

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 415.206 - SP (2017/0227660-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : JEFERSON BRITO GONCALVES  
**ADVOGADO** : JEFERSON BRITO GONCALVES - SP0321434  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : [REDACTED] (PRESO)

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, no qual se busca a revogação da prisão preventiva, sob a alegativa de estarem ausentes os requisitos ensejadores da medida cautelar, ou a substituição pela prisão domiciliar.

O acórdão impugnado foi assim relatado (fls. 26/27):

*O Dr. Jeferson Brito Gonçalves, advogado, impetrou a presente ordem de "habeas-corpus", com pedido de liminar, em favor de [REDACTED] aduzindo que está ela sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal [REDACTED]arca de Pacaembu, eis que, presa em flagrante em 20 de novembro de 2016, por suposta infração ao artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, teve injustamente indeferido seu pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar.*

*Sustenta o digno impetrante que a ora paciente é primária, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, além de ser mãe de dois (02) filhos de tenra idade, fazendo jus, assim, à prisão domiciliar, conforme o art. [REDACTED] Processo Penal, com as alterações da Lei nº 13.257/2016.*

*Requer, dessarte, a concessão do "mandamus" para que seja deferida a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição da preventiva pela prisão domiciliar, com a expedição de Alvará de Soltura (fls. 01/16).*

*A liminar foi indeferida consoante o despacho de fls. 23/24. As informações solicitadas encontram-se às fls. 28/29. O ilustre Dr. Procurador de Justiça, em seu Parecer de fls. 33/39, opinou pela denegação da ordem.*

*É O RELATÓRIO.*

A paciente, [REDACTED] foi preso em flagrante pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/2003.

Na origem, ação penal n. 00050784720168260411, o processo está em fase de alegações finais, com a apresentação da peças pelas partes, sendo o julgamento convertido em diligência em 5/9/2017, conforme informações eletrônicas disponíveis em 11/9/2017.

É o relatório.

DECIDO.

# Superior Tribunal de Justiça

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

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 do art. 312 do CPP.

No entanto, em sede de *habeas corpus*, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa. Compulsando o presente feito, constato que a peça inicial veio desacompanhada do decreto de prisão, constando apenas a decisão em pedido de revogação da preventiva, a qual, em seu inteiro teor, faz referência à decisão que determinou a cautelar. Dessa forma, a legalidade da prisão preventiva não será analisada.

Quanto à possibilidade de substituição da cautelar pela prisão domiciliar, a decisão de fls. 33/34 dispôs:

*Fls. 402/411: Trata-se de pedido de concessão de prisão domiciliar formulado pela co-ré*

*Em suma, invoca o preceito do artigo 318, V, do C.P.P., ou seja, fundamento seu pedido, alicerçado na condição de: "V - mulher com filho até 12 (doze) anos de idade incompletos".*

*Pois bem, a existência de proles infantis estão comprovadas pelas Certidões de Nascimentos de Adrieli Costa dos Santos, juntada as fls. 412 e Anderson Costa Santos, encartada as fls. 413.*

*Contudo, numa análise ampla do benefício concedido pelo citado artigo, observa-se que no inciso posterior, ou seja, VI, estabelece: "VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".*

*Pois bem, de forma harmônica, deve se entender que tanto no caso do homem (VI) quanto no da mulher (V), que sejam os únicos responsáveis pelo cuidado dos filhos.*

***Nesse passo, destaco que a própria acusada assevera que as crianças estão sendo cuidadas pelos avós maternos (fls. 410), alegando ausência de condições econômicas e psicológicas deles para tal fim.***

***Ora, tais elementos devem estar acompanhados de prova idônea da assertiva, de forma que sequer sabemos a idade dos avós maternos e muito menos a incapacidade alegada.***

*Repiso, no caso específico da acusada o benefício é concedido em caráter excepcionalíssimo, ou seja, diante da inexistência de outros responsáveis, nos mesmos moldes do homem (art. 318, V, do C.P.P.).*

***Diante desse quadro, ausentes elementos que indiquem a incapacidade dos avós materno ventiladas no petitório, a***

# Superior Tribunal de Justiça

***improcedência do pedido é medida de rigor.***

*Posto isso, indefiro o pedido de prisão domiciliar formulado por* [REDACTED]

Como se vê, por meio da decisão acima e do documento de fl. 42, verifica-se que a paciente é mãe de duas crianças, uma de 8 (oito) e outra de 6 (seis) anos de idade.

A substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar foi indeferida pela instância de origem, em razão de não ter sido demonstrado que os avós maternos não têm condição de cuidar das crianças e, assim como ocorre para os homens, as mulheres também devem demonstrar que são as únicas responsáveis pelo infantes.

A interpretação quanto à prisão domiciliar, ao contrário da prisão preventiva, exige olhar diverso, isto é, a proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora.

A criança precisa de preferencial atenção e [REDACTED] mente 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/02a8aamu/2153uj07>>. Acesso em: 08 mar 2017. ISBN: 978-85-3505-555-9, pg. 185).

*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.

# Superior Tribunal de Justiça

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 [redacted] ternidade, à família e à saúde (inclusive sexual e reprodutiva) das mulheres e dos seus filhos nos presídios [redacted] cendo, 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 seja parte e objeto da vinculação de um Tratado, trata-se de norma cuja aceitação e feta 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 13.257/2016) 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 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 onde os riscos sociais ou ao processo exijam

# Superior Tribunal de Justiça

cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou 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).*

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 filho menor de 12 anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção da primeira infância pela presença [REDACTED] iria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento [REDACTED]. 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, defiro o pedido de liminar, para a substituição da prisão preventiva da paciente, [REDACTED] por prisão domiciliar, sem prejuízo de determinação de outras medidas diversas de prisão, pelo Juiz de piso, por decisão fundamentada.

Oficie-se solicitando informações à autoridade apontada como coatora e ao juízo de primeiro grau.

Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de setembro de 2017.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator