que a ré não é a única pessoa que pode cuidar do filho, porquanto a criança permanece sob os cuidados dos avós (pai de Maicon e mãe de Franciele), conforme informação de p. 5.**
> Ante o exposto, indefiro o pedido de concessão do benefício da prisão Domiciliar.

Como já adiantado no exame liminar, na decisão que manteve a preventiva e negou a prisão domiciliar consta fundamento na gravidade do crime, evidenciada nas circunstâncias fáticas, especialmente na quantidade de droga apreendida – 41 gramas de maconha e 73 gramas de cocaína (fl. 30) – e no fato que sua prática era no mesmo ambiente em que viviam as crianças.

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: . 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 nas situações em que 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 destoa 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.

Examinando a decisão judicial atacada, é bem verdade que esta Sexta turma há muito entendia 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, como ocorre *in casu*. Nesse sentido citam-se os seguintes julgados: RHC 45.434/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014; HC 416.501/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 09/04/2018; HC n. 424.604/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, QUINTA TURMA, DJe 16/2/2018.

Porém, a orientação pela prevalência da suprema necessidade de importância e atenção aos interesses atingidos de crianças e adolescentes faz emergir como melhor orientação aquela que excetua a possibilidade de substituição por prisão domiciliar apenas os casos já mencionados no Habeas corpus coletivo 143.641/SP, quais sejam, crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas.

Nesse sentido, confira-se recente precedente:

> HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHO MENOR DE 12 ANOS. HC COLETIVO N. 143.641/SP DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARTS. 318-A E 318-B DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 143.641/SP, concedeu habeas corpus coletivo "para determinar 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 [...], 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". 2. Digna de nota, ainda, a decisão monocrática da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida em 24/10/2018 no HC n. 143.641/SP, na qual ficou consignado que a circunstância 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. 3. Tal julgado confere

> concretude à Lei n. 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), a qual prevê a formulação e a implementação de políticas públicas para as crianças que estão na "primeira infância" - período que abrange os primeiros seis anos completos de vida da infante. 4. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal e imprimiu nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescer-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o "fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância" (art. 14, § 1º). 5. Com a publicação, em 20/12/2018, da Lei n. 13.769/2018, foram incluídos no Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B, que buscaram inserir no texto legal norma consentânea com o julgado do Supremo Tribunal Federal, ao prever, como regra, a prisão domiciliar à mulher que esteja gestante ou seja responsável por criança ou pessoa com necessidades especiais. 6. 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. 7. No caso em exame, o delito imputado à ré não foi cometido com violência ou grave ameaça, tampouco teve como vítima seu filho. 8. Diante das peculiaridades do caso concreto, faz-se necessária a aplicação concomitante das medidas cautelares previstas nos incisos I, III, IV e IX do art. 319 do Código de Processo Penal. 9. Ordem concedida para assegurar à paciente que, com a comprovação de residência fixa ao Juízo natural da causa, aguarde em prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, o esgotamento da jurisdição ordinária caso não esteja presa por outro motivo. Devem ser aplicadas, ainda, as medidas cautelares previstas nos incisos I, III e IV do art. 319 do Código de Processo Penal. Fica a cargo do Juízo monocrático, ou ao que ele deprecar, a fiscalização do cumprimento do benefício. (HC 484.287/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019).

No caso, vê-se que não houve a menção acerca de situação excepcional, de prática de delito com violência ou grave ameaça ou contra seu filho ou dependente, nos termos do art. 318-A, I e II, do CPP, motivo pelo qual não devidamente justificada a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar.

Ao contrário, consta dos autos que a paciente é mãe de duas crianças menores de 12 anos, conforme documentos de fls. 43-44, 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 determinar a substituição da prisão preventiva da paciente FRANCIELLE ARRUDA DE LIZ por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão, por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator