

HABEAS CORPUS 151.057 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : ADRIANA DE LOURDES ANCELMO
IMPTE.(S) : LUIS GUILHERME MARTINS VIEIRA E OUTRO(A/S)
IMPTE.(S) : PEDRO MACHADO DE ALMEIDA CASTRO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DO HC Nº 426.704 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Luís Guilherme Vieira, Eduardo de Moraes, Renato de Moraes, Alexandre Lopes, Aline Amaral de Oliveira, Lucas Rocha, Ana Carolina Soares, Pedro Machado de Almeida Castro e Octavio Orzar impetram *habeas corpus* em favor de **Adriana de Lourdes Ancelmo**.

Narram que a paciente foi presa preventivamente por decisão da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Penal 0509503-57.2016.4.02.5101. Contra tal decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* ao Tribunal Regional Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Sobreveio decisão do Juízo de primeira instância, determinando o cumprimento da prisão preventiva em domicílio. O Ministério Público Federal, então, interpôs recurso em sentido estrito (0503011-15.2017.4.02.5101), provido por maioria. A defesa interpôs embargos infringentes, aos quais foi atribuído efeito suspensivo.

A ação penal foi julgada procedente, reconhecendo-se a necessidade de manutenção da prisão domiciliar.

Com fundamento na inovação do título da prisão, o Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o *habeas corpus* lá pendente – HC 383.606 (decisão de 6.11.2017). A defesa requereu ao Desembargador Relator a declaração de prejuízo do recurso em sentido estrito, entretanto esse pedido não foi acolhido. Contra esta última decisão, a defesa impetrou novo *habeas corpus* – HC 425.426 – ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi negado seguimento. Impetrado *habeas corpus* a esta Corte, neguei-lhe seguimento.

Sobreveio o julgamento dos embargos infringentes, aos quais foi negado provimento. A paciente foi recolhida a unidade prisional.

Os impetrantes sustentam o prejuízo do recurso em sentido estrito,

HC 151057 / DF

da mesma forma que o primeiro *habeas corpus*. Alegam que o encarceramento é desproporcional.

Requerem provimento liminar para determinar o retorno à prisão domiciliar. Pedem a concessão da ordem “(i) quer para, reconhecendo a prejudicialidade dos embargos infringentes opostos ao recurso em sentido estrito do MPF/RJ, na esteira do que restou decidido no HC nº 383.606 do STJ, determine-se a exequibilidade da decisão do STJ sobre a matéria, o que restou negado por aquele Sodalício em sede liminar, anulando-se o julgamento do recurso ministerial, (ii) quer para, alternativamente, desconsiderando-se a prejudicialidade ocasionada pela sentença condenatória, cassar o acórdão proferido no bojo do HC nº 383.606 do STJ, determinando-se que a Sexta Turma daquele Tribunal julgue o mérito da mandamental, voltando a paciente, até o julgamento final deste *habeas corpus*, a cumprir prisão domiciliar; (ii.i) neste caso, posto que aquele HC nº 383.606 do STJ completa 1 ano de impetração em 19/12/2017, seja, ainda, determinada celeridade e/ou prazo para julgamento, dado que já aparelhado por inteiro; e, por fim, (iii) reconhecendo, desde logo, que a matéria (liberdade) tem sido obstada de chegar a esta Suprema Corte, em conjunto com a clara desproporcionalidade do cárcere aplicado, seja concedida liberdade provisória, ou aplicadas medidas cautelares pessoais diversas da prisão”.

Decido.

Segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. Nesse sentido: HC 114.867/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013; HC 131.320-AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016; HC 140.825/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.3.2017, e HC 139.829/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 6.3.2017.

Além disso, cumpre destacar, até a presente data, a ausência de interposição de agravo regimental contra a decisão do STJ. Todavia, no que se refere ao tema, tenho-me posicionado, na Segunda Turma, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da

HC 151057 / DF

possibilidade de conhecimento do *habeas corpus* em casos idênticos. Ocorre que a Segunda Turma já se manifestou no sentido de não conhecer dos *writs* (HC 119.115/MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 13.2.2014, e HC 114.087/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 2.10.2014), com fundamento na carência de exaurimento da jurisdição e por inobservância ao princípio da colegialidade, previsto no art. 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, já havia se firmado o entendimento da Primeira Turma desta Corte. A esse propósito, cito: RHC 111.935/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.9.2013; RHC 108.877/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2011, e RHC 111.639/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.3.2012.

Ocorre que, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação desses entendimentos jurisprudenciais pode ser afastada no caso de configuração de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder, o que verifico ser o caso dos autos.

Em parte, o caso recomenda a superação da Súmula 691 do STF.

O primeiro pedido da presente ação de *habeas corpus* é o prejuízo ao recurso em sentido estrito da acusação contra a medida cautelar que abrandou as condições da prisão preventiva, com a alegação de que a sentença condenatória superveniente torná-lo-ia superado.

Ao negar seguimento ao *Habeas Corpus* 150.555, sustentei que a apreciação da matéria representaria supressão de instância, na forma da Súmula 691, e que o entendimento do Tribunal Regional, ao não considerar prejudicado o recurso em sentido estrito, está alinhado à jurisprudência da Segunda Turma do STF. Transcrevo:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior, antes do julgamento definitivo do *writ* [cf. HC (QO) 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, DJ 8.5.1998; HC 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma,

HC 151057 / DF

maioria, DJ 17.3.2000; e HC 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 23.6.2000]. E mais recentemente: HC 132.185-AgR/SP, por mim relatado, 2ª Turma, unânime, DJe 9.3.2016; HC 140.285 AgR/TO, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, maioria, DJe 24.4.2017; HC 143.069 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 9.5.2017.

Essa conclusão está representada na Súmula 691 do STF, *in verbis*: ‘*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*’.

A questão levantada neste *habeas corpus* não foi sequer apreciada pelo Tribunal Regional Federal.

É bem verdade que o rigor na aplicação de tal entendimento tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 85.185/SP, Plenário, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.9.2006; HC 129.554/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.10.2015, e HC 135.520/MT, 2ª Turma, por maioria, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2016; bem como as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005; e HC 128.479/AC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.10.2015).

Na hipótese dos autos, não vislumbro nenhuma dessas situações ensejadoras do afastamento da incidência da Súmula 691 do STF.

A Segunda Turma afirma que a superveniência condenatória, por si só, não torna o *habeas corpus* prejudicado. A ‘*perda de objeto do habeas corpus somente se justifica quando o novo título prisional invocar fundamentos indubitavelmente diversos do decreto de prisão originário*’. Mesmo em casos em que ocorre a

ampliação ‘do espectro de análise dos fundamentos da preventiva, com lastro no exame mais robusto das provas derivadas da condenação’, a jurisprudência afasta a prejudicialidade, se empregados os ‘mesmos critérios já sopesados no decreto cautelar primitivo’ – HC 137.279, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 22.11.2016.

No caso dos autos, a situação prisional da paciente foi resolvida por duas decisões interlocutórias sucessivas do Juízo, que ensejaram impugnação pela defesa e pelo Ministério Público. A primeira decisão decretou a prisão preventiva e foi atacada por *habeas corpus*. A segunda determinou o cumprimento da prisão preventiva em regime domiciliar e foi atacada por recurso em sentido estrito da acusação.

Sobreveio a prolação de sentença penal condenatória, mantendo a prisão domiciliar, sem inovação quanto aos fundamentos.

Nesse momento, pendia perante o STJ o HC 383.606, o qual foi julgado prejudicado na sessão de 24.10.2017.

Já o recurso em sentido estrito contra a prisão domiciliar fora provido por maioria, mas pendiam embargos infringentes, aos quais fora atribuído efeito suspensivo. Até o momento, não se reconheceu o prejuízo ao recurso.

Em princípio, de acordo com a jurisprudência da Segunda Turma desta Corte, nenhum dos meios de impugnação estaria prejudicado”.

No momento, não vislumbro razão para alterar o entendimento.

A defesa prossegue pedindo a cassação do julgamento do HC 383.606 pelo STJ, tendo em vista que não haveria prejuízo àquela impetração.

De fato, como afirmado no trecho transcrito, não houve prejuízo ao *habeas corpus*, na medida em que a sentença não inovou quanto aos fundamentos do decreto prisional.

Assim, o pedido pode desde logo ser acolhido.

De resto, os impetrantes postulam que a paciente aguarde o

HC 151057 / DF

juízo pelo STJ em prisão domiciliar.

É cediço que, enquanto estiver sob a custódia do Estado (provisória ou decorrente de condenação definitiva), são garantidos ao preso diversos direitos que devem ser respeitados pelas autoridades públicas.

No âmbito constitucional, desde o artigo 1º, já se enfatiza a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III, da CF/1988).

No rol dos *Direitos e Garantias Fundamentais* (Título II), mais especificamente nos capítulos dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e dos Direitos Sociais* (Capítulos I e II), estão o direito à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres reclusas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda, no âmbito constitucional, no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), temos a previsão de especial proteção à família pelo Estado, *in verbis*:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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”.

Na esfera infraconstitucional, a Lei 11.942, de 28 de maio de 2009, deu nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Transcrevo os referidos dispositivos:

“Art. 14. (...) § 3º. Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 83. (...) § 2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I - atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II - horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável”.

Esses direitos, naquilo que for compatível, podem ser outorgados também ao preso provisório, tendo em vista as peculiaridades que cada situação exige (artigo 42 da LEP).

HC 151057 / DF

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegura à gestante o atendimento pré e perinatal, bem como o acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o direito à amamentação, inclusive no caso de mães privadas de liberdade:

“Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º. A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§ 2º. A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º. Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

§ 4º. Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º. A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem

prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe”.

E, mais recentemente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que entrou em vigor em março de 2016, alterou a redação do artigo 318 do CPP, a fim de tornar ainda mais amplas as hipóteses de concessão de prisão domiciliar :

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - **gestante**; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - **mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos** ; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

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

Reconheço que o diploma acima citado deve ser aplicado de forma

restrita e diligente, verificando-se as peculiaridades de cada caso.

Não obstante as circunstâncias em que foi praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar da criança.

Em seu livro “Prisão e Liberdade”, de acordo com a Lei 12.403/2011 (Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 114), o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci, relata:

“A *mens legis* diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável o filho recém-nascido e não do que é mais apazível para a paciente”.

Registro, também, que, por diversas vezes, a Segunda Turma do STF tem concedido *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva de pacientes gestantes e lactantes por prisão domiciliar (HC 134.104/SP, de minha relatoria, DJe 19.8.2016; HC 134.069/DF, de minha relatoria, DJe 1º.8.2016; HC 133.177/SP, de minha relatoria, DJe 1º.8.2016; HC 131.760/SP, de minha relatoria, DJe 13.5.2016; HC 130.152/SP, de minha relatoria, DJe 1º.2.2016; HC 128.381/SP, de minha relatoria, DJe 1º.7.2015; HC 142.593/SP, de minha relatoria, DJe 13.10.2017; HC 142.279/CE, de minha relatoria, DJe 18.8.2017). No mesmo sentido foram as decisões concessivas de liminar no HC 142.479 MC/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.4.2017, e do *writ* no HC 134.734/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 7.4.2017.

Destaco, ainda, que, nos termos das Regras de *Bangkok*, de dezembro

HC 151057 / DF

de 2010, a adoção de medidas não privativas de liberdade deve ter preferência, no caso de grávidas e **mulheres com filhos dependentes**. Transcrevo o dispositivo das Regras de *Bangkok*:

“2. Mulheres grávidas e com filhos dependentes

Regra 64

Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”.

A necessidade de observância das Regras de *Bangkok*, acrescente-se, foi apontada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 126.107/SP, e tem sido constantemente invocada pelo Ministro Celso de Mello em seus pronunciamentos orais na Segunda Turma.

Sobre o tema, menciono também as seguintes decisões monocráticas de membros da Primeira Turma do STF: Ministro Barroso nos HCs: 134.979/DF, DJe 1º.8.2016; 134.130/DF, DJe 30.5.2016; 133.179/DF, DJe 5.4.2016 e 129.001/SP, DJe 3.8.2015. E do Ministro Marco Aurélio no HC 133.532/DF, DJe 12.5.2016.

Por decisão colegiada, a Primeira Turma concedeu a ordem em favor de mãe de duas filhas gêmeas de onze anos de idade, que fora presa juntamente com o pai das crianças, por tráfico de drogas – HC 136.408, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5.12.2017.

Recentemente, destaquei a importância de o Conselho Nacional de Justiça atuar no tema de forma sistemática, oferecendo alternativas de apoio psicossocial às mulheres presas (Ofício 10/GMGM).

Em suma, a questão da prisão de mulheres grávidas ou com filhos sob seus cuidados é absolutamente preocupante, devendo ser observadas, preferencialmente, alternativas institucionais à prisão, que, por um lado, sejam suficientes para acautelar o processo, mas que não representem

HC 151057 / DF

punição excessiva à mulher ou às crianças.

O caso é bastante semelhante ao mencionado HC 136.408, no qual a Primeira Turma deferiu a ordem – mulher com filho na faixa dos onze anos de idade, presa em conjunto com o pai das crianças. A prisão do pai reforça a imprescindibilidade da mãe para os cuidados dos filhos.

A condição social das mães ou mulheres grávidas não é relevante. Vários dos casos em que esta Corte concedeu tutela judicial eram de *habeas corpus* patrocinados pela Defensoria Pública – HCs 134.104, 134.069; 133.177; 130.152 e 128.381.

No presente caso, a condição financeira privilegiada da paciente não pode ser usada em seu desfavor.

Observo que o crime supostamente praticado pela paciente, muito embora grave, não envolve violência ou grave ameaça à pessoa.

A paciente esteve por meses em prisão domiciliar, sem violar as regras estabelecidas pelo Juízo. A sentença reconheceu a desnecessidade de um regime mais rigoroso.

Enquanto esteve em prisão domiciliar, o Juízo já providenciara para que o cumprimento fosse feito sob fiscalização, assegurando a atenção à família e o isolamento quanto a meios de comunicação.

Nesse contexto, tenho que a paciente tem condições de aguardar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça em prisão domiciliar, salvo fato superveniente.

Ante o exposto, **concedo em parte** a ordem de *habeas corpus*, na forma do art. 21, § 1º, do RISTF, para cassar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou o HC 383.606. Deve retornar a paciente, até o julgamento final daquele *habeas corpus*, a cumprir prisão domiciliar, nos termos da decisão do Juízo de primeira instância.

Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente