

HABEAS CORPUS 134.734 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **FLÁVIA SILVA DA COSTA**
IMPTE.(S) : **ELIEZER JARBES DE OLIVEIRA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE, DESDE QUE COMPROVADA QUALQUER DAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS REFERIDAS NO ROL TAXATIVO CONSTANTE DO ART. 318 DO CPP. PARA A CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR, NO ENTANTO, QUE TRADUZ MERA FACULDADE JUDICIAL, NÃO BASTA A CONDIÇÃO DE MATERNIDADE, IMPONDO-SE AO PODER JUDICIÁRIO, PARA ESSE ESPECÍFICO EFEITO, O EXAME FAVORÁVEL DA CONDUTA E DA PERSONALIDADE DA AGENTE E, SOBRETUDO, A CONVENIÊNCIA E O ATENDIMENTO AO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR. REGRAS DE BANGKOK PROMULGADAS PELA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. INOVAÇÕES INTRODUZIDAS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO: CPP, LEP, LEI DAS MEDIDAS CAUTELARES E LEI DA PRIMEIRA INFÂNCIA. OUTORGA DE TRATAMENTO DIFERENCIADO À MULHER PRESA QUE OSTENTE, ENTRE OUTRAS CONDIÇÕES, A DE SER MÃE

HC 134734 / SP

DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. LEGITIMIDADE DESSE TRATAMENTO, QUE TAMBÉM SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE RESPEITO AO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE CONSAGRA O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PARTICULARMENTE DE SUA COLETA SEGUNDA TURMA. PACIENTE QUE COMPROVADAMENTE POSSUI FILHA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE (CPP, ART. 318, INCISO V). CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM, NO CASO, O EXERCÍCIO DA FACULDADE PREVISTA NO ART. 318 DO CPP. “HABEAS CORPUS” DEFERIDO, EM PARTE.

DECISÃO: Trata-se de “habeas corpus” impetrado contra decisão que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, não conheceu do “*writ*” constitucional que, perante aquela Alta Corte judiciária, foi deduzido e cujo julgamento importou em manutenção da prisão cautelar decretada contra a ora paciente.

Busca-se, nesta sede processual, seja assegurado à ora paciente – que comprovadamente tem filha menor de 12 (doze) anos de idade –, o direito de estar em liberdade.

HC 134734 / SP

O Ministério Público Federal, **em seu último pronunciamento** nestes autos, **manifestou-se pelo deferimento parcial** da ordem de “*habeas corpus*”.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a presente impetração. E, ao fazê-lo, acolho esse douto parecer do Ministério Público Federal, **por encontrar-se em harmonia** com o que dispõe a legislação processual penal (CPP, art. 318, inciso V) **e, sobretudo, por achar-se em plena conformidade** com o postulado da proteção integral da criança, **que traduz** um dos princípios essenciais **consagrados** no texto da Constituição da República (CF, art. 227).

Cabe lembrar que o ordenamento positivo brasileiro – **ao contemplar a possibilidade de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar nas hipóteses** previstas **nos incisos III, IV, V e VI** do art. 318 do Código de Processo Penal, **na redação dada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 08/03/2016) – ajustou-se a um compromisso internacional assumido** pelo Brasil **no contexto das Regras de Bangkok (notadamente as Regras ns. 57 e 58), cuja adoção foi recomendada** à Assembleia Geral das Nações Unidas pelo Conselho Econômico e Social da própria ONU.

No caso ora em exame, a paciente demonstrou possuir filha que se acha em sua primeira infância (Lei nº 13.257/2016, art. 2º), contando com apenas 18 (dezoito) meses de idade, situação essa que legitima a incidência, na espécie, do art. 318, inciso V, do CPP, na redação dada pela Lei nº 13.257/2016, que assim dispõe:

“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;

HC 134734 / SP

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.” (grifei)

Cumpre assinalar, no ponto, que a aplicabilidade da norma legal que venho de referir, introduzida no Código de Processo Penal pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257, de 08/03/2016), também encontra raízes em importante documento internacional a que o Brasil se vinculou, política e juridicamente, no plano externo.

Com efeito, impende enfatizar, uma vez mais, que a Assembleia Geral das Nações Unidas, acolhendo recomendação do Conselho Econômico e Social, adotou regras para o tratamento de mulheres presas e a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, as denominadas Regras de Bangkok, em cuja elaboração e votação teve ativa participação o Estado brasileiro.

O legislador nacional, ainda que de modo incompleto, buscou refletir no plano processual penal o espírito das Regras de Bangkok, fazendo-o mediante inovações introduzidas, pela Lei nº 13.257/2016 (art. 41), no Código de Processo Penal, especialmente em seus artigos 6º, 185, 304 e 318, e, também, na Lei de Execução Penal (artigos 14, § 3º, 83, § 2º, e 89, com as alterações estabelecidas pela Lei nº 11.942/2009).

Ao disciplinar a prisão domiciliar, o Brasil, atuando no plano doméstico, promulgou legislação – a Lei nº 12.403/2011, e, mais recentemente, a Lei nº 13.257/2016, que, entre outras matérias, “Dispõe sobre

HC 134734 / SP

as políticas públicas para a primeira infância” – **que institui regra autorizativa viabilizadora da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, se e quando** se tratar, **consideradas** as várias hipóteses **elencadas em rol taxativo, (a) de gestante, (b) de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, (c) de homem, “caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos incompletos”, ou (d) de agente considerado “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”.**

Cabe advertir, no entanto, que, **para a concessão** da prisão domiciliar, **que traduz mera faculdade judicial, não basta** a condição de maternidade, **pois, para esse específico efeito, impõe-se** ao Poder Judiciário **o exame favorável** da conduta e da personalidade da agente **e, sobretudo, em face de seu inquestionável relevo, a conveniência e o atendimento ao superior interesse do menor.**

Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar **efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança.**

Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na **concessão** da prisão domiciliar, **pois esta, consoante adverte** a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Relatora, “*não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao magistrado, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida*” (**HC 355.229/SP**), **razão pela qual a mulher, uma vez constatada a sua alta periculosidade social, não terá direito subjetivo** à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar (**RHC 73.643/MG**, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ).

Vale enfatizar, de outro lado, que a benignidade desse tratamento **dispensado às prisões cautelares de mulheres** nas condições que venho de

HC 134734 / SP

referir é também justificada pela necessidade de conferir especial tutela à população infanto-juvenil, notadamente às crianças, em ordem a tornar efetivos os compromissos que o Brasil assumiu não só perante a sua própria ordem constitucional, mas, também, no plano internacional, ao subscrever a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo texto foi incorporado, formalmente, ao sistema de direito positivo interno de nosso País pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21/11/1990.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos de nossa ordem jurídica, subsumindo-se à noção de direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161, v.g.), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente em um “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) 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” (CF, art. 227, “caput” – grifei).

Para BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO (“O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, “in” Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral à criança e ao adolescente exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

“Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social e

HC 134734 / SP

colocando como um de seus princípios a justiça social, **deve impedir que estas pessoas**, na correta colocação de Dallari, **sejam oprimidas por outras**. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo 'menor' seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais." (grifei)

Cabe destacar, na apreciação da matéria ora em julgamento, **que envolve** discussão em torno da possibilidade de conversão, **em prisão domiciliar**, da prisão cautelar nas hipóteses inscritas no art. 318 do CPP, na redação dada pela Lei nº 13.257/2016, **seja examinando-se** o tema **sob o ângulo** dos direitos da mulher, **notadamente da mulher presa, seja analisando-se** a questão **sob a perspectiva** da proteção às crianças, **que o postulado** da dignidade da pessoa humana, *nesse contexto*, **assume** papel relevante, **pois representa** – considerada a **centralidade** desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – **significativo** vetor interpretativo, **verdadeiro valor-fonte** que conforma e inspira **todo** o ordenamento constitucional **vigente** em nosso País **e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos** em que se assenta, *entre nós*, a ordem republicana e democrática **consagrada** pelo sistema de direito constitucional positivo, **tal como tem reconhecido** a jurisprudência **desta** Suprema Corte (**RE 477.554-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **cujas decisões**, *no ponto*, **refletem**, *com precisão*, **o próprio magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, *v.g.*).

HC 134734 / SP

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de assistência integral à criança e ao adolescente (CF, art. 227, “caput” e § 7º, c/c o art. 204, n. II) – não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem no aparelho estatal um de seus precípuos destinatários.

O fato inquestionável, portanto, é um só: o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção integral aos direitos da criança, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis.

Assinalo, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, notadamente por sua colenda Segunda Turma, tem concedido medidas cautelares ou deferido, até mesmo, ordens de “habeas corpus” em favor de mulheres presas que sejam gestantes, lactantes, mães com filhos de até 12 (doze) anos incompletos ou, ainda, consideradas imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência (HC 126.107/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, decisão do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente – HC 126.937-MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 128.325/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 132.462-AgR-ED/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 134.069/DE, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 137.234/RJ, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 140.122/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 141.874-MC/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

“Habeas corpus’ 2. Tráfico de drogas, associação para o

HC 134734 / SP

tráfico e corrupção de menores. Prisão preventiva. 3. Paciente gestante. Pleito de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP. 6. Segregação cautelar mantida com base apenas na gravidade abstrata do crime. 7. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado. 8. Súmula 691 do STF. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 9. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar.”

(HC 134.104/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

É de registrar-se, ainda, que esse mesmo entendimento tem sido acolhido pelo E. Superior Tribunal de Justiça em reiteradas decisões (HC 356.668/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ – HC 377.728/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI – RHC 77.009/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, v.g.):

“PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GENÉRICA. PRISÃO DOMICILIAR PARA CUIDADOS DE PESSOA MENOR DE 12 ANOS. IMPRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ‘HABEAS CORPUS’ NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

.....
3. ‘Habeas corpus’ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de substituir a segregação cautelar da paciente por prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, e ainda, com a obrigação de comparecimento em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo Juiz de primeiro grau, para informar e justificar atividades, não descartando a possibilidade de decretação de outras medidas cautelares, caso seja necessário e estejam presentes os requisitos legais, com a advertência de que a

HC 134734 / SP

eventual desobediência das condições da custódia domiciliar importará no restabelecimento da prisão preventiva.”

(**HC 355.338/MG**, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS – grifei)

Sendo assim, pelas razões expostas, **e tendo em vista a comprovação dos requisitos** necessários à conversão, **em prisão domiciliar**, da privação cautelar da liberdade **a que se acha presentemente submetida** a ora paciente, **e acolhendo**, ainda, **o douto parecer** do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **defiro**, em parte, **o presente “habeas corpus”**, “para que a paciente seja colocada em prisão domiciliar **até o trânsito em julgado da ação penal**, devendo o juízo de primeiro grau estipular as condições do benefício e adverti-la de que o seu não cumprimento implicará o restabelecimento da prisão cautelar” (grifei), **sem prejuízo** de outras medidas de cautela, como, p. ex., **o monitoramento eletrônico**.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**HC 345.672/SP**), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC nº 2232739-86.2015.8.26.0000 – Barueri**) e ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Barueri/SP (**Processo-crime nº 0000528-38.2015.8.26.0542**).

Publique-se.

Brasília, 04 de abril de 2017.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator