

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 362.922 - PR (2016/0185346-9)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**

**IMPETRANTE : PAULO ADALBERTO FRANCO DE OLIVEIRA E OUTRO**

**ADVOGADO : PAULO ADALBERTO FRANCO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - PR048456**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ**

**PACIENTE : DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus* no qual se busca a substituição da prisão preventiva por domiciliar, sob a alegativa de a paciente ser mãe de duas crianças menores de seis anos.

O acórdão hostilizado foi assim ementado (fls. 5/8):

*HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO. DECRETO PREVENTIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. NÃO CABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA.*

A paciente, DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO, foi denunciada pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/06.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O parecer do Ministério Público Federal foi no sentido da concessão da ordem.

Na origem, consta do último andamento da ação penal nº 00002383620168160099 a conclusão para sentença em em 17/3/2017, conforme contato telefônico realizado com o Juízo de 1º Grau em 29/3/2017.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 362.922 - PR (2016/0185346-9)

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Na hipótese dos autos, quanto à substituição da prisão preventiva por domiciliar, o acórdão impugnado possui os seguintes fundamentos (fls. 7/8):

*[...]. Em que pese a Procuradoria Geral de Justiça se manifestar favoravelmente ao pedido de prisão domiciliar, em razão da Paciente ser genitora de dois menores, verifica-se que não restou comprovado nos autos, que a Avó, ou qualquer outra pessoa com grau de parentesco, não teria condições de cuidar dos filhos da Paciente.*

*Ademais, existem forte indícios de que colocada em liberdade, a Paciente daria continuidade à atividade da traficância.*

*Por conseguinte, conclui-se que os fundamentos da prisão da ora Paciente restam amplamente demonstrados, inexistindo, por suposto, qualquer constrangimento ilegal na imposição da medida cautelar.[...].*

A prisão domiciliar foi indeferida nos seguintes termos (fl. 55/56):

*[...]. Com relação ao pedido de prisão domiciliar em favor de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar exige ainda que essa última medida seja suficiente para garantir a ordem pública. Em outras palavras, é necessário conjugar a presença dos requisitos para deferimento da prisão domiciliar, com a verificação de que essa medida basta para afastar o periculum libertatis que justificou a decretação da segregação cautelar. No caso dos autos, não há dúvidas de que a requerente é mãe de duas crianças menores de seis anos de idade. Todavia, em que pese a alegação de que a filha Emanuely seria portadora de doença que demande cuidados especiais e de que o filho André Lucas ainda estaria amamentando, com relação à primeira, não restou demonstrado que a requerente é única pessoa capaz de proporcionar os cuidados de que necessita, vez que a criança hoje encontra-se sob os cuidados da avó. Ainda que a avó tenha declarado que não dispõe de condições para cuidar da neta, não se pode olvidar que tal declaração também encontra motivação no interesse de que a filha da declarante seja colocada em liberdade, motivo pelo qual não constitui prova hábil a respeito da caracterização da imprescindibilidade da requerente para cuidar dos filhos. No que diz respeito a necessidade de amamentar o filho André, além de a criança já contar com mais de seis meses de idade (tempo previsto para o gozo de licença maternidade), nada obsta que, persistindo a condição de nutriz da requerente, seja assegurado o seu direito de amamentar o filho no interior da Cadeia Pública local, independente de dia e hora de visitação. No mais,*

# Superior Tribunal de Justiça

*ainda que presentes os requisitos para a concessão da prisão domiciliar, o que, frise-se, não é o caso, mesmo assim, como bem destacado pelo Ministério Público, essa medida menos severa seria insuficiente para garantir que em liberdade, a requerente não voltasse a atentar contra a ordem pública, tendo em vista a profundidade de seu envolvimento com os delitos ora apurados. Desse modo, INDEFIRO o pedido de prisão domiciliar formulado pela requerente Daiane.[...].*

Como já adiantado no exame da liminar, integra a decisão de prisão fundamento concreto, explicitado na periculosidade da paciente, por integrar organização criminosa de tráfico de drogas, inclusive com a utilização de menor, tendo sido apreendida nas investigações grande quantidade de droga.

A substituição da custódia cautelar foi indeferida em razão de não ter sido demonstrado que é a requerente a única pessoa capaz de proporcionar cuidados às crianças, bem como diante da possibilidade de que amamentasse seu filho na cadeia pública local, considerando-se ademais ser insuficientes medidas cautelares menos gravosas para contenção de riscos à ordem pública.

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 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 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

# Superior Tribunal de Justiça

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 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

# Superior Tribunal de Justiça

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 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 dois filhos menores, nascidos nos anos de 2011 e 2015 (fls. 19/20), 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. 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, voto por conceder *habeas corpus* para fixar a prisão domiciliar à paciente, DAIANE MARIA DOS SANTOS GAINO, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.

