

HABEAS CORPUS 150.308 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : JESSICA PAULA RAMOS
IMPTE.(S) : FERNANDO ELIAS ASSUNCAO DE CARVALHO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 423.826 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Fernando Elias Assunção de Carvalho, em favor de **Jessica Paula Ramos**, contra decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer, do STJ, que indeferiu liminarmente o HC 423.826/SP (eDOC 15, p. 1-4).

Preliminarmente, consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em 22.10.2017, convertida a custódia em prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas; eDOC 13, p. 10).

Inconformada, a defesa impetrou o HC 2211746-51.2017.8.26.0000 no TJ/SP, cujo relator indeferiu o pedido de liminar (eDOC 5, p. 2-8).

Daí a impetração, perante o STJ, do citado HC 423.826/SP.

No presente HC, sustenta-se, em síntese, o seguinte:

a) cabimento excepcional desta impetração, superando-se o óbice contido na Súmula 691/STF, diante de evidente constrangimento ilegal na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF;

b) inidoneidade do decreto de prisão, porquanto baseado no perigo abstrato do crime supostamente cometido, além de não ter sido individualizada a necessidade da custódia;

c) relevância de a paciente ser primária, jovem (22 anos), no

HC 150308 / SP

momento no oitavo mês de gestação considerada de risco, além de ser mãe de uma criança de 3 anos de idade, a qual depende de seus cuidados (eDOC 11, p. 3-10; eDOC 12, p. 1-10; eDOC 13, p. 1-10); ademais, na audiência de custódia, ratificou sua intenção de colaborar com a administração da justiça;

d) aplicação, no caso, das “Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok”;

e) possibilidade de substituição da prisão em apreço por quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão, objeto do art. 319 do CPP, uma vez que a paciente também é mãe de uma criança de 3 anos (eDOC 11, p. 3).

Ao final, a parte impetrante pede a concessão de liminar e o posterior deferimento do *writ* para que se determine em favor da paciente o seguinte:

“(a) LIBERDADE PROVISÓRIA com o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, na forma do artigo 319, do Código de Processo Penal; alternativamente, (b) seja convertida a prisão preventiva em PRISÃO DOMICILIAR, na forma do inciso V, do artigo 318, do Código de Processo Penal, por ser a investigada portadora de todos os requisitos capazes de obter tal deferimento: (1) ser mãe de uma menina com três anos de idade e totalmente dela dependente; (2) ser primária e contar com bons antecedentes e (3) ter residência fixa e ocupação lícita, conforme os documentos em anexo, forma do Parágrafo único, do artigo 318, do CPP (inserido pela Lei n. 12 403/2011), cessando-se o CONSTRANGIMENTO ILEGAL absolutamente manifesto e infecto, expedindo-se o competente SALVO CONDUCTO em favor da Paciente.” (eDOC 1, p. 28-29)

É o relatório.

Decido.

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus* por meio do qual o impetrante se insurge contra decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer, do STJ, que indeferiu liminarmente o HC 423.826/SP (eDOC 15, p. 1-4).

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 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.

Segundo os autos, a paciente encontra-se grávida e possui uma filha menor (criança de 3 anos; eDOC 11, p. 3-10; eDOC 12, p. 1-10; eDOC 13, p. 1-10).

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).

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 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

HC 150308 / SP

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; 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 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, acrescenta-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 fim, observo que o crime supostamente praticado pela paciente não envolve violência ou grave ameaça à pessoa.

Desse modo, considerada a comprovação da imprescindibilidade da paciente aos cuidados de sua filha menor de 12 anos, bem como pelo estado de comprovada gravidez (eDOC 11, p. 3-10; eDOC 12, p. 1-10; eDOC 13, p. 1-10), a substituição da segregação preventiva pela prisão domiciliar é medida que se impõe.

Assim, nos termos do art. 318, incisos IV e V, do CPP (gestante e mulher com filho de até 12 anos incompletos, respectivamente), c/c o art. 192, *caput*, do RI/STF, **concedo a ordem** para determinar que a paciente **Jessica Paula Ramos seja colocada em prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, se possível, e, ainda, com a obrigação de comparecimento periódico em Juízo para informar e justificar suas atividades, sem prejuízo da adoção de outras medidas cautelares dispostas no CPP.**

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 psíquico-sociais.

HC 150308 / SP

A prisão em domicílio, sob pena de se desacreditar, por completo, o sistema penal repressivo, não pode ser banalizada, precisa ser acompanhada com eficiência. 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 o restabelecimento da prisão preventiva.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Assis/SP (Proc. 0009507-48.2017.8.26.0047); ao Relator, no TJ/SP, do HC 2211746-51.2017.8.26.0000, bem como ao Relator, no STJ, do HC 423.826/SP.

Publique-se.

Brasília, 24 de novembro de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente