

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 141.874 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : FLAVIANE CHAGAS BATISTA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 392.117 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de Flaviane Chagas Batista, contra decisão monocrática proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que indeferiu liminarmente o pedido formulado nos autos do HC 392.117/SP (eDOC 5, p. 1-5).

Segundo a denúncia, no dia 13 de janeiro de 2017, na Rodovia SP 127, Km 113, e na Rua José Gaspar, 155, Residencial Juliana, na cidade e Comarca de Tatuí/SP, a paciente, juntamente com outros dois agentes, transportava, trazia consigo, guardava e mantinha em depósito 3 porções de cocaína, com peso bruto aproximado de 81,2 gramas; 3 porções de maconha, com peso bruto aproximado de 201,5 gramas e 2 porções de *crack*, com peso bruto aproximado de 3,13 gramas.

A paciente foi presa em flagrante e denunciada pela prática, em tese, dos delitos descritos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico de drogas) (eDOC 4, p. 1-2).

O flagrante foi convertido em segregação preventiva (eDOC 4, p. 5-6).

A defesa, então, formulou pedido de revogação da prisão preventiva, ou, subsidiariamente, concessão de prisão domiciliar,

HC 141874 MC / SP

alegando, em síntese, ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, bem como ser a acusada mãe de duas crianças, uma de três anos e outra de seis anos.

Em 10 de março de 2017, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP indeferiu os pedidos, mantendo a prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), que indeferiu o pedido liminar, pendente ainda o julgamento do mérito.

Novo *writ* foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça, postulando-se, em suma, a concessão de liberdade provisória, uma vez que a ré possui duas crianças menores de seis anos, que dependem da mãe para sua sobrevivência.

A relatora do HC 392.117/SP, do STJ, indeferiu liminarmente o *writ*, por óbice da Súmula 691/STF.

Nesta Corte, a impetrante insiste na necessidade de concessão de prisão domiciliar à acusada, principalmente em razão de seus filhos menores de 12 anos.

Alega também a ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar, dispostos no artigo 312 do CPP.

Para tanto, afirma:

“2. Fundamentação jurídica

a) Não cabimento da prisão preventiva

(...) não há nenhum elemento concreto a demonstrar que, em liberdade, a paciente, **que é mãe de duas crianças pequenas**, representaria risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, restando, assim,

HC 141874 MC / SP

desproporcional e desnecessária a manutenção do cárcere. Logo, a liberdade provisória deve ser concedida, revogando-se a prisão preventiva.

(...) **b) necessidade de soltura ou colocação em prisão domiciliar para cuidados com os filhos.**

Ainda que se entenda cabível a prisão preventiva, no caso, de rigor seja ela aplicada na modalidade de prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso V, pelas razões que seguem.

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 13.257/2016 acrescentou ao Capítulo da Prisão Domiciliar do Código de Processo Penal visando possibilitar à presa provisória o direito de cuidar do filho de até 12 anos (...).

Assim, o próprio CPP estabelece o direito objetivo da presa em cumprir a pena em prisão domiciliar, o que tem sido acolhido por este e. Supremo Tribunal Federal (...).

A ré tem um filho de 3 anos e uma filha de 6 anos (anexo a certidão de nascimento), idade na qual a presença afetuosa da mãe é essencial para o desenvolvimento da criança". (eDOC 1, p. 3-10).

Ao final, pede a concessão da liminar para conceder o direito de aguardar em liberdade o trâmite do processo ou, subsidiariamente, seja concedida a prisão domiciliar, confirmando-se o pedido no mérito do *habeas corpus*.

É o relatório.

Passo a decidir.

Trata-se de *habeas corpus* no qual a defesa se insurge contra decisão monocrática proferida pela relatora do HC 392.117/SP, do STJ.

Da simples leitura do ato decisório, observa-se que a decisão impugnada limitou-se a negar seguimento ao pedido formulado perante

HC 141874 MC / SP

aquela Corte por configuração de hipótese de indevida supressão de instância.

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 103.282/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.8.2013 e HC 114.867/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013.

Além disso, cumpre destacar a ausência de interposição de agravo regimental contra a decisão do STJ. Aliás, 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 possui 2 filhos menores (uma criança de 3 anos e outra de 6 anos).

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*

HC 141874 MC / SP

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”.

HC 141874 MC / SP

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

HC 141874 MC / SP

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 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

HC 141874 MC / SP

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).

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, 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 HC133.532/DF, DJe 12.5.2016.

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

HC 141874 MC / SP

Por todo o exposto, após o exame dos documentos acostados aos autos pela impetrante, constato a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

Assim, nos termos do art. 318, inciso V, do CPP (mulher com filho de até 12 anos incompletos), **defiro** o pedido liminar nos termos requeridos, para determinar a imediata substituição da segregação preventiva da paciente FLAVIANE CHAGAS BATISTA por prisão domiciliar, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus*, sem prejuízo de ulterior decisão do Juízo processante no que concerne ao disposto no art. 316 do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP (Processo 0000268-35.2017.8.26.0624).

Estando os autos devidamente instruídos, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

Intime-se. Publique-se.

Brasília, 31 de março de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente