

HABEAS CORPUS 185.215 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : _____
IMPTE.(S) : GUILHERME ANDRE DE CASTRO FRANCISCO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 560.580 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Guilherme André de Castro Francisco, em favor de _____ contra decisão do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem nos autos do *Habeas Corpus* 560.580/SP.

Consta dos autos que a paciente foi presa preventivamente pela suposta prática de roubo duplamente majorado e de homicídio qualificado (art. 157, § 2º, II e V, e art. 121, § 2º, I, III, IV e V, ambos do Código Penal).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no TJSP postulando, em suma, a revogação da constrição cautelar, haja vista ser mãe de uma bebê de 5 meses.

A ordem foi denegada nos termos da ementa a seguir transcrita:

“*Habeas Corpus* - Homicídio quadruplamente qualificado e Roubo duplamente qualificado - Prisão preventiva suficientemente fundamentada - Constrangimento ilegal inexistente – Não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por via de *habeas corpus*, a ordem de custódia preventiva, cujo teor contenha fundamentos suficientes, demonstrativos da presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP. Ao analisá-los, deve o Magistrado considerar não apenas a natureza da infração, mas as circunstâncias e as condições pessoais do paciente.

Habeas corpus - Pedido de substituição de custódia cautelar por prisão domiciliar - Prisão preventiva posterior ao Ven. Acórdão proferido no julgamento, pelo Col. Supremo Tribunal Federal, do *habeas corpus* coletivo n. 143.641/SP - Decisão do Pretório Excelso que deve ser observada a título de

Jurisprudência, por tratar-se de prisão preventiva posterior ao referido julgado - Expediente que não veio instruído com documentos comprobatórios de dependência de filhos menores de 12 anos - Peças essenciais à comprovação do alegado constrangimento ilegal - Crimes de homicídio quadruplamente qualificado e roubo duplamente qualificado - Situação excepcional que impede a concessão da ordem - Deveria, a rigor, ser liminarmente indeferida a ordem de habeas corpus, para substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar, eis que concernente a expediente não acompanhado das peças essenciais à sua análise e que permitiriam aferir minimamente a ocorrência ou não do alegado constrangimento ilegal, no caso documentos comprobatórios de que a paciente é realmente mãe de prole com menos se 12 anos de idades, sob sua responsabilidade. Na medida em que a paciente ainda não estava recolhida cautelarmente no momento em que foi concedida a ordem pelo STF, não se cogita de dar propriamente cumprimento à decisão do Pretório Excelso, mas esta deve ser observada a título de Jurisprudência. No caso concreto, porém, está-se diante de situação gravíssima, que simplesmente não permite a cumprimento da ordem eis que se cuida de imputação homicídio quadruplamente qualificado e roubo duplamente qualificado". (eDOC 5, p. 169)

Daí a impetração de novo *writ* no STJ, que denegou a ordem ante a ausência de ilegalidade na prisão cautelar.

Nesta Corte o impetrante reitera os pedidos pretéritos e enfatiza a necessidade do restabelecimento da liberdade da paciente, porquanto estava grávida e deu luz na cadeia, além de não ter as condições necessárias para a proteção contra a covid-19 para a menor.

Intimada, a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem. (eDOC 16) É o relatório.

Passo a decidir.

No caso, destaco que a decisão impugnada do STJ é monocrática e não houve a interposição de agravo regimental. No ponto, registro que, na

Turma, tenho-me posicionado, juntamente com Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, no sentido da possibilidade de conhecimento do habeas corpus em casos idênticos.

Ocorre que a Segunda Turma já se posicionou no sentido de não conhecer dos *writs* (HC 119.115/MG, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, sessão de 6.11.2013), com fundamento na carência de exaurimento da jurisdição e por inobservância ao princípio da colegialidade, insculpido no art. 102, inciso II, 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 111.639/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30.3.2012; e RHC 108.877/SP, Rel. Min. Cármem Lúcia, DJe 19.10.2011.

Contudo, ressalte-se que, em obediência ao princípio da proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV), a aplicação desse entendimento jurisprudencial pode ser afastada no caso de configuração de patente constrangimento ilegal ou abuso de poder.

Na hipótese dos autos, vislumbro constrangimento ilegal manifesto a ensejar a superação do entendimento acima exposto.

Isso porque a paciente estava grávida quando foi apreendida e deu a luz enquanto encontrava-se em prisão preventiva de modo que a fundação em que está internada não é o melhor ambiente para ela e para a criança durante a fase de amamentação.

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 cônjuges e médicos 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).

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 saudável 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 incompleto s. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

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

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, bem como na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor.

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 aprazível 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).

Registre-se que um dos precedentes mais importantes sobre o tema ocorreu no julgamento do **habeas corpus 143.641/SP**, quando se admitiu, pela primeira vez, a **impetração da ação em caráter coletivo**, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem como em benefício dos próprios menores encarcerados.

A Segunda Turma concedeu a ordem para que essas prisões preventivas fossem substituídas por prisões domiciliares, sem prejuízo da aplicação concomitante de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP. Ressalvou-se, contudo, a não concessão da ordem para os casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra os descendentes ou ainda em situações excepcionalíssimas, devidamente fundamentadas pelo juiz da causa.

Essa ação teve o mérito de reconhecer a abusividade da prisão preventiva de gestantes que passam parte da gravidez e do pós-parto na companhia integral de seus filhos para, posteriormente, serem abruptamente separados, com o encaminhamento, em diversos casos, para abrigos para adoção.

Em outros casos, constatou-se a existência de crianças que passam parte da infância atrás das grades, com graves consequências sobre os seus desenvolvimentos.

Destaque-se, ainda, que a prisão domiciliar de investigadas gestantes ou mães de crianças menores encontra respaldo nas normas de direito internacional.

Com efeito, nos termos das Regras de Bangkok, de dezembro 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:

"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, nos votos proferidos na Segunda Turma.

Sobre o tema, menciono também as seguintes decisões monocráticas de membros da Primeira Turma do STF: HC 134.979/DF, DJe 1º.8.2016; HC 134.130/DF, DJe 30.5.2016; HC 133.179/DF, DJe 5.4.2016 e HC 129.001/SP, DJe 3.8.2015, todos de relatoria do Ministro Roberto Barroso; HC133.532/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 12.5.2016. E mais recente: HC 134.734-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 7.4.2017.

Anote-se que a prisão domiciliar é uma espécie de medida cautelar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência,

só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (MOREIRA, Rômulo de Andrade. Considerações acerca da prisão domiciliar em face da Lei 13.257/16. *Revista Justiça e Cidadania*, n. 188, p. 57-61, abr. 2016).

Segundo Guilherme de Souza Nucci, introduziu-se, pela Lei 12.403/2011, uma particular e excepcional situação para o cumprimento da prisão preventiva, recolhendo-se o indiciado ou acusado em seu próprio domicílio. Prossegue: "a ideia central do instituto é a seguinte: em lugar de manter-se o preso em cárcere fechado, é inserido em recolhimento ocorrido em seu domicílio, durante as 24 horas do dia". (NUCCI, Guilherme de

Souza. Prisão e Liberdade, de acordo com a Lei 12.403/2011. Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 114).

Ademais, registre-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Recomendação 62, de 17 de março de 2020, determinando aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Dentre as medidas, recomendou-se aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, realizem a reavaliação das prisões provisórias, priorizando-se “mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos” (art. 4, inciso I, alínea “a”). Tal recomendação vai ao encontro da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal discutida no presente voto.

No caso concreto, a colocação da paciente em prisão domiciliar é medida que se impõe, mormente porque, para além do fato de que seu filho conta com apenas 5 meses, ficou comprovada a **imprescindibilidade da paciente aos cuidados da criança, já que esta se encontra em fase de amamentação.**

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* para determinar que a paciente _____ seja posta em prisão domiciliar, com a obrigação de comparecimento periódico em Juízo para informar e justificar suas atividades.**

Além disso, deverá a paciente: a) solicitar previamente autorização judicial sempre que pretender ausentar-se de sua residência (artigo 317 do CPP); b) atender aos chamamentos judiciais; c) noticiar eventual transferência; e d) para fins de apuração da melhor situação para a criança (ECA doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente), submeter-se, periodicamente, juntamente com sua família, a estudos psíquicos-sociais.

Comunique, com urgência, ao juízo de origem, ao TJ/SP e ao STJ.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.
Brasília, 15 de maio de 2020.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente