

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça

Direito Processual Penal. Prisão domiciliar. Conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Possibilidade substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a agente for gestante. Possibilidade substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a agente tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Estatuto da criança e do adolescente. Doutrina da proteção integral. Primazia do Melhor Interesse da criança e do adolescente.

6.^a Turma

HC 351.494

j. 10.03.2016 – public. 14.03.2016

Cadastro IBCCRIM 3412

Relatório

S. D. DE O. estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de decisão proferida por Desembargador do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu pedido de liminar no HC n. 2039322-37.2016.8.26.0000, lá impetrado.

Depreende-se dos autos que a paciente, juntamente com outra pessoa, teria sido surpreendida ao tentar ingressar com **1 porção de cocaína e 2 porções de maconha** em estabelecimento prisional onde, segundo a denúncia, seriam as substâncias entorpecentes entregues ao seu companheiro preso.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva e, após o indeferimento de liminar em *habeas corpus* na origem (na qual pleiteava a revogação da prisão cautelar), insurge-se a defesa, nesta oportunidade, com o objetivo de ver cessado, liminarmente, o suposto constrangimento ilegal na manutenção da constrição.

Alega, em síntese, que a paciente, com 19 anos de idade, além de primária e com bons antecedentes, **tem um filho menor impúbere (2 anos de idade) e se encontra gestante de outro**. Assim, “as condições pessoais da paciente demonstram que sua prisão é absolutamente desnecessária”.

Assere que, “ainda que não se entenda ser o caso de revogação da prisão preventiva, considerando que ela possui um filho menor de 2 anos, é cabível a concessão de prisão domiciliar” (fl. 4).

Por tudo isso, requer a superação da Súmula n. 691 do STF e, de imediato, seja revogada a prisão preventiva ou, subsidiariamente, “requer seja concedida à paciente prisão domiciliar, a fim de preservar os laços entre ela e seu filho” (fl. 7).

Decido.

Não perco de vista o óbice contido no enunciado da Súmula n. 691 do STF, cujo raciocínio empregado em sua compreensão, rotineiramente, tem sido observado por esta Corte nos casos que aqui aportam, originados com o indeferimento de liminar na origem.

Todavia, em casos excepcionais, o rigor de tal entendimento é mitigado, mercê da necessidade de correção prematura de constrangimento ilegal manifesto, **como o que se verifica na hipótese**.

De início, impõe-se destacar **a entrada em vigor, no dia 9/3/2016, da Lei n. 13.257/2016, a qual estabelece conjunto de ações prioritárias que devem ser observadas na primeira infância** (0 a 6 anos de idade), mediante “princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano” (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A novel legislação, que consolida, no âmbito dos direitos da criança, a intersetorialidade e corresponsabilidade dos entes federados, acaba por resvalar em significativa modificação no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do art. 318 CPP, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI, **nestes termos**:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I. maior de 80 (oitenta) anos;
- II. extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III. imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV. gestante;
- V. mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI. homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

É perceptível que a alteração e acréscimos feitos ao art. 318 do CPP 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).

A despeito da benfeza legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprimi ao relatar o **HC n. 291.439/SP** (DJe 11/6/2014), de que o uso do verbo “poderá”, no *caput* do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei.

Reafirmo que semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão.

O DIREITO POR QUEM O FAZ

Superior Tribunal de Justiça __ 1921
Tribunal de Justiça do Estado
de Santa Catarina _____ 1922

Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.

Feito o registro, entendo que, **no caso ora examinado, a substituição da prisão preventiva se justifica**, seja pela nova redação imprimida ao art. 318 do CPP - haja vista que a paciente, além de se encontrar gestante, é mãe de uma criança de 2 anos de idade - seja porque o juiz de primeiro grau não indicou as peculiaridades concretas que justifiquem a prisão *ad custodiam*, como se observa da decisão impugnada, nestes termos (fls. 22-23):

[...] as indiciadas A. R. S. e S. D. O. traziam consigo, para consumo de terceiros, as substâncias entorpecentes descritas no auto de exibição e apreensão de fls 16/17 e no laudo de constatação de fls. 24/29, que determinam dependência física ou psíquica sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ante a vigência da Lei 12.403/11 analisando o presente feito observo ser de rigor a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Da análise dos autos, não se vislumbra alteração na situação fática que possa levar à mudança na situação prisional específica, remanescendo o panorama que levou à prisão em flagrante das indiciadas, cujos motivos e fundamentos permanecem inalterados.

Assim, verificam-se presentes os requisitos da prisão preventiva, pois presente prova da materialidade delitiva e indícios de autoria bem como os fundamentos previstos no artigo 311 e seguintes do CPP, tais como a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Ressalte-se que a ordem pública consiste na tranquilidade do meio social, tutelando-se bens jurídicos superiores tais como a incolumidade das pessoas e da saúde pública, sendo dever do Estado e direito e responsabilidade de todos zelar pela paz social: Ao passo que tal tranquilidade se vê ameaçada pela prática de crimes gravíssimos tal como o imputado às indiciadas, urge a decretação da prisão preventiva. Ademais, as medidas cautelares diversas da prisão preventiva se mostram inadequadas e insuficientes ao caso, salientando

que não existe comprovação de residência fixa e atividade lícita. Nestes termos e havendo nos autos fortes indícios de autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas por parte do indiciado, converto, a prisão em flagrante de Amanda Ribeiro dos Santos e Stefany Dourado de Oliveira com prisão preventiva.

Considerando que as acusadas já se encontram custodiadas por força da prisão em flagrante, desnecessária a expedição de novo mandado.

Há que se ressaltar a posição central, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

Sob tais regências normativas, e levando em consideração as peculiaridades do caso, penso ser temerário manter o encarceramento da paciente quando presentes dois dos requisitos legais do artigo 318 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.257/2016. Ademais a **prisão domiciliar revela-se adequada para** evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, CPP), diante das **condições favoráveis** que ostenta (primariedade e residência fixa), e de não haver demonstração de sua periculosidade concreta, que pudesse autorizar o recurso à cautela extrema como a única hipótese a tutelar a ordem pública.

Ante o exposto, defiro a liminar para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar até o julgamento do presente *writ*.

Alerte-se à paciente que a **violação da prisão domiciliar importará o restabelecimento da prisão preventiva**, como também poderá ser esta novamente aplicada se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

Comunique-se a decisão, com urgência, à autoridade apontada como coatora e ao juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações.

Ouça-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Rogério Schietti Cruz
Relator.

1922

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Execução penal. Mulher. Singularidade no tratamento da mulher presa. Prisão domiciliar. Possibilidade substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a agente tiver filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Estatuto da criança e do adolescente. Doutrina da proteção integral. Primazia do Melhor Interesse da criança e do adolescente.

3.ª Vara Criminal da Comarca de Joinville

Execução penal 0002363-46.2013.8.24.0038

j. 16.03.2016 – public. 18.03.2016

VISTOS ETC.

Urgente.

Trata-se de execução penal em desfavor da reeducanda

G.F.M., condenada à pena de 16 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática de crime de tráfico (23.5.12 - flagrante em sua residência, juntamente com seu marido com pouco mais de 10 gramas de crack, R\$ 407,00), posse de munição de uso restrito (23.5.12 - 7 munições de arma de fogo), falsificação de documento público (7.7.11 - carteira de identidade falsa), estelionato (7.7.11 - aquisição com documento falso de bens eletrônicos em hipermercado) e furto (7.7.11 - subtração de bens de uma bolsa).

Atualmente em regime fechado (fls. 219-20, item 3), pende deliberação sobre prisão domiciliar para cuidado dos filhos. (...)

É em síntese o relatório. **Decido.**

Inicialmente, importante salientar que conforme estudo feito pelo Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ, no Brasil são 36.738 - 6,4% da população prisional do país - maior parte dessas em regime fechado (44,7%), presa por tráfico de

drogas (58%), jovens entre 18 e 28 anos (50%), solteiras (57%), cumprindo penas de até 8 anos (54%), sendo mais concentrado esse percentual entre 4 e 8 anos (35%). Conforme a pesquisa, ainda, no RJ, 70% é de ré primária e dentre as grávidas a maioria afirma não receber atendimento ginecológico, com pré-natal incompleto, sofrendo de carências como por exemplo falta d'água para banho, má qualidade da comida, precariedade da higiene local, além de reclamarem do uso indevido de algemas, inclusive no parto.

E ainda, segundo o mencionado estudo, “*A questão das mulheres encarceradas, especialmente aquelas que experimentam a gravidez e o nascimento de seus filhos na prisão, constitui um dos aspectos mais perversos da opção por uma política criminal repressiva, com foco preferencial na pena privativa de liberdade. Se a situação das mulheres presas configura um dupla sanção, por ser ela considerada como ‘criminosa’, que ousou violar a lei dos homens numa sociedades patriarcal, no caso de grávidas e de mães de filhos pequenos, estas ainda recebem mais uma punição: são também privadas da convivência com seus filhos, com todas as consequências sociais que decorrem desse distanciamento.*”

Na espécie, está a apenas a pedir por prisão domiciliar para cuidados de quatro filhos, três deles menores de 12 (doze) anos.

O Ministério Público ao manifestar-se pela negativa da domiciliar, consignou que “*a existência de prole, por si só, não pode ensejar a soltura da Condenada, sob o risco de configurar verdadeiro salvo-conduto a todos os condenados que tenham filhos, de maneira indiscriminada e infundada*” (fls. 289-92).

Já a Defensoria Pública, por sua vez, ao requerer a concessão, invocou a absoluta prioridade da criança (fls. 298-302).

Com razão a defensoria.

O art.40, da LEP, exige de todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios; sendo que o direito à saúde vem reafirmado no art.41, VII, do mesmo Diploma.

Sobre prisão domiciliar para cuidados de filho menor, certo é que o art.117 da LEP refere-se tão somente às detentas que cumprem pena em regime aberto, *in verbis*: “*art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...)III - condenada com filho menor (...).*”

Porém, o próprio Código de Processo Penal disciplina a prisão domiciliar para presos, sejam provisórios ou condenados.

Dispõe o CPP:

“*Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.*” (NR)

“*Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo*” (NR) (grifou-se).

Atente-se que o inciso V supra foi recém incluído no ordenamento pela Lei n.13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância),

cujo entrada em vigor foi em 9/3/16.

Este Juízo tem a compreensão de que problemas sociais, comportamentais e de segurança pública são muito mais complexos, tanto que leis penais de emergência, recrudescedoras das penas, nunca conseguirão resolver. Porém, no caso deste novo dispositivo, com outro viés, veio a legislação na esteira das Regras de Bangkok, mais abaixo detalhadas, sobre o tratamento de mulheres presas, que complementam as regras mínimas para tratamento de reclusos. Sem confundir a situação da mulher encarcerada com segurança pública, o objetivo desse ordenamento é levar o estado a olhar a questão de gênero, sem discriminações. Muitas das mulheres presas, assim o estão por tráfico e associação para o tráfico, como resultado em boa parte do histórico de violência familiar, abandono material na maternidade e uso de drogas.

Destarte, respeitadas opiniões diversas, andou bem a lei.

Nada obstante, o que importa é que se antes a previsão de prisão domiciliar era apenas para reeducandos em cumprimento de pena em regime aberto (art.117, da LEP), agora é possível para os presos provisórios e por óbvio também a todos os demais presos, independentemente do regime, com requisitos como se vê mais flexíveis.

Além disso, como bem salientou a Defensoria Pública, a Constituição Federal consagra o princípio da proteção integral da criança com absoluta prioridade, conforme art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sobre o tema, leciona ainda FARIAS:⁽¹⁾

A proteção integral serve, assim, como instrumento vinculante de todo o tecido infraconstitucional, impondo ao jurista compreender toda e qualquer situação concreta de acordo com o que o melhor interesse da criança e adolescente recomendar. Em cada caso concreto, exige-se a construção de soluções derivadas do melhor interesse infanto-juvenil, oxigenando clássicos institutos jurídicos (como a guarda, a filiação e, é claro, o poder familiar e os alimentos). Todo e qualquer instituto concernente a interesse de criança ou adolescente precisa estar sintonizado na frequência da proteção integral constitucional, pena de incompatibilidade com o sistema constitucional.

Assim, verifica-se que não se trata de salvo-conduto, conforme aduzido pelo parquet, mas sim de efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

No caso concreto, ressalte-se que recentemente, em 19.2.2016, a reeducanda sofreu aborto espontâneo, conforme o ofício de fl. 317. Em que pese não ser o foco principal desta decisão, por óbvio, a situação vivenciada pela reeducanda não pode deixar de ser considerada e merece registro.

Especificamente no que se refere à prisão domiciliar, consta do estudo social de fls. 281-4, que a reeducanda possui quatro filhos, dos quais três menores de doze anos. Conforme o parecer técnico à fl. 284, “*considerando os relatos apresentados, não existem outros familiares em condições de ter sob seus cuidados os filhos da reeducanda. Os irmãos e a mãe tem tido dificuldades em se responsabilizar pelas crianças, bem como de satisfazer*

as necessidades básicas, pela falta da mãe. Isso tem trazido consequências negativas no comportamento em casa e na escola, onde o desempenho também acaba prejudicado. Diante do exposto, consideramos que G. tem um vínculo adequado com os filhos, sendo sua principal referência. A presença dela em casa se faz necessária, para permitir que as crianças tenham um desenvolvimento adequado, com suas necessidades materiais e afetivas sendo atendidas de forma satisfatória”.

Frise-se não ser viável que as crianças sejam alocadas com a mãe no Presídio Regional de Joinville, visto que o local não tem espaço adequado e é desprovido de condição sanitária satisfatória. Portanto, o único caminho a seguir é o da concessão da prisão domiciliar, haja vista a **indiscutível e notória** nocividade da privação do contato das crianças com a mãe.

Nesse sentido:

“Haverá prejuízo de qualquer forma, seja por permanecer na prisão, pelas próprias condições do local e dinâmica prisional, seja por sair do ambiente prisional, pela separação da mãe – que tem a aptidão de ser vivenciada pela criança como uma perda. [...] É necessário, por isso, focar na redução de danos, estudar e aplicar alternativas para as mães cumprirem suas penas ou mesmo aguardar a sentença em liberdade, evitando de todas as formas o encarceramento. Devemos analisar de forma complexa e multifatorial o destino de cada criança, a fim de evitar que os danos causados deixem cicatrizes profundas. Partindo-se da premissa de que os aspectos positivos do encarceramento centram-se no potencial protetivo frente aos cuidados da saúde da mulher e de seu filho e à manutenção do vínculo materno, deve-se questionar, necessariamente, até que ponto os mesmos benefícios não seriam obtidos fora das prisões [...]”⁽²⁾

Aliás, **considerando a condição de mulher e mãe da reeducanda**, importante registrar, a Regra nº 1 de Bangkok:⁽³⁾ “A fim de que o princípio de não discriminação, incorporado na regra 6 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos, seja posto em prática, deve-se ter em consideração as distintas necessidades das mulheres presas na aplicação das Regras. A atenção a essas necessidades para atingir igualdade material entre os gêneros não deverá ser considerada discriminatória.”

E mais especificamente as Regras 2, 45, 57 e 58:

“Regra 2: Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.

Regra 45: As autoridades penitenciárias concederão às presas, da forma mais abrangente possível, opções como saídas temporárias, regime prisional aberto, albergues de transição e programas e serviços comunitários, com o intuito de facilitar sua transição da prisão para a liberdade, reduzir o estigma e restabelecer contato com seus familiares o mais cedo possível.

Regra 57: As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Regra 58: Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível”.

(...)

Mutatis mutandis, conforme tem orientado o Supremo Tribunal Federal, “tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, esta Suprema Corte concluiu que os juízes e tribunais estão autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos constitucionais a eles garantidos, em especial o abrigado no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal” (STA 807/RJ; Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski; Julgamento: 23.11.2015).

Com base nos fundamentos supra, resta com clareza meridiana a solução que melhor se amolda ao caso concreto: **a concessão da prisão domiciliar**.

Isso nada mais é do que admitir e reafirmar, sempre, que a pessoa da condenada e sua família jamais perderão sua natureza humana e por este motivo serão sempre merecedoras de irrestrito respeito em seus direitos e garantias fundamentais. Este salto ético já foi dado e o atual padrão de civilidade assim exige, bem como a humanidade em paz agradece.

Ex positis:

Por estarem presentes os requisitos para o deferimento do pretendido, com base no art. 117, inciso III, art. 114, parágrafo único e art. 115, todos da LEP, c/c art. 317 e art.318, II, ambos do CPP, por analogia, **DEFIRO A PRISÃO DOMICILIAR** favor da reeducanda **G.F.M.**, nas seguintes condições: (1) recolhimento domiciliar em período integral, autorizando-se apenas eventuais saídas para acompanhamento e tratamento de sua saúde e dos filhos; (2) comparecimento em Juízo sempre que requisitado e (3) comunicação prévia de mudança de endereço. Deverá ainda a reeducanda informar seu endereço residencial no prazo de 10 dias.

(...)

No mais, aguarde-se o cumprimento da pena em regime fechado, cuja previsão para progressão ao **regime semiaberto** é a partir de **abril de 2017**, conforme cálculo de liquidação de penas de fls. 219-20 (item 3).

Notas

- (1) FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Possibilidade de Prestação de Contas dos Alimentos na Perspectiva da Proteção Integral Infanto-juvenil*. Ano de 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=582>.
- (2) MELLO, Daniela Canazaro de. *A prisão feminina : gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal*. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/6671/1/000459044-Texto%2bParcial%2bv.1-0.Pdf>>, Acesso em: 2.dez.2015.
- (3) Fonte: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/b34b6989fe5e3d71be4bca35cb0c0c08.pdf>>.

João Marcos Buch
Juiz de Direito.