

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

PACTE.(S) : **TODAS AS MULHERES SUBMETIDAS À PRISÃO CAUTELAR NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL, QUE OSTENTEM A CONDIÇÃO DE GESTANTES, DE PUÉRPERAS OU DE MÃES COM CRIANÇAS COM ATÉ 12 ANOS DE IDADE SOB SUA RESPONSABILIDADE, E DAS PRÓPRIAS CRIANÇAS**

IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

ASSIST.(S) : **TODOS OS MEMBROS DO COLETIVO DE ADVOGADOS EM DIREITOS HUMANOS - CADHU**

ASSIST.(S) : **ELOISA MACHADO DE ALMEIDA**

ASSIST.(S) : **HILEM ESTEFANIA COSME DE OLIVEIRA**

ASSIST.(S) : **NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO**

ASSIST.(S) : **ANDRE FERREIRA**

ASSIST.(S) : **BRUNA SOARES ANGOTTI BATISTA DE ANDRADE**

COATOR(A/S)(ES) : **JUÍZES E JUÍZAS DAS VARAS CRIMINAIS ESTADUAIS**

COATOR(A/S)(ES) : **TRIBUNAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

COATOR(A/S)(ES) : **JUÍZES E JUÍZAS FEDERAIS COM COMPETÊNCIA CRIMINAL**

COATOR(A/S)(ES) : **TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS**

COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**

ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ**

ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ**

ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ**

AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO**

ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE GOIAS
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
GOIÁS
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO
MARANHÃO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO
MARANHÃO
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARA
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DA PARAIBA
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA
PARAÍBA
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
PERNAMBUCO
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO NORTE
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
RONDÔNIA
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RORAIMA
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
RORAIMA
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SERGIPE
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE
SERGIPE
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO

HC 143641 / SP

PAULO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE. :INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
AM. CURIAE. :INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA ITTC
AM. CURIAE. :PASTORAL CARCERÁRIA
ADV.(A/S) :MAURICIO STEGEMANN DIETER E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE. :INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) :GUILHERME RAVAGLIA TEIXEIRA PERISSE DUARTE E OUTRO(A/S)

HC 143641 / SP

AM. CURIAE. :ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA
(ABRASCO)
ADV.(A/S) :MARCIA BUENO SCATOLIN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. :INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA -
MÁRCIO THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV.(A/S) :GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI E OUTRO(A/S)

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Saúdo, inicialmente, o acutíssimo voto que veio de proferir o e. Ministro Ricardo Lewandowski.

Peço vênua a Sua Excelência, no entanto, para registrar a convergência no resultado, que me leva à concessão da ordem, mas com extensão distinta e fundamento diverso.

Tal como consignou o e. Ministro Ricardo Lewandowski, tenho que o Código de Processo Penal, ao prever, em seu art. 318, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, não concedeu uma faculdade irrestrita ao magistrado como uma leitura isolada do dispositivo poderia sugerir. No entanto, tampouco se poderiam invocar disposições de tratados de direitos humanos para assentar que, ante a condição de gestante, não haveria outra solução ao magistrado que não a de determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Com efeito, o art. 318 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

“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.”

Amparados nos incisos IV e V, os impetrantes, Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, advogados membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos – CADHu, agora *amici curiae*, sustentam, em síntese, que as mulheres em tais condições sofrem duplamente as consequências de um encarceramento cujos limites foram reconhecidos por esta Corte na ADPF 347, Rel. Ministro Marco Aurélio. Por essa razão, em seu entender, o “cárcere, na forma como recebe e abriga gestantes, mães e crianças, é ilegal, inconstitucional e inconveniente” (eDOC 1, p. 30).

É certo que o sistema penitenciário nacional foi caracterizado, ante o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, como “estado de coisas inconstitucional”. No entanto, tal como se consignou naquela decisão, não foram por isso revogadas as disposições constantes do Código de Processo Penal. Ao contrário, o sentido que norteou os debates travados no Tribunal quando do julgamento da ADPF 347 foi o de, face à realidade dos fatos, interpretar a legislação à luz dos direitos fundamentais de todos os presos. Foi essa a orientação que, aliás, foi dirigida a todos os juízes brasileiros.

Nessa dimensão, as ponderações a serem feitas pelo magistrado devem ser sempre concretamente realizadas. O estado de coisas inconstitucional não implica automaticamente o encarceramento domiciliar. Apenas à luz dos casos concretos é que é possível avaliar todas as demais alternativas para que, como prevê a Declaração de Kiev sobre a Saúde das Mulheres Encarceradas, o encarceramento de mulheres grávidas ou com crianças menores seja reduzido ao mínimo. Essa diretriz decorre do próprio Código de Processo Penal, ao prever, para a prisão preventiva, que ela só poderá ser aplicada, “quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (art. 282, § 6º, do Código de

HC 143641 / SP

Processo Penal).

Não se deduz do Código de Processo Penal ou das normas internacionais de proteção à pessoa humana, diretriz interpretativa que inviabilize ao magistrado a aplicação, desde que justificada e excepcional, da prisão preventiva. No entanto, tal como asseverou o e. Ministro Ricardo Lewandowski, isso não significa que a sua substituição pela domiciliar fique a critério exclusivo do magistrado.

As alterações do Código de Processo Penal promovidas pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, sinaliza para a teleologia de sua aplicação: um *plus* em relação a mera faculdade, sem, porém, consubstanciar um dever imediato.

Com efeito, a Lei vem a concretizar o disposto no art. 227 que dispõe ser “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”.

No mesmo sentido, a Declaração de Kiev (2009), em seu artigo 4.2, estabelece que sempre que os interesses das crianças estiverem envolvidas, o melhor interesse da criança deve ser o fator determinante em relação ao encarceramento de mulheres, o que implica pôr os interesses da criança em absoluta prioridade.

Tais dispositivos são objeto de detalhada proteção no âmbito da Convenção de Direitos das Crianças. Com efeito, logo no artigo 3.1 da Convenção, estabelece-se que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Nas Recomendações no Dia de Discussões sobre Crianças de Pais Encarcerados, o Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável por interpretar a Convenção, expressamente recomendou aos Estados o seguinte (parágrafo 30):

“O Comitê enfatiza que no sentenciamento dos pais ou responsáveis, medidas alternativas à prisão devem, sempre que possível, ser fixadas em lugar de encarceramento, inclusive na fase provisória. Alternativas à detenção devem ser disponibilizadas e aplicadas caso a caso, com consideração plena acerca dos possíveis impactos de sentenças diferentes em relação ao melhor interesse da criança afetada”.

É evidente que tais princípios foram acolhidos plenamente na legislação brasileira. O art. 4º da Lei 13.257/2016 prevê as seguintes medidas para concretizar o direito das crianças com absoluta prioridade:

“Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;

III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;

IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;

V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;

VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;

VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;

VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;

IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.

Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.”

Como se observa da leitura de tais dispositivos, é a partir do direito da criança, pensado em absoluta prioridade, que se deve analisar o direito de liberdade invocado no presente *habeas corpus*, nos termos em que invocado na própria inicial da impetração. Não há dúvidas que as mulheres, mas também os homens presos, nos termos do art. 318, VI, do CPP, têm direito à vida familiar e à reinserção social. O instrumento previsto pelo art. 318, no entanto, destina-se à avaliação concreta, feita pelo juiz da causa, do melhor interesse da criança.

Nesta perspectiva, para corroborar, trago à baila as regras sobre a situação das mulheres gestantes, com filhos/as e lactantes na prisão inseridos nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok (2010), complementando a regra 23 das Regras mínimas para o tratamento de reclusos.

“23.

1) Nos estabelecimentos penitenciários para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento penitenciário, tal fato não

deve constar do respectivo registro de nascimento.

2) Quando for permitido às mães reclusas conservar os filhos consigo, devem ser tomadas medidas para organizar um inventário dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado das mães.

Regra 48

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento.

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas.

Regra 50

Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.”

A forma de se avaliar esse “melhor interesse” não é medida que comporta uma avaliação geral e abstrata. Como consta da recomendação do Comitê de Direito das Crianças e das Regras de Bangkok, apenas caso a caso é que o melhor interesse da criança pode ser avaliado. O artigo 12.1 da Convenção de Direito das Crianças estabelece que “os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança”.

No ponto seguinte, a Convenção prevê que deve ser garantida a criança “a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado”.

É de se observar que, quando da elaboração da Convenção, foi suscitada a possibilidade de consignar no texto do tratado os assuntos e os temas em que se poderia ouvir a criança. No entanto, a visão

consagrada é a mais ampla possível, a fim de permitir, caso a caso, a oitima cuidadosa da criança. Deve-se registrar, ademais, que, no Comentário Geral n. 12, o Comitê de Direito das Crianças recomenda expressamente aos Estados que adotem medidas apropriadas para que sejam fixados parâmetros a serem destinados aos tomadores de decisão acerca das opiniões da criança e das consequências para sua vida (§ 33).

É precisamente quanto a essa obrigação que a faculdade estabelecida pelo art. 318 não consubstancia liberalidade do magistrado. É evidente que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino. Situações haverá em que o melhor interesse da criança exigirá a custódia cautelar, em outras talvez não. Apenas à luz das especificidades dos casos concretos é que será possível ao juiz determinar qual será o melhor interesse da criança.

De outro lado, no caso das gestantes, a preocupação com a infância destina-se sobretudo à saúde e à alimentação adequadas que devem ser garantidas à mãe. Se, como prevê a Declaração de Kiev, deve ser compensada a flagrante desigualdade de gênero a que estão sujeitas as mulheres no estabelecimento da política pública, então é à luz dessa particular circunstância que o cumprimento das regras mínimas de tratamento das pessoas encarceradas deve ser estimado pelo juiz, nas concretas condições em que se encontram as mulheres. Noutras palavras, mesmo no caso das mulheres gestantes, a primazia do direito à infância exige a individualização das concretas circunstâncias em que a prisão cautelar poderia ser substituída pela domiciliar.

Face a essas limitações, não há como se deferir, tal como requerida, a ordem em *habeas corpus*. É preciso reconhecer, porém, que, na linha do suscitou o próprio Ministério Público, o artigo 318 do Código de Processo Penal comporta mais de uma interpretação, sendo que apenas uma, a que acolhe o interesse primordial da infância, é constitucionalmente conforme. Por essa razão, e nessa extensão, é que o deferimento da ordem deve ser fixado.

Ante o exposto, defiro a ordem de *habeas corpus* coletivo

HC 143641 / SP

exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas.

Dê-se conhecimento ao Conselho Nacional de Justiça para a adoção de providências cabíveis (art. 1º, § 1º, II e III, da Lei n. 12.106/2009).

É como voto.

Cópia