

HABEAS CORPUS 218.764 PARANÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) :
IMPTE.(S) : DAVID METZKER DIAS SOARES E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 761.120 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por David Metzker Dias Soares, em favor de _____, contra decisão monocrática proferida do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 665.367/SC.

Colho da decisão impugnada:

“Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de _____, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Colhe-se dos autos que a paciente teve a prisão preventiva decretada pela suposta prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Alega a impetrante, em síntese, que: a) "a paciente possui 04 filhos menores de 12 anos [...], sendo que uma delas ainda estava sendo amamentada" (e-STJ, fl. 4); b) "os fatos narrados não foram cometidos com violência ou grave ameaça" (e-STJ, fl. 5); c) "trata-se de um delito de furto qualificado, sem qualquer complexidade" (e-STJ, fl. 5).

Pleiteia a substituição da prisão preventiva pela custódia domiciliar." (eDOC 3, p. 1)

No STJ, o *habeas corpus* não foi conhecido. O ato coator foi publicado em 10.8.2022. Interposto agravo regimental, aguarda-se julgamento.

Nesta Corte, a defesa reitera os pedidos formulados naquele Tribunal.

É o relatório.

Decido.

HC 218764 / PR

Inicialmente, registro que o mérito da controvérsia não foi apreciado pelo colegiado do Superior Tribunal de Justiça.

Sem o esgotamento da instância, a análise por esta Corte resulta em sua supressão. Cito precedentes:

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. *Habeas corpus* que impugna decisão monocrática de mérito proferida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Ausência de pronunciamento colegiado. Necessidade de interposição de agravo regimental. 3. Superação do óbice possível apenas nos casos de flagrante ilegalidade. Não ocorrência no caso concreto. 4. Agravo não provido”. (AgR no HC 184.614, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 16.6.2020)

“Agravo regimental no *habeas corpus*. 2. *Habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior. Supressão de instância. Não há manifesta ilegalidade no caso concreto a autorizar a concessão da ordem. 3. Abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Reincidência inespecífica. Irrelevância ao caso concreto. 4. Fixação de regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal devidamente fundamentadas. 5. Agravo improvido”. (AgR no HC 180.489, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 14.4.2020)

Contudo, em casos de manifesta e grave ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, inclusive por meio da concessão da ordem de ofício, **o que é o caso dos autos**.

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).

HC 218764 / PR

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:

“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”.

HC 218764 / PR

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 c 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).

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,

HC 218764 / PR

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

HC 218764 / PR

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

HC 218764 / PR

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.

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).

Destaca-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

HC 218764 / PR

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.

HC 218764 / PR

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).

No caso concreto, a colocação da paciente em prisão domiciliar é medida que se impõe, mormente porque, para além do fato de possuir 4 filhos menores, um deles necessita de amamentação (eDOC 2, p. 4), de modo que resta evidente a imprescindibilidade da paciente aos cuidados das crianças, não havendo justificativa nos autos aptas a afastar esse direito.

Ante o exposto, **concedo ordem de ofício** para deferir a prisão domiciliar a _____, cumulada com as seguintes medidas cautelares: a) proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização judicial; e b) monitoramento eletrônico.

Registro que o juízo de primeiro grau ficará responsável pela fiscalização do cumprimento das medidas e condições impostas, devendo advertir a paciente de que eventual desobediência implicará no restabelecimento da prisão em unidade prisional.

Publique-se. Intimem-se.

Comunique-se com urgência

Brasília, 30 de agosto de 2022.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente