HABEAS CORPUS Nº 549.501 - RS (2019/0361722-2)

RELATOR	**: MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	: ANDRE GUSMAO ALVES BRANCO
ADVOGADO	: ANDRE GUSMÃO ALVES BRANCO - RS103659
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: CAROLINA MACHADO GOMES (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CAROLINA MACHADO GOMES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que denegou o *writ* de origem, por maioria, em acórdão assim ementado (fl. 95):

> HABEAS CORPUS.
> DELITO DE NARCOTRÁFICO.
> Prisão domiciliar.
> Entendo que não é caso de deferimento do pedido.
> Com efeito, inobstante a primariedade da paciente e mesmo tendo esta filho menor de 12 anos e, portanto, fazendo jus, em tese, à concessão da benesse, tenho que não se mostra prudente tal providência.
> Isso porque o tipo de narcótico em questão e sua absurda quantidade, aliado ao modo de apreensão do mesmo, indicam se tratar de narcotráfico de vulto e, consequentemente, de maior periculosidade, deixando grande margem de dúvida acerca da segurança da menor, no efetivo contato domiciliar e familiar com sua genitora.
> Prioriza-se aqui a integridade da menor, em detrimento do direito de sua mãe em fruir de benesse definida legalmente.
> Voto vencido.
> Ausência de constrangimento ilegal.
> ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA.

A paciente foi presa em flagrante em 8/10/2019, convertida em preventiva, pela prática do delito de tráfico de drogas.

O impetrante argumenta, em suma, que a paciente é mãe de uma criança de seis anos que necessita de seus cuidados à sobrevivência, alegando, ainda, a ausência dos requisitos do art. 312 do CPP, requerendo, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva ou a sua substituição pelas medidas cautelares previstas no art. 319 da mesma lei processual ou pela custódia domiciliar.

Na origem, Processo 0006294-26.2019.8.21.0072, oriundo da 2ª Vara

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

Criminal de Torres/RS, designou-se audiência de instrução e julgamento para 16/12/2019, conforme informações processuais eletrônicas extraídas do *site* do Tribunal *a quo* em 2/12/2019.

É o relatório.

DECIDO.

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

De início, a presença dos requisitos do art. 312 do CPP não foi analisada pelo Tribunal local porquanto *o writ está deficientemente instruído, uma vez que não foi acostado aos autos o decreto de prisão preventiva* (fl. 98), impedindo o seu exame nesta via sob pena de indevida supressão de instância.

No mais, acerca da prisão domiciliar, assim se manifestou o Tribunal estadual em seu voto condutor (fls. 100-101):

> [...] Na espécie, se constata que a paciente e seu marido, mãe e pai da menor, respectivamente, foram abordados em veículo que trafegava transportando extensa quantia de drogas, de alto potencial lesivo.
> Tenho que as circunstâncias do caso inibem a concessão da prisão domiciar, pretendida, com a devida vênia de posição antagônica, sem que tal venha a ferir preceito oriundo do STF.
> A particularidade do caso em exame indica ser caso de mantença da prisão.
> De referir que a droga vinha engenhosamente escondida no painel do veículo, sendo de expressiva monta e do mais alto teor destrutivo, a indicar que não se trata de narcotráfico de pequena monta .
> O risco inerente ao tipo de tráfico em apreço, que conta com este aparato de circunstâncias, de relevo, torna duvidoso que a colocação da paciente em prisão domiciliar, junto da menor, não exponha dita criança a potencial risco, podendo ser presumido que se trata de narcotráfico de expressão, com todos os desdobramentos advindos.
> Destaco que o direito de fruição de prisão domiciliar da genitora da menor não pode ser maior que o direito à segurança e integridade física da menor, devendo esta ser sempre priorizada.
> Há concreta possibilidade de que a menor fique exposta a riscos indevidos, em sendo determinada a prisão domiciliar de sua mãe, no que destaco que não raras vezes facções cometem atentados contra os rivais do negócio ilícito entabulado, vitimando, muitas vezes, família ou pessoas inocentes.[...]

Do voto vencido, extrai-se (fls. 101-102 - com destaques):

> [...] Admito que, no meu entendimento, a aplicação da Lei n.º 13.257/16, que inseriu no art. 318 do CPP os incisos IV, V e VI, nem sempre atua em favor da criança.
> Isso porque, como revela a experiência, não são raros os casos em que mães traficam dentro do seu lar, não apenas na frente dos filhos como, até mesmo, usando-os para ajudá-las nas atividades ilícitas. E, em contextos tais,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

> determinar o retorno delas ao lar não se afigura um benefício aos infantes.
> Não obstante, tenho que minhas discordâncias, se não para efeito de julgar presente uma inconstitucionalidade, não justificam a inaplicabilidade de norma vigente; portanto, tendo sido editada lei pelo Poder competente, e uma vez satisfeitos os requisitos legais, a prisão domiciliar tem de ser concedida - ainda que, dependendo do caso, me gere algum desconforto o fazer.
> Ademais, existe uma diversidade de órgãos e medidas legais que visam à proteção da criança sob tutela de mãe ou pai que a prejudiquem, de modo que eventual risco aos filhos da mulher beneficiada pela domiciliar, no sentido de conviverem em um ambiente criminoso, pode ser averiguado e, se confirmado, redundar na perda do poder familiar. De certo, **tem-se que um risco não confirmado, e sim presumido (ainda que justificada a presunção), não autoriza excepcionar o texto legal**.
> Por fim, e apenas para constar, **registro que não é possível aferir, até pela deficiência instrutória do writ, o efetivo grau de envolvimento da paciente com a narcotraficância no caso em tela, que vem apenas indicado - presumido - pela quantidade de drogas apreendida**.
> **Isso porque, tendo o flagrante decorrido de uma abordagem de rotina, e não em desmantelamento de quadrilha previamente investigada, inexiste elemento que determine a certeza de os flagrados serem traficantes experientes, ao invés de mulas eventuais - contratadas para aquele transporte específico. E, a meu sentir, isso se acentua no caso da paciente, que nem era a motorista do automóvel onde as drogas foram localizadas**.
> Então, nos termos acima, CONCEDO a ordem para determinar a imediata colocação da paciente em prisão domiciliar, com a expedição do competente alvará na origem.[...]

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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

> 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)

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

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 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.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

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 o deferimento liminar, uma vez que os delitos pelos quais a paciente foi denunciada – tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico – foram cometidos sem violência ou grave ameaça e não tiveram como vítima a sua filha.

Logo, consta dos autos que a paciente é mãe de uma criança menor de 12 anos de idade, conforme afirmado pelo *Parquet* estadual, à fl. 105, que inclusive se manifestou pela concessão da ordem no sentido aqui requerido, 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, CAROLINA MACHADO GOMES, por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas da prisão por decisão fundamentada.

Comunique-se.

Solicitem-se informações, em especial, acerca da situação prisional da paciente e do andamento da respectiva ação penal.

Após, ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 9B61C185-C0E4-4290-B07D-FB482D41C69F