

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

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 PUBLICA DO ESTADO DO CEARA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARANA**
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**

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA 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 PUBLICA 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

HC 143641 / SP

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) : GUILHERME RAVAGLIA TEIXEIRA PERISSE
DUARTE E OUTRO(A/S)
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)

Ementa: *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. MÁXIMA EFETIVIDADE DO *WRIT*. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de

HC 143641 / SP

grupos vulneráveis.

II – Conhecimento do *writ* coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*.

III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.

V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional

VI - A legitimidade ativa do *habeas corpus* coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.

VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.

HC 143641 / SP

IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.

X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.

X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.

XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.

XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.

XIII – Acolhimento do *writ* que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos

HC 143641 / SP

do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, preliminarmente, por votação unânime, entender cabível a impetração coletiva e, por maioria, conhecer do pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento, por maioria, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

HC 143641 / SP

Estender a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde

HC 143641 / SP

Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

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 PUBLICA DO ESTADO DO CEARA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARANA**
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**

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA 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 PUBLICA 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

HC 143641 / SP

AM. CURIAE. : INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) : GUILHERME RAVAGLIA TEIXEIRA PERISSE
DUARTE E OUTRO(A/S)
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)

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetraram *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Asseveraram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

Enfatizaram o cabimento de *habeas corpus* coletivo na defesa da

HC 143641 / SP

liberdade de locomoção de determinados grupos de pessoas, com fulcro na garantia de acesso à Justiça, e considerado o caráter sistemático de práticas que resultam em violação maciça de direitos. Nesse sentido, invocaram o art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar direitos fundamentais lesionados ou ameaçados.

Salientaram o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.

Aduziram que a competência para julgamento do feito é do Supremo Tribunal Federal, tanto pela abrangência do pedido quanto pelo fato de o Superior Tribunal de Justiça figurar entre as autoridades coatoras.

Ressaltaram que os estabelecimentos prisionais não são preparados de forma adequada para atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

Relataram que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, a qual alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição daquela prisão por esta outra, nos casos especificados pela Lei, porém, em aproximadamente metade dos casos, o pedido foi indeferido.

Informaram que as razões para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado pelas detidas e também à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto.

HC 143641 / SP

Aduziram que esses argumentos não têm consistência, uma vez que a gravidade do crime não pode ser, por si só, motivo para manutenção da prisão, e que, além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Disseram que se faz necessário reconhecer a condição especial da mulher no cárcere, sobretudo da mulher pobre que, privada de acesso à Justiça, vê-se também destituída do direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Insistiram em que essa soma de privações acaba por gerar um quadro de excessivo encarceramento preventivo de mulheres pobres, as quais, sendo gestantes ou mães de criança, fariam jus à substituição prevista em lei.

Asseveraram que a limitação do alcance da atenção pré-natal, que já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso *Alyne da Silva Pimentel versus Brasil*), atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, ademais de impactar o quadro geral de saúde pública, bem como infringir o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta.

Citaram casos graves de violações dos direitos das gestantes e de seus filhos, e realçaram que esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Acrescentaram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só

HC 143641 / SP

afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais.

Arguiram que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória, nos estabelecimentos penais, a presença de instalações para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições legais vêm sendo sistematicamente desrespeitadas.

Argumentaram que, embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm outros direitos que estão sendo desrespeitados, não se podendo penalizá-las pela falta de estrutura estatal adequada para fazê-los valer.

Nesses casos, disseram, é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado, como se decidiu quando a Suprema Corte declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele ao qual foram condenados, ou em contêineres, aduzindo que, em tais casos, a ordem de *habeas corpus* foi estendida aos presos na mesma situação.

Destacaram também a vulnerabilidade socioeconômica das mulheres presas preventivamente no Brasil.

Requereram, por fim, a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará pleiteou seu ingresso como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae* (documento eletrônico 7).

Enfatizou ser órgão interveniente na execução penal para a defesa das pessoas presas, que formam um grupo extremamente vulnerável, e

HC 143641 / SP

que sua atuação como guardião dos vulneráveis tem por fundamento o art. 134 da Constituição e o art. 4º, XI, da Lei Complementar 80/1994.

Afirmou que, caso assim não se entenda, deve ser aceita para atuar como *amicus curiae*, na medida em que o presente *habeas corpus* é coletivo.

No mérito, postulou a aplicação do princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e do princípio da primazia dos direitos da criança, asseverando que tais postulados têm sido ofendidos sistematicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado.

Insistiu em que a leitura correta da Lei 13.257/2016 é a de que não há necessidade de satisfazer-se outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Na sequência, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do *writ*, sob alegação de que é manifestamente incabível o *habeas corpus* coletivo, ante a impossibilidade de concessão de ordem genérica, sem individualização do seu beneficiário e de expedição de salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas (documento eletrônico 12).

Ressaltou, ainda, que não cabe ao Supremo Tribunal o julgamento do feito, haja vista não terem sido indicados atos coatores específicos imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, houve nova manifestação da Defensoria Pública do Estado do Ceará juntando documentos que permitem identificar, no que tange às presas do Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, aquelas que são mães de crianças e que estão presas provisoriamente em unidade superlotada (documento eletrônico 13).

HC 143641 / SP

Persistiu assentando que deve ser superado o prisma individualista do *habeas corpus* por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, de modo a admitir-se a identificação das beneficiárias da ordem durante a tramitação ou ao final do *writ*, ou mesmo na oportunidade da execução da ordem, tendo em consideração a transitoriedade da condição de presas preventivas e a fim de garantir tratamento isonômico a estas.

O acolhimento do HC, tal como impetrado, ponderou, ensejará economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais e ampliará o espectro de abrangência de tal instrumento, permitindo evitar a multiplicação de processos semelhantes.

Citou exemplos de *writs* que tramitaram no Supremo Tribunal Federal nos quais não houve a identificação dos pacientes, e que nem por isso tiveram seu andamento interrompido ou suspenso (*Habeas Corpus* 118.536 MC/SP e o *Habeas Corpus* 119.753/SP), bem como aqueles em que a ordem foi estendida a outras pessoas sofrendo o mesmo tipo de coação ilegal.

Asseverou ser inequívoca a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, diante da existência de inúmeros acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que aquela Corte exigiu o cumprimento de requisitos outros, além dos constantes do art. 318 do Código de Processo Penal, para a substituição de preventiva por domiciliar. Listou como exemplificativos dessa postura do Superior Tribunal de Justiça os *Habeas Corpus* 352.467, 399.760, 397.498, em que figuram como pacientes presas preventivas devidamente identificadas.

Ressaltou que, no Supremo Tribunal Federal, também estaria se firmando a tese segundo a qual a mera de inoccorrência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal seria suficiente para deferimento da substituição.

HC 143641 / SP

Acrescentou que o acolhimento deste *habeas corpus* coletivo constituiria uma possibilidade para se repensar e dar aplicabilidade ao espírito democrático dessa alteração legislativa, a qual concretiza diretrizes constitucionais de proteção à infância.

Reiterou, de resto, seus pleitos anteriores, sobretudo quanto à admissão de sua participação como *custos vulnerabilis*.

Na sequência, peticionou a Defensoria Pública do Estado do Paraná, requerendo sua habilitação nos autos como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae* (documento eletrônico 19).

Invocou a aplicação de dispositivos constitucionais e convencionais que justificariam o acolhimento dos pleitos deste *habeas corpus*, requerendo a concessão da ordem, bem assim a intimação do Defensor Público-Geral Federal de maneira a provocar a sua atuação como guardião das pessoas vulneráveis.

Posteriormente, determinei a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que: (i) indicasse, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais se encontram em gestação ou são mães de crianças e (ii) informasse, com relação às unidades prisionais onde estiverem custodiadas, quais dispõem de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada, inclusive pré-natal e pós-parto, berçários e creches, e quais delas estão funcionando com número de presas superior à sua capacidade.

Deferi, na mesma oportunidade, a intimação do Defensor Público-Geral Federal, para que esclarecesse sobre seu interesse em atuar neste feito (documento eletrônico 21).

HC 143641 / SP

A Defensoria Pública da União ingressou no feito, ponderando ser essencial sua participação, seja pelos reflexos da decisão nos direitos de um grupo vulnerável, seja por sua *expertise* nos temas objeto do presente *habeas corpus* (documento eletrônico 29).

Quanto às questões de fundo, sustentou, primeiramente, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo, invocando para tanto o histórico da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos e a legitimação da Defensoria Pública para a propositura deste último, tudo a demonstrar (i) a caminhada das ações constitucionais em direção às soluções coletivas e (ii) o reconhecimento da representatividade da Defensoria Pública.

Acrescentou que, embora seja indiscutível que várias situações tuteláveis por *habeas corpus* dependam de análises individuais pormenorizadas, outras há em que os conflitos podem ser resolvidos coletivamente. Citou como exemplo o caso do *Habeas Corpus* 118.536, em cujo bojo a Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pelo conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem.

Ademais, defendeu o direito que assiste às mães de crianças sob sua responsabilidade e às gestantes de não se verem recolhidas à prisão preventiva, ressaltando ser comum a situação da mulher presa cautelarmente que é, ao final, condenada à pena restritiva de direito, o que não reverte os danos sofridos pela mãe e pela criança.

Enfatizou que são vários os precedentes do Supremo Tribunal Federal em prol da tese constante da inicial, requerendo sua admissão para atuar no feito, para ao final, pleitear, no mérito, a concessão da ordem.

O Departamento Penitenciário do Estado do Paraná apresentou os

HC 143641 / SP

dados de mulheres presas na Penitenciária Feminina daquele Estado, cumprindo a decisão anterior de minha lavra (documento eletrônico 31).

A seguir, afirmei o cabimento do *habeas corpus* coletivo mas estabeleci algumas premissas para seu conhecimento, mormente no que tange à legitimação ativa, que entendi, por analogia à legislação referente ao mandado de injunção coletivo, ser da Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional (documento eletrônico 32).

O DEPEN apresentou parte das informações que lhe foram requisitadas por mim em 27 de junho de 2017 (documento eletrônico 36).

A Procuradoria-Geral da República reiterou sua manifestação anterior no sentido de não conhecimento do *habeas corpus* (documento eletrônico 37).

As Defensorias Públicas de São Paulo, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Tocantins requereram a respectiva habilitação na qualidade de *amici curiae* (documento eletrônico 42).

Já a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso requereu sua admissão no processo como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como assistente (documento eletrônico 44). Pleiteou, ainda, o acolhimento dos pedidos iniciais.

Na sequência, por analogia ao art. 80 do Código de Processo Penal, determinei o desmembramento do feito quanto aos Estados do Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe, São Paulo e Tocantins, tendo em conta que estes ainda não haviam prestado as informações requisitadas (documento eletrônico 53).

HC 143641 / SP

O desmembramento deu origem ao *Habeas Corpus* 149.521/2017. Na mesma oportunidade, acolhi a argumentação das Defensorias Públicas Estaduais para atribuir-lhes a condição de *amici curiae* nestes autos.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer final, em que insistiu no descabimento do *habeas corpus* coletivo, por cuidar-se de direitos de coletividades indeterminadas e indetermináveis, com reflexos inclusive futuros, bem como pela imprescindibilidade de exame da eventual situação de constrangimento no caso concreto (documento eletrônico 73)

Argumentou que o *habeas corpus* serve à proteção direta e imediata do direito individual à liberdade de locomoção, não podendo ser concedido de forma genérica, sob pena de converter-se em súmula vinculante ou instrumento de política pública criminal.

Asseverou, mais, que não foi apontado ato concreto da corte *ad quem*, e que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado autoridade coatora apenas pelo fato de haver negado, no passado, o benefício a algumas mulheres, haja vista que este tem apreciado cada pedido de forma individualizada, inclusive com o deferimento de inúmeros pedidos de cumprimento de prisão preventiva em regime domiciliar com fundamento no Estatuto da Primeira Infância.

Aduziu que a maternidade não pode ser uma garantia contra a prisão, porque o art. 318 do Código de Processo Penal não estabelece direito subjetivo automático, asseverando que o objetivo da norma é tutelar direitos da criança, e não da mãe, cuja liberdade pode até representar um risco para esta.

Ao final, o Instituto Alana requereu sua admissão como *amicus curiae*, enfatizando a importância deste *habeas corpus* coletivo para assegurar os direitos dos menores, especialmente para dar concreção à

HC 143641 / SP

norma que confere prioridade absoluta aos direitos de crianças e adolescentes, na medida em que o art. 227 da Constituição ser compreendido como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Requeru, assim, a procedência do pedido inicial, bem como a “a concessão, de ofício, de *habeas corpus* às adolescentes que estão em situação análoga, ou seja, gestantes ou mães internadas provisoriamente, para colocá-las em liberdade, uma vez que as violações impostas aos direitos das crianças são essencialmente as mesmas”.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD) requereu sua admissão como *amicus curiae*, a qual deferi. No mérito, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, ressalto, de início, que os argumentos que envolvem a preliminar de não conhecimento de *habeas corpus* coletivo têm sido objeto de reflexão nesta Casa e na própria Procuradoria-Geral da República. E estes, bem sopesados, levam-me a concluir, com a devida vênia dos que entendem diversamente, pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043-PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. *Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

HC 143641 / SP

“A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia (...) a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito (...)”.

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o direito de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*. *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão

HC 143641 / SP

reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.

Foi com semelhante dilema que se deparou a Suprema Corte argentina no famoso “caso Verbitsky”. Naquele país, assim como no Brasil, inexistia previsão constitucional expressa de *habeas corpus* coletivo, mas essa omissão legislativa não impediu o conhecimento desse tipo de *writ* pela Corte da nação vizinha. No julgamento em questão, o *habeas corpus* coletivo foi considerado, pela maioria dos membros do Supremo Tribunal, como sendo o remédio mais compatível com a natureza dos direitos a serem tutelados, os quais, tal como na presente hipótese, diziam respeito ao direito de pessoas presas em condições insalubres.

É importante destacar que a Suprema Corte argentina recorreu não apenas aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do acesso universal à Justiça, como também ao direito convencional, sobretudo às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, de maneira a fundamentar a decisão a que chegou, na qual determinou tanto aos tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores quanto aos Poderes Executivo e Legislativo a tomada de medidas para sanar a situação de inconstitucionalidade e inconveniência a que estavam sujeitos os presos.

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

No Brasil, ao par da já citada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que integra a épica história do instituto em questão, e mostra o quanto ele pode ser maleável diante de lesões a direitos fundamentais, existem ainda

HC 143641 / SP

dispositivos legais que encorajam a superação do posicionamento que defende o não cabimento do *writ* na forma coletiva.

Nessa linha, destaco o art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que preconiza a competência de juízes e os tribunais para expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal. A faculdade de concessão, ainda que de ofício, do *writ*, revela o quanto o remédio heroico é flexível e estruturado de modo a combater, de forma célere e eficaz, as ameaças e lesões a direitos relacionados ao *status libertatis*.

Indispensável destacar, ainda, que a ordem pode ser estendida a todos que se encontram na mesma situação de pacientes beneficiados com o *writ*, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

A impetração coletiva vem sendo conhecida e provida em outras instâncias do Poder Judiciário, tal como ocorreu no *Habeas Corpus* 1080118354-9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e nos *Habeas Corpus* 207.720/SP e 142.513/ES, ambos do Superior Tribunal de Justiça. Neste último, a extensão da ordem a todos os que estavam na mesma situação do paciente transformou o *habeas corpus* individual em legítimo instrumento processual coletivo, por meio do qual se determinou a substituição da prisão em contêiner pela domiciliar.

A existência de outras ferramentas disponíveis para suscitar a defesa coletiva de direitos, notadamente, a ADPF, não deve ser óbice ao conhecimento deste *habeas corpus*. O rol de legitimados dos instrumentos não é o mesmo, sendo consideravelmente mais restrito nesse tipo de ação de cunho objetivo. Além disso, o acesso à Justiça em nosso País, sobretudo das mulheres presas e pobres (talvez um dos grupos mais oprimidos do Brasil), por ser notoriamente deficiente, não pode prescindir da atuação dos diversos segmentos da sociedade civil em sua

HC 143641 / SP

defesa.

Nesse diapasão, ressalto dados da pesquisa “Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009” (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Jul. 2011), os quais demonstram que, abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.

Tal pesquisa, dentre outras revelações, ressalta o quanto esse acesso, como direito de segunda geração ou dimensão, tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando, sobretudo, no desalento, ou seja, nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que impedem as pessoas mais vulneráveis de alcançar o efetivo acesso à Justiça.

Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

Não vinga, *data venia*, a alegação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que as pacientes são indeterminadas e indetermináveis. Tal assertiva ficou superada com a apresentação, pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, de listas contendo nomes e dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda. O fato de que a ordem, acaso concedida, venha a ser estendida a todas aquelas que se encontram em idêntica situação, não traz nenhum acento de excepcionalidade ao desfecho do julgamento do presente *habeas corpus*, eis que tal providência constitui uma das consequências normais do instrumento.

Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas

HC 143641 / SP

e indetermináveis como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir **direitos individuais homogêneos** - para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor - perfeitamente identificáveis e “cujo objeto é divisível e cindível”, para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assumira a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.

Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional encontra-se em um estado de coisas inconstitucional, e ainda diante da existência de inúmeros julgados de todas as instâncias judiciais nas quais foram dadas interpretações dissonantes sobre o alcance da redação do art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal (*v.g.*, veja-se, no Superior Tribunal de Justiça: HC 414674, HC 39444, HC 403301, HC 381022), não há como deixar de reconhecer, segundo penso, a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento deste *writ*, sobretudo tendo em conta a relevância constitucional da matéria.

Reconhecidos, assim, o cabimento do *habeas corpus* coletivo e a competência desta Corte para julgá-lo, cumpre assentar certos parâmetros no tocante à legitimidade ativa para ingressar com a ação em comento,

HC 143641 / SP

como, aliás, é a regra em se tratando de ações de natureza coletiva.

Com efeito, apesar de ser digna de encômios a iniciativa do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos e dos impetrantes Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, que trouxeram à apreciação desta Suprema Corte os fatos narrados na inicial, parece-me que a legitimidade ativa deve ser reservada aos atores listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.

No caso sob exame, portanto, incidiria o referido dispositivo legal, de maneira a reconhecer-se a legitimidade ativa a Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes como *amici curiae*. Dessa forma, e sem demérito nenhum aos demais impetrantes, os quais realizaram um proficiente trabalho, garante-se que os interesses da coletividade estejam devidamente representados.

Pois bem, superada a questão do conhecimento do *habeas corpus* coletivo, passo à análise do mérito da impetração.

Aqui, é preciso avaliar, primeiramente, se há, de fato, uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), estejam experimentando a situação retratada na exordial. Ou seja, se as mulheres estão efetivamente sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches.

Nesse aspecto, a resposta é lamentavelmente afirmativa, tal como deflui do julgamento da ADPF 347 MC/DF, na qual os fatos relatados no

HC 143641 / SP

presente *habeas corpus* – retratando gravíssima deficiência estrutural, especificamente em relação à situação da mulher presa – foi expressamente abordada.

Por oportuno, transcrevo trechos mais relevantes daquele julgado, nesse aspecto, que extraio do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, e que devem ser necessariamente levados em consideração para análise do caso *sub judice*:

“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’.

[...]

Com relação aos problemas causados pela chamada ‘cultura do encarceramento’, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a

HC 143641 / SP

transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados” (grifei).

Há, como foi reconhecido no voto, referendado por todos os ministros da Corte, uma falha estrutural que agrava a “cultura do encarceramento”, vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Tal decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

As evidências do que se afirmou na prefacial são várias.

Inicialmente, cabe observar que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (Brasília:

HC 143641 / SP

Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, Junho/2017), “a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014”, incremento muito superior ao da população masculina, que ainda assim aumentou exagerados 220% no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil (INFOPEN Mulheres, p. 10).

Especificamente no tocante à prisão provisória, “enquanto 52% das unidades masculinas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios, apenas 27% das unidades femininas têm esta finalidade”, apesar de 30,1% da população prisional feminina ser provisória (INFOPEN Mulheres, p. 18-20).

Mais graves, porém, são os dados sobre infraestrutura relativa à maternidade no interior dos estabelecimentos prisionais, sobre os quais cabe apontar que:

(i) nos estabelecimentos femininos, apenas 34% dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, apenas 32% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e apenas 5% dispõem de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19);

(ii) nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes, apenas 3% dispõem de berçário ou centro de referência materno infantil e nenhum dispõe de creche (INFOPEN Mulheres, p. 18-19).

Esses números são ainda mais preocupantes se considerarmos que 89% das mulheres presas têm entre 18 e 45 anos (INFOPEN Mulheres, p. 22), ou seja, em idade em que há grande probabilidade de serem gestantes ou mães de crianças. Infelizmente, o INFOPEN Mulheres não informa quantas apresentam, efetivamente, tal condição.

HC 143641 / SP

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.

Conforme constou da inicial,

“O encarceramento provisório de mulheres no Brasil, com suas nefastas consequências, nada tem, assim, de excepcional. Seleccionadas a este modo para o cárcere brasileiro, elas possuem baixa escolaridade, originam-se de extratos sociais economicamente desfavorecidos e, antes da prisão, desempenhavam atividades de trabalho no mercado informal (INFOOPEN Mulheres - Junho de 2014).

O retrato que ora se vai delineando em tudo coincide com os documentos produzidos no âmbito do sistema universal de direitos humanos sobre o tema (Vide, em especial, o texto destinado a orientar os trabalhos da Força-Tarefa do Sistema ONU sobre o Crime Organizado e o Tráfico De Drogas, como Ameaças à Segurança e Estabilidade. UN Women. *A gender perspective on the impact of drug use, the drug trade, and drug control regimes*, 2014): o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de drogas reflete seu déficit de oportunidades econômicas e *status* político.

Quando se engajam em atividades ilícitas são relegadas às mesmas posições vulneráveis que pavimentaram o caminho deste engajamento. Quando alvos da persecução penal, deparam-se com um sistema judiciário que desacredita seus

HC 143641 / SP

testemunhos e com a atribuição de penas ou medidas cautelares que negligenciam suas condições particulares como mulheres (UN Women, 2014, p. 34-35)”.

Todas essas informações são especialmente inquietantes se levarmos em conta que o Brasil não tem sido capaz de garantir cuidados relativos à maternidade nem mesmo às mulheres que não estão em situação prisional. Nesse sentido, relembre-se o “caso Alyne Pimentel”, que representou a “primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (...) incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção relativa aos Direitos das Mulheres, adotada pelas Nações Unidas em 1979”, tratando-se da “única ‘condenação’ do Estado brasileiro proveniente de um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos” (ALBUQUERQUE, Aline S. de Oliveira; BARROS, Julia Schirmer. Caso Alyne Pimentel: uma análise à luz da abordagem baseada em direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, n. 12, jul. 2016, p. 11)

Foram sete as recomendações feitas ao Brasil naquele pronunciamento, sendo seis delas de caráter geral. Dessas, cinco delas disseram respeito a políticas públicas de saúde, conforme segue:

- i. “assegurar o direito da mulher à maternidade saudável e o acesso de todas as mulheres a serviços adequados de emergência obstétrica;
- ii. “realizar treinamento adequado de profissionais de saúde, especialmente sobre direito à saúde reprodutiva das mulheres;”
- iii. “reduzir as mortes maternas evitáveis, por meio da implementação do Pacto Nacional para a Redução da Mortalidade Materna e da instituição de comitês de mortalidade materna;”
- iv. “assegurar o acesso a remédios efetivos nos casos de violação dos direitos reprodutivos das mulheres e prover

HC 143641 / SP

treinamento adequado para os profissionais do Poder Judiciário e operadores do direito;”

v. “assegurar que os serviços privados de saúde sigam padrões nacionais e internacionais sobre saúde reprodutiva” (CEDAW/C/BRA/CO/6).

Uma última referia-se à responsabilização de pessoas envolvidas com a problemática, nos seguintes termos: vi. “assegurar que sanções sejam impostas para profissionais de saúde que violem os direitos reprodutivos das mulheres”.

Convém ressaltar que o cuidado com a saúde maternal é considerado como uma das prioridades que deve ser observada pelos distintos países no que concerne ao seu compromisso com a promoção de desenvolvimento, conforme consta do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio - ODM nº 5 (melhorar a saúde materna) e do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos documentos subscritos no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODSs justamente porque, durante o tempo em que vigoraram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar “a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva” (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. In: *Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88).

Ao tutelarem a saúde reprodutiva da mulher, tais objetivos corroboram o pleito inicial, reforçando a importância de, num crescente cenário de uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial à saúde reprodutiva das mulheres.

HC 143641 / SP

O Brasil, ademais, na medida em que dá concretude a tais compromissos, honra o lugar de destaque que ocupou nos últimos grandes eventos internacionais voltados à promoção do desenvolvimento social, notadamente no congresso Rio + 20, bem como os compromissos assumidos ao subscrever os supra mencionados Objetivos Globais, que se voltam especialmente à tutela das mulheres e crianças em situação de maior vulnerabilidade.

Na verdade, nada mais estará fazendo do que dar concreção ao que a Constituição, em sua redação original, já determinava:

- i. “art. 5º, II - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- ii. “art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- iii. “art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...);
- iv. “art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
- v. “art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
- vi. “art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Além disso, respeitará a Lei 11.942/2009, que promoveu mudanças na Lei de Execução Penal, que prevê:

- i. “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.”
- ii. “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)

HC 143641 / SP

meses de idade.” e

iii. “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”, inclusive à presa provisória (art. 42 da LEP).

Não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN nas informações que constam do já referido INFOPEN Mulheres – 2014.

O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

Vale transcrever, nesse sentido, mais um trecho da contundente exordial:

“Para além da incapacidade de oferecer um ambiente confortável, alimentação adequada e viabilizar outros fatores condicionantes de um desenvolvimento gestacional saudável,

HC 143641 / SP

estudos dedicados à investigação das condições de maternidade no cárcere constataram ainda que as mulheres experimentam – e denunciam – gestações ora mal, ora completamente desassistidas.

Tome-se, por exemplo, o impacto desta privação no tocante à sífilis, enfermidade à qual as mulheres privadas de liberdade estão especialmente vulneráveis, conforme os dados do INFOPEN já mencionados (Consta do levantamento que, das 1.204 mulheres com agravos transmissíveis, 35% são portadoras de sífilis. Cf. do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2014.) A bactéria causadora da doença é capaz de atravessar a barreira placentária. Em consequência, fica a criança vulnerável à sífilis congênita, cuja incidência tem aumentado nos últimos anos (4,7 para cada 1.000 nascidos vivos em 2013, segundo o Ministério da Saúde); incrementa-se o risco de abortamentos precoces, tardios, trabalhos de parto prematuros e do óbito da criança (O índice de mortalidade infantil por sífilis congênita no Brasil cresceu de 2,2 a cada 100.000 nascidos vivos em 2004 para 5,5 em 2013). As crianças sobreviventes ainda podem desenvolver malformações cerebrais, alterações ósseas, cegueira e lábio leporino.

Os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, são expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento tempestivo de suas demandas. O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos. Não são menores os desafios enfrentados após o nascimento das crianças.

HC 143641 / SP

O período de garantia do aleitamento não é uniforme nas diferentes unidades federativas. Em tese, após o parto e como garantia do convívio e do aleitamento materno, o recém-nascido permanece junto à mãe por um período mínimo de seis meses. Esse padrão não é, no entanto, obedecido em todos os estabelecimentos prisionais. Em algumas unidades, o prazo mínimo de seis meses é desrespeitado, noutras converte-se em parâmetro máximo.

Quanto à saída da criança do cárcere, seu elemento mais problemático é o caráter abrupto, o descompromisso com um período de adaptação e a desconsideração de seus impactos sobre a saúde psicológica das mulheres encarceradas. Após um período de convívio com suas crianças, durante o qual permanecem isoladas dos demais espaços de convivência das unidades de privação de liberdade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos, mães e filhos são bruscamente apartados. BRAGA e ANGOTTI denominam hiper-hipo-maternidade este constructo da disciplina prisional, caracterizado por uma intensa e regulada convivência, seguida de uma brusca e cruel separação. Importante ainda mencionar que, caso não seja bem-sucedida a tentativa de contato com a família ou não haja familiares dispostos a assumir o cuidado da criança durante o período de privação de liberdade da mãe, as crianças são encaminhadas a um abrigo. Não raro, são adotadas e as mães são destituídas de poder familiar sem que tenham tido oportunidade de se manifestar e defender-se amplamente diante do Juizado da Infância e Juventude (Conectas. 'Penitenciárias são feitas por homens para homens'. Disponível em:http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf).

Outro persistente obstáculo, incidente nos casos das crianças que ficam com parentes e poderiam prestar visitas às mães, mantendo assim, ainda que precariamente, os vínculos afetivo-familiares, consiste na sujeição das crianças e seus guardiões à prática da revista íntima vexatória" (Petição inicial, notas de rodapé incorporadas ao corpo do texto, p. 18-26).

HC 143641 / SP

Em 2015, o Ministério da Justiça e o IPEA promoveram uma pesquisa sobre a maternidade na prisão em seis Estados da Federação (*Dar a luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, IPEA, 2015). A realidade que descrevem é, em geral, de indiferença estatal para com a maternidade no cárcere. Especificamente no Estado de São Paulo, chama a atenção o fato de que a Secretaria de Administração Penitenciária não autorizou o ingresso das pesquisadoras nas novas unidades que seriam “projetadas especialmente para atendimento das necessidades das mulheres” (p. 64) e, mesmo em unidades cuja visita foi autorizada, como no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, a pesquisa foi severamente restringida, o que levou as pesquisadoras a indagar: “se nós, professoras universitárias (com o aval do Ministério da Justiça e autorização do Secretário de Administração Penitenciária) estávamos recebendo aquele tratamento por parte do pessoal penitenciário, imagina as pessoas presas e suas famílias?” (p. 66).

Constatou-se ainda a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, concluindo-se que:

“Uma das saídas desse (falso) paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do ‘combate ao crime’ presente nos discursos e práticas do sistema de justiça.

O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres.

Concluimos que uma melhor possibilidade de exercício de

HC 143641 / SP

maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos”.

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça noticiou em seu sítio eletrônico na Internet dados sobre a “Saúde materno-infantil nas prisões”, que corroboram os dramáticos relatos citados acima:

“A vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, especialmente as mães que tiveram filhos na cadeia, também foi constatada pelo fato de 30% delas chefiarem suas famílias – 23% delas tinham famílias chefiadas pelas próprias mães. Praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental, ou seja, uma em cada duas mulheres presas entrevistadas estudou sete anos ou menos.

De acordo com os resultados do estudo, a vulnerabilidade social delas foi agravada durante a experiência da parição. Embora a maioria delas (60%) tenha sido atendida em até meia hora após o início do trabalho de parto, apenas 10% das famílias das presas foram avisadas. Uma em cada três mulheres foi levada ao hospital em viatura policial. A estadia na maternidade também foi problemática, uma vez que 36% das mulheres ouvidas relataram que foram algemadas em algum momento da internação. Maus-tratos ou violência – verbal e psicológica – foram praticadas por profissionais da saúde em 16% dos casos e por agentes penitenciários em 14% dos relatos.

Sete mulheres das 241 ouvidas (8% do total) alegaram ter sido algemadas enquanto davam à luz. Apenas 3% das mulheres entrevistadas tinham acompanhantes na sala de operação e as visitas pós-nascimento foram autorizadas em somente 11% dos casos. De acordo com os relatos colhidos durante a pesquisa, a intimidade das mulheres parturientes foi respeitada por 10,5% dos profissionais de saúde e por 11,3% dos agentes prisionais.

HC 143641 / SP

Para analisar a experiência pré-parto e o atendimento prestado às gestantes, foi considerada recomendação do Ministério da Saúde, segundo a qual o pré-natal adequado tem de ser iniciado antes da 16ª semana da gestação. A distribuição das consultas é trimestral: uma no primeiro trimestre, duas no segundo e três, no terceiro. **Apenas 32% das mulheres ouvidas tiveram um atendimento pré-natal adequado.**” (Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-e-mae-solteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao&catid=813:cnj&Itemid=4640, acesso em 12 de novembro de 2017, grifei).

As narrativas acima evidenciam que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos. Por isso, não restam dúvidas de que “cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro” de violações a direitos humanos que vem se evidenciando, na linha do que já se decidiu na ADPF 347, bem assim em respeito aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano global relativos à proteção dos direitos humanos e às recomendações que foram feitas ao País

A atuação do Tribunal, nesse ponto, é plenamente condizente com os textos normativos que integram o patrimônio mundial de salvaguarda dos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela).

Essa posição é consentânea, ainda, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal em temas correlatos, como o revelado na Repercussão

HC 143641 / SP

Geral de número 423, por meio do julgamento do RE 641.320/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o Plenário desta Casa assentou que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. A tese ficou assim redigida:

“I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’);

III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:

(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;

(ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;

(iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.

Cumpre invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok, que, durante minha presidência no Conselho Nacional de Justiça, fiz questão de ver traduzidas e publicadas na Série “Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, com o intuito de promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero (Regras de

HC 143641 / SP

Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Na apresentação das referidas Regras, tive a oportunidade de afirmar que:

“Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuances. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização

HC 143641 / SP

eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos.

E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. De acordo com as Regras de Bangkok, deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado” (grifei).

Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas:

“6.23.1. 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.

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

6.b.10. Serão oferecidos às presas serviços de atendimento médico voltados especificamente para mulheres, no mínimo equivalentes àqueles disponíveis na comunidade.

7.c.24. Instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior.

56. As autoridades competentes reconhecerão o risco específico de abuso que enfrentam as mulheres em prisão

HC 143641 / SP

cautelar e adotarão medidas adequadas, de caráter normativo e prático, para garantir sua segurança nessa situação.

57. As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

59. Em geral, serão utilizadas medidas protetivas não privativas de liberdade, como albergues administrados por órgãos independentes, organizações não governamentais ou outros serviços comunitários, para assegurar proteção às mulheres que necessitem. Serão aplicadas medidas temporárias de privação da liberdade para proteger uma mulher unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada, sempre sob controle judicial ou de outras autoridades competentes. Tais medidas de proteção não deverão persistir contra a vontade da mulher interessada”.

A jurisprudência desta Suprema Corte tem sido firme na observância do amplo cabedal normativo ora citado, como pode ser visto no HC 147.322-MC/SP, HC 142.279/CE, HC 130.152-MC/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, HC 134.979/DF, HC 134.130/DF, HC 133.179/DF e HC 129.001/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, HC 133.532/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, HC 134.734-MC/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dentre muitos outros.

HC 143641 / SP

Os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes:

“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”.

Aqui, não é demais relembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. Recentemente a *Revista Época* publicou reportagem sobre o tema, que bem ilustra o tipo de dano a que estão sujeitas as crianças:

“O estrondo do portão de ferro que se fecha marca o fim de mais um dia. Na cela, com não mais de 10 metros quadrados, apertam-se objetos cobertos por mantas, uma cama protegida por um mosquiteiro e um guarda-roupa aberto com roupas de bebê dobradas. Adesivos infantis decoram a parede e mantas em tons pastel ocultam as grades de ferro. Ali, na ala da amamentação na Penitenciária Feminina de Pirajuí, em São Paulo, dormem Rebeca, de 7 meses, e sua mãe, Jaqueline Marques, de 23 anos. **A menina só vê o mundo exterior – árvores, carros, cachorros, homens – ao ser levada para**

HC 143641 / SP

consultas pediátricas. Normalmente, passa o tempo todo com a mãe, ocupante temporária de uma das 12 celas no pavilhão.

[...]

Os sintomas da separação se manifestaram nas crianças. Midiã, quando saiu da cadeia com poucos meses, não aceitava mais ser amamentada. **O irmão dela, Adryan, estava aprendendo a falar quando a mãe foi presa pela segunda vez. Simplesmente parou no meio do caminho. Com 3 anos, ele se expressa mais com acenos de cabeça do que com palavras.**

Na primeira visita à mãe, colocou o braço no rosto para tapar os olhos - e nada o fez mudar de ideia. 'Não me deu um abraço. Fui tentar pegar e ele bateu em mim. Não quis ficar comigo de jeito nenhum', diz Jaquelina. Agora em regime semiaberto, ela visita a família no interior, a cerca de duas horas de Pirajuí, durante a 'saidinha' nos feriados. Aos poucos, reaproximou-se dos filhos. Em uma dessas saídas, ao terminar a visita à família, despediu-se do filho. O menino correu atrás dela - queria ir junto. 'Ele ficou chorando tanto que deu dó. Fiquei com a cabeça atordoada de deixar ele daquele jeito', diz.

[...]

Em 30 de novembro, o Seminário Nacional sobre Crianças e Adolescentes com Familiares Encarcerados inaugurou uma articulação nacional, a fim de promover apoio a esse grupo. A articulação, que reúne ONGs, associações, movimentos e redes, fez contato com 200 crianças e adolescentes nessa situação. Apenas 36 aceitaram participar. **Detectou-se um quadro previsível e trágico. A prisão de familiares (geralmente mãe ou pai) acarreta fragilidade econômica e social. As crianças muitas vezes precisam assumir tarefas domésticas e ganhar dinheiro. Seis apresentaram depressão"** (Presos ao nascer, *Revista Época*, 18 de dezembro de 2017, grifei).

Em sua manifestação como *amicus curiae*, o Instituto Alana, cujo ingresso nessa condição autorizei, apontou as incontáveis violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere, a demonstrar que as violações a seus direitos começam antes mesmo do nascimento:

HC 143641 / SP

“É fundamental ter em mente que o período gestacional e o momento do nascimento refletem no desenvolvimento infantil: ‘O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gestando. (...) Quando a mulher grávida recebe apoio emocional e material do parceiro e de outros que lhe são próximos durante todo o processo, seus sentimentos de bem-estar comunicam-se ao embrião e ao feto, favorecendo o desenvolvimento saudável do bebê’ (SANTOS, Marcos Davidos *et al.* Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2014, p. 19).

Assim, é importante considerar a relevância da atenção pré-natal e do cuidado com o parto, para além do acompanhamento pediátrico, e entender que violações aos direitos da mulher gestante, parturiente e mãe violam também os direitos de crianças. É preciso destacar também que, nos casos de separação entre a criança e a mãe, há impactos na saúde decorrentes desse rompimento, os quais se agravam em casos de institucionalização [...] Um dos principais fatores responsáveis por esse dano é o estresse tóxico, fruto de situações que envolvem um sofrimento grave, frequente, ou prolongado, no qual a crianças não têm o apoio adequado da mãe, pai ou cuidadores. No caso de crianças com mães encarceradas, o estresse tóxico decorre do ambiente prisional, que não é capaz de acolher a criança, e da situação precária que a mulher encarcerada vivencia. Também nos casos de separação da mãe e conseqüente institucionalização, o rompimento do vínculo gera estresse à criança” (documento eletrônico 148, p. 18/19).

Professores da Universidade de Harvard demonstraram que a privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns

HC 143641 / SP

às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança (NELSON, Charles A., FOX, Nathan A. e ZEANAHA, Charles H. *Romania's Abandoned Children: Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014).

Conforme explicam, existe uma “experiência compartilhada” pela qual todos os seres humanos devem passar. E tal experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem

HC 143641 / SP

respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.

Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, revelou que “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social” (SANTOS, Denise *et al.* Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde).

As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo. Não se ignora, aliás, que, para se desenvolver plenamente, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar de suas crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. *Giving Kids a Fair Chance*. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e sócio-emocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância.

Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável.

HC 143641 / SP

Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.

É importante sublinhar, também, que o legislador tem se revelado sensível a essa triste realidade. Não por acaso, recentemente foi editado o Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), que modificou alguns aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem implicações da maior relevância para o julgamento do presente *writ*. A redação atual dos dispositivos que interessam é a seguinte:

“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 a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§ 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

HC 143641 / SP

§ 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 prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§ 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§ 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.

§ 10º Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

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.

§ 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde

HC 143641 / SP

desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua.

§ 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano”.

O Estatuto da Primeira Infância regulou, igualmente, no âmbito da legislação interna, aspectos práticos relacionados à prisão preventiva da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, que assim ficou redigido:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...)

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”.

Diante desse teor normativo, pergunta-se: quais devem ser os parâmetros para a substituição de que trata a lei?

A resposta, segundo as autoras e as *amici curiae*, está em que o “poderá”, constante do *caput* do artigo deve ser lido como “deverá”, para evitar que a discricionariedade do magistrado seja, na prática, usada de forma a reforçar a cultura do encarceramento.

Já para a Procuradoria-Geral da República, a resposta deve formulada caso a caso, sempre à luz da particularidade do feito em análise. Essa abordagem, contudo, parece ignorar as falhas estruturais de acesso à Justiça que existem no País.

Diante dessas soluções díspares, e para evitar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática supressão de direitos, típica de sistemas

HC 143641 / SP

jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais, a melhor saída, a meu ver, no feito sob exame, consiste em conceder a ordem, estabelecendo parâmetros a serem observados, sem maiores dificuldades, pelos juízes, quando se depararem com a possibilidade de substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP.

HC 143641 / SP

Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, deverá-se dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará.

A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados.

Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia.

Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão.

O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, lançado durante o período em que exerci a presidência do referido órgão, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de

HC 143641 / SP

gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade.

Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício.

Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial.

Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347.

É como voto.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO DO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Senhor Presidente, muito obrigado! Início por parabenizar a eloquência, o denodo dos advogados, advogadas e defensores públicos que se sucederam na tribuna.

O tema é momentoso, evidentemente. Eu tenho a convicção, a certeza de que as organizações internacionais e as entidades nacionais de proteção dos direitos humanos estão de olhos voltados agora para a Suprema Corte do Brasil; não só essas pessoas jurídicas, mas também todos aqueles que se preocupam com a defesa dos direitos e garantias fundamentais da cidadania.

Eu creio que nós estamos diante de um momento histórico que, inclusive, exige que prestigiemos esse vetusto, multissecular instrumento de proteção dos direitos fundamentais que é o *habeas corpus*, que tem, ao longo da história e de sua utilização no Brasil, recebido o prestígio que certamente merece.

Eu queria, Senhores Ministros, minhas senhoras e meus senhores, dizer inicialmente que, há questão de semanas, o eminente Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Dias Toffoli e eu, na semana passada, nós de forma pioneira resolvemos homologar - no meu caso, porque se tratava de uma ADPF, e, no caso de Suas Excelências, porque se tratava de processos de natureza subjetiva, embora com repercussão geral, dois REs - os acordos entre bancos e poupadores no que diz respeito aos planos econômicos, para colocar um fim a ações que já tramitam há cerca de 25 ou, quiçá, 30 anos em nosso País sem solução. E, nesses casos, segundo algumas estimativas, atingimos o universo de cerca de dois milhões de pessoas. Com certeza, um número mais sólido, nós cuidamos de 650.000 processos/ações que estavam em trâmite. Ou seja, nós, os três Ministros aqui presentes, de forma, ao meu ver, pioneira - e por que não dizer corajosa - prestigiemos um instrumento que, originalmente, não tem -

HC 143641 / SP

pelo menos, os REs - uma abrangência coletiva. Prestigiamos uma solução abrangente para uma situação que se vinha arrastando há mais de duas décadas. E tratava-se, Senhores Ministros, de direitos meramente patrimoniais. Agora, estamos diante da proteção, talvez, de um dos mais sagrados direitos, depois da vida e da saúde, que é o direito à liberdade. E mais: a proteção da mãe, sobretudo daquela que amamenta, e de - tenho aqui um número aproximado, mas não vou ousar discriminá-lo em suas minúcias, para não errar -, seguramente, mais de dois mil pequenos brasileirinhos, que estão atrás das grades, com suas mães, sofrendo indevidamente - contra o que dispõe a Constituição e contra o que dispõe o Direito positivo brasileiro - as agruras do cárcere.

Penso, Senhores Ministros, que é chegada a hora de exercermos um pouco de coragem e darmos, realmente, uma abrangência maior nesse histórico instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que é o *habeas corpus*.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, inicialmente, louvo o voto trazido pelo eminente Ministro **Ricardo Lewandowski** a respeito deste tema. Cumprimento também todos os que compareceram à Tribuna pelas belíssimas manifestações orais.

O Poder Judiciário pós-Constituição de 1988 não é mais aquele que, como disse Werneck, em sua clássica obra *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*, se encontrava dentro da estufa do autoritarismo, que só julgava casos individuais específicos a ele trazidos, com repercussões exclusivas às partes. Por meio do processo constituinte de 87/88 e, posteriormente, de seu fortalecimento como instituição, o Poder Judiciário passou a ter aquele papel – sobre o qual já falei e escrevi - para o qual ele foi pensado, criado e institucionalizado com a proclamação da República. O Supremo, em particular, passou a ter o papel de grande árbitro da nação brasileira, dos conflitos federativos e entre os Poderes. Em uma Constituição que trouxe uma série de inovações e garantias individuais e coletivas, sociais, econômicas, culturais, o papel do Poder Judiciário – e do Supremo Tribunal Federal em particular - é enorme.

No caso do **habeas corpus** coletivo, anoto isto em meu voto escrito, que farei juntar - não vou lê-lo aqui, até pela objetividade, já que Sua Excelência o Ministro **Ricardo Lewandowski** gentilmente nos disponibilizou o voto anteriormente, para aprofundarmos o debate -, já houve decisões em que se rejeitaram, no passado, o **habeas corpus** coletivo. Contudo, estamos aqui exatamente diante de uma situação de evolução das instituições brasileiras e do Poder Judiciário em que não podemos negar a necessidade do HC coletivo. Esta Suprema Corte recusar o conhecimento do HC coletivo, penso que seria um momento seu não muito feliz.

Entretanto, temos de nos pautar na técnica, e o fundamento não

HC 143641 / SP

pode ser só a evolução do Direito. E muito bem fundamentou seu voto o eminente Ministro Relator.

Para fins de fundamentação de meu voto, vou fazer referência, para conhecer do pedido - e depois vou conhecer dele em parte e vou fundamentar tecnicamente -, ao art. 5º da Constituição, incisos LXVIII, LXIX e LXX. E o faço pelo seguinte: o inciso LXIX do artigo 5º diz que:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

No dispositivo do art. LXX, estabelece a Constituição:

“LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Ora o mandado de segurança é cabível quando não cabe o **habeas corpus**, e o **habeas corpus** está previsto no inciso LXVIII. **Vide:**

“LXVIII- conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”;

Se o mandado de segurança é cabível quando não cabe o **habeas corpus** e cabe o mandado de segurança coletivo, disso eu tiro a conclusão de que a Constituição prevê a possibilidade do **habeas corpus** coletivo.

Então, eu fundamento, nessa leitura da Constituição, a possibilidade

HC 143641 / SP

do cabimento do **habeas corpus** coletivo e conheço do **habeas corpus**, mas em parte, Senhor Presidente e eminente Relator. Por quê? Também indo à técnica: O **habeas corpus** precisa ter um impetrante, pode ser qualquer cidadão, qualquer pessoa, Defensoria Pública, instituições de defesa dos direitos humanos; e estão presentes os legitimados que, inclusive, foram à tribuna. Há de se ter ato coator. Os atos coatores estariam diluídos, de acordo com a inicial da impetração, em todas as instâncias do Poder Judiciário. Mas nós não podemos aqui, tecnicamente, conhecer diretamente da impetração em relação à juízo de primeira instância e a tribunais locais ou regionais.

Portanto, o conhecimento é em parte, visto que é em relação àquele sobre o qual, tecnicamente, temos jurisdição para analisar eventual ilegalidade ou coação, que é o Superior Tribunal de Justiça. Adiante, desde logo, que isso não impede que, de ofício, tendo sido trazido o tema ao Supremo Tribunal Federal, implemente-se a impetração em relação aos demais Juízos. Isso já o fiz monocraticamente, já o fiz aqui no Colegiado.

Apenas para manter coerência com os posicionamentos que eu já tive, entendo, num primeiro momento, com esses fundamentos e com outros que aprofundarei no voto escrito, cabível o **habeas corpus** coletivo.

No caso específico, conheço em parte em relação a atos referidos em relação ao Superior Tribunal de Justiça. E enfrentaria o tema, caso dele conheçamos ou, se dele não conheçamos, de ofício, sem avançar no voto de mérito do eminente Relator, mas apenas para explicitar minha forma técnica de apreciação.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de **habeas corpus** coletivo, com pedido de liminar, impetrado em favor de 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, bem como das próprias crianças.

O **writ** foi distribuído ao Ministro **Ricardo Lewandowski**, que, em decisão de 27/6/17, bem relatou o teor da controvérsia:

“Eloísa Machado de Almeida e Outros, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetraram *habeas corpus* coletivo com pedido de medida liminar em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Afirmaram que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natais, assistência regular no parte e pós-parto, e ainda privando as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis, e ao respeito à integridade física e moral da presa.

Asseveraram que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva, e tem impactado de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias.

Enfatizaram o cabimento de *habeas corpus* coletivo na defesa da liberdade de locomoção das coletividades, com fulcro

HC 143641 / SP

na garantia de acesso à Justiça e à luz do caráter sistemático de algumas práticas que resultam em violação de direitos da coletividade. Nesse sentido, invocam o artigo 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que garante o direito a um instrumento processual simples, rápido, efetivo e apto a tutelar o direito fundamental lesionado ou ameaçado.

Salientaram o caráter estrutural das violações, no âmbito da prisão cautelar, a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.

Aduziram que a competência para julgamento do feito é do Supremo Tribunal Federal, tanto pela abrangência do feito quanto pelo fato de que o Superior Tribunal de Justiça figura entre as autoridades coatoras.

Ressaltaram que os estabelecimentos prisionais não são estruturados de forma a atender à mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

Insistiram em que, com a entrada em vigor da Lei 13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal para possibilitar a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, o Poder Judiciário vem sendo provocado a decidir sobre a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos especificados pela Lei, mas que em aproximadamente metade dos casos o pedido foi indeferido. Relataram que os argumentos para o indeferimento estariam relacionados à gravidade do delito supostamente praticado e à necessidade de prova da inadequação do ambiente carcerário no caso concreto. Afirmaram que essa argumentação não tem consistência, uma vez que a gravidade do crime não pode ser, por si só, motivo para manutenção da prisão, e que, além disso, este Supremo Tribunal Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Enfatizaram pretender a proteção da condição especial da mulher no cárcere, sobretudo da mulher pobre que, privada de acesso à justiça, vê-se também destituída do direito à

HC 143641 / SP

substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Assim, relatam que essa soma de privações acaba por gerar um quadro de excessivo e irrazoável encarceramento preventivo de mulheres pobres que, sendo gestantes ou mães de criança, fariam jus à substituição prevista em lei.

Asseveraram que a limitação do alcance da atenção pré-natal, que já rendeu ao Brasil uma condenação pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (caso *Alyne da Silva Pimental versus Brasil*), atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher mas também de seus dependentes, impactando o quadro geral de saúde pública e infringindo o direito à proteção integral e à prioridade absoluta da criança.

Citaram casos graves de violação dos direitos das gestantes, sobretudo no parto, sujeitando-as a abusos neste momento em que estão fragilizadas. As violações, segundo narram, prosseguem na fase de aleitamento e também depois, quando os filhos são separados das mães de forma abrupta.

Realçaram que todos esses males poderiam ser evitados, porque muitas das pessoas presas preventivamente no Brasil são, ao final, absolvidas, ou têm a pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Aduziram que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis, e, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que afeta sua capacidade de aprendizagem e socialização e vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais.

Arguiram que, embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como sendo obrigatória a presença de instalações, nos estabelecimentos penais, para atendimento a gestantes e crianças, as disposições legais vem sendo sistematicamente desrespeitadas.

Argumentaram que, embora a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não seja direito subjetivo da gestante e da mãe, elas têm direitos que estão sendo desrespeitados, e

HC 143641 / SP

não se pode penalizar o indivíduo pela falta de estrutura estatal. Nesses casos, dizem, é o direito de punir, e não o direito à vida, à integridade e à liberdade individual, que deve ser mitigado, como se decidiu quando se declarou ser inadmissível que presos cumpram pena em regime mais gravoso do que aquele a que foram condenados, ou em contêineres, e que, em tais casos, a ordem de *habeas corpus* foi estendida aos presos na mesma situação.

Destacaram a vulnerabilidade socioeconômica das mulheres presas preventivamente no Brasil.

Requereram a concessão da ordem para revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará pleiteou seu ingresso como *custos vulnerabilis* (guardião dos vulneráveis) ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*.

Enfatizou ser órgão interveniente na execução penal para a defesa das pessoas presas, que foram um grupo extremamente vulnerável.

Disse que sua atuação como guardião dos vulneráveis tem por fundamento o artigo 134 da Constituição e o artigo 4º, XI, da Lei Complementar 80/1994.

Afirmou que, caso assim não se entenda, deve ser aceita para atuar como *amicus curiae*, na medida em que o presente *habeas corpus* é coletivo.

No mérito, ressaltou a incidência do princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e do princípio da primazia dos direitos da criança, e asseverou que tais princípios têm sido ofendidos pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado.

Insistiu em que a leitura correta da Lei 13.257/2016 é de que não há necessidade de se satisfazer outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Na sequência, a Procuradoria-Geral da República opinou

HC 143641 / SP

pelo não conhecimento do *writ*, sob alegação de que é manifestamente incabível o *habeas corpus* coletivo, ante a impossibilidade de concessão de “*habeas corpus* genérico, sem individualização do seu beneficiário” e de expedição de “salvo-conduto a um número indeterminado de pessoas”.

Ressaltou ainda que não cabe a este Supremo Tribunal o julgamento do feito, haja vista que não terem sido indicados atos coatores específicos que seriam imputáveis ao Superior Tribunal de Justiça.

Afirmou, por fim, que o não cabimento do presente *habeas corpus* coletivo se deve ainda ao fato de que a análise do cabimento da prisão domiciliar em cada caso concreto.

Ato contínuo, houve nova manifestação da Defensoria Pública do Estado do Ceará, juntando documentos que permitem identificar, no que tange às presas do Instituto Penal Feminino Desa. Auri Moura Costa, aquelas que são mães de crianças e que estão presas provisoriamente em unidade superlotada.

Insistiu em que deve ser superado o prisma individualista do *habeas corpus* por meio de uma leitura constitucional e sistêmica, admitindo-se a identificação das beneficiárias da ordem durante a tramitação ou ao final, quando de sua execução, em razão da transitoriedade da condição de presas preventivas e a fim de se garantir tratamento isonômico a estas, além de propiciar-se economia de recursos e maior celeridade para o julgamento de feitos criminais, na medida em que tal instrumento permite evitar a multiplicação de processos semelhantes.

Citou exemplos de *habeas corpus*, tramitando neste Supremo Tribunal Federal, em que não houve a identificação dos pacientes, e que nem por isso tiveram seu andamento interrompido ou suspenso (*Habeas Corpus* 118536 MC/SP – SP e o *Habeas Corpus* 119753/SP), bem como aqueles em que ordem foi estendida a outras pessoas sofrendo o mesmo tipo de coação ilegal.

Asseverou ser inequívoca a competência deste Supremo

HC 143641 / SP

Tribunal Federal para o julgamento do feito, em razão da existência de inúmeros acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em que essa Corte exigiu o cumprimento de requisitos outros, além dos constantes do art. 318 do Código de Processo Penal, para a substituição de preventiva por domiciliar. Listou como exemplificativos desta tendência do Superior Tribunal de Justiça os habeas corpus 352.467, 399.760, 397.498, em que figuram como pacientes, respectivamente, Ilze Lopes Campos, Pamela Ferreira Quintanilha e Daniela Florentino da Silva.

Ressaltou que neste Supremo Tribunal Federal também estaria se firmando a exigência de incoerência dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal para deferimento da substituição – entendimento que seria incompatível com os dispositivos da Lei 13.257/2016. Acrescentou que o presente *habeas corpus* coletivo seria uma ferramenta para repensar e dar aplicabilidade ampla ao espírito democrático dessa alteração legislativa, a qual concretiza diretrizes constitucionais de proteção à infância.

Reiterou, no mais, seus pleitos anteriores, sobretudo quanto à admissão de sua participação como *custos vulnerabilis*.

Na sequência, peticionou a Defensoria Pública do Estado do Paraná (documento eletrônico 19), requerendo sua habilitação nos autos como *custos vulnerabilis* ou, subsidiariamente, como *amicus curiae*.

Invocou, no mérito, a aplicação de dispositivos constitucionais e convencionais que justificariam o acolhimento dos pleitos deste *habeas corpus*.

Requeru a concessão da ordem e a intimação do Defensor Público Geral Federal, para provocar sua atuação na condição de guardião dos vulneráveis.”

Nessa mesma decisão, o Relator determinou as seguintes diligências:

“(…)

Tendo em conta a possibilidade de aplicação analógica de

HC 143641 / SP

dispositivos do processo civil ao processo penal, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, admito o ingresso no feito, na condição de assistente, das Defensorias Públicas dos Estados do Ceará e do Paraná (art. 121 do Código de Processo Civil). Anote-se.

Embora não se possa descartar de plano a existência, em nosso ordenamento, do habeas corpus coletivo – discussão que será travada com maior profundidade no Recurso Extraordinário 855.810, de relatoria do Ministro Dias Toffoli – , entendo imprescindível, até mesmo para firmar a competência deste Supremo Tribunal Federal, identificar as mulheres que estão na situação narrada pelos autores. Assim, por ora, determino a expedição de ofício ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para que:

- 1) indique, dentre a população de mulheres presas preventivamente, quais estão gestantes ou são mães de crianças;
- 2) com relação às unidades prisionais onde estiverem custodiadas, informe quais dispõem de escolta para garantia de cuidados pré-natais, assistência médica adequada, inclusive pré-natal e pós-parto, berçários e creches, e quais delas estão funcionando com número de presas superior à sua capacidade.

O prazo para resposta do ofício é de 60 dias, devendo indicar de forma precisa o nome da presa, bem assim, a identificação da unidade prisional onde está custodiada.

Defiro, por fim, a intimação do Defensor Público Geral Federal, para que esclareça sobre seu interesse em atuar neste feito.

Após, tornem conclusos os autos”.

Em 17/10/17, o Relator, por analogia ao art. 80 do Código de Processo Penal, determinou o desmembramento do feito em relação aos Estados do Amapá, do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, do Pará, da Paraíba, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte, de Rondônia, de Roraima, do Rio Grande do Sul, de Sergipe, de São Paulo e de Tocantins, os quais não apresentaram as informações requisitadas.

Sua Excelência determinou, ainda, a formação de autos apartados e

HC 143641 / SP

sua redistribuição por dependência a este **habeas**.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Dr^a **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não conhecimento do **writ**.

É a **síntese do caso**, que passo a analisar a partir das premissas postas no brilhante voto apresentado pelo ilustre Relator, que bem nos lembrou não ser de hoje a inquietação da Corte a respeito do **habeas corpus** coletivo, que não está positivado no nosso ordenamento pátrio. E há, de fato, decisões registradas em nossa jurisprudência que não têm admitido, com base nesse fundamento, o **habeas** no formato coletivo. Cito, por exemplo, o HC nº 133.267/SP-AgR, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 2/6/16; HC nº 135.169/BA, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 24/8/16; HC nº 119.753/SP, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 21/3/17.

Porém, está evidente, nos dias atuais, que o modelo clássico, em que apenas o titular do direito, por seu representante legal, pode demandar em juízo, tem deixado a desejar no tocante à efetiva proteção jurisdicional dos direitos subjetivos individuais, sobretudo, quando se tem, como lembrou o Relator em seu voto,

“mais 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis”.

À frente de complexas relações sociais em uma crescente sociedade como a nossa, é comum, como lembra **Daniel Sarmiento**¹,

“que um mesmo ato ou evento danoso repercuta na esfera jurídica de grande número de pessoas, originando múltiplas

1 O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira. <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>.

HC 143641 / SP

violações de direito similares. Não é de se surpreender, portanto, que dentre as iniciativas estatais direcionadas a gerir da melhor maneira as necessidades da sociedade contemporânea encontrem-se esforços orientados a dar ‘respostas supra individuais a desafios massificados’.

À luz dessa preocupação o Conselho Nacional de Justiça deu o primeiro passo quando, em 2010, aprovou o Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, que estimula a solução coletiva das demandas de massa².

Não se nega que o **habeas corpus** pressuponha a existência de uma autoridade coatora (coator), de uma pessoa que sofre a coação ou coerção (paciente), e de uma pessoa que impetra a ordem (impetrante).

Por isso é que a petição de **habeas corpus** contera: i) o nome de quem sofre ou está ameaçado de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça; ii) a declaração da espécie de constrangimento, ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o temor; e iii) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Assim é o que dispõe o art. 654, § 1º, do Código de Processo Penal, reproduzido nos incisos do art. 190 do Regimento Interno desta Suprema Corte.

Aliás, como já decidiu o Ministro **Celso de Mello**,

“o Supremo Tribunal Federal, **ao examinar**, em sede de “*habeas corpus*”, **a questão do paciente anônimo, tem proclamado a inadmissibilidade** de utilização do “*writ*” constitucional, **que se torna, por isso mesmo, insuscetível** de conhecimento, **como acentuado** em julgamento **proferido pelo próprio Plenário desta Corte (HC 133.267- -AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI), de que extraio fragmento** constante do voto de seu eminente Relator:

2 Conselho Nacional de Justiça. **Plano de gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal**, 2010, p. 14.

HC 143641 / SP

'Reitero, ademais, que a Corte já se pronunciou pela inadmissibilidade do 'habeas corpus' coletivo, em favor de pessoas indeterminadas, visto que se inviabiliza 'não só a apreciação do constrangimento, mas também para fins de expedição de salvo-conduto em seu favor' (...)' (grifei).

Cabe enfatizar que essa diretriz **tem prevalecido** na prática jurisdicional desta Corte Suprema, **cujas inúmeras decisões têm sempre acentuado a incognoscibilidade** da ação de 'habeas corpus' **quando ajuizada, como sucede na espécie, em favor de 'terceiros não identificados'** (HC 81.348/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 101.136-AgR-ED/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 119.753/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 122.921/DE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 125.655/DE, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.154/DE, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 135.169/BA, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.).

Essa orientação, por sua vez, que tem sido igualmente observada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (RHC 46.988/BA, Rel. Min. FELIX FISCHER – RHC 51.301/BA, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, v.g.), **reflete-se em autorizado magistério doutrinário** (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 'Código de Processo Penal Comentado', p. 1.318, item n. 47, 14ª ed., 2015, Forense; BENTO DE FARIA, 'Código de Processo Penal', vol. II/381, item n. II, 2ª ed., 1960, Record; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, 'Código de Processo Penal Brasileiro Anotado', vol. VII/270, item. 1.370, 2000, Bookseller; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, 'Curso de Processo Penal', p. 648/649, item n. 17.4.1, 8ª ed., 2012, Forense; ALEXIS COUTO DE BRITO, HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI e MARCO ANTÔNIO FERREIRA LIMA, 'Processo Penal Brasileiro', p. 450, item n. 6, 2012, Atlas, v.g.), **valendo reproduzir, em face de sua absoluta pertinência, a lição** de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ ('Processo Penal', p. 955/956, item n. 16.4.3.1, 4ª ed., 2016, RT):

'Obviamente, o paciente tem que ser uma pessoa, isto é,

HC 143641 / SP

um ser humano cuja liberdade de locomoção esteja violada ou ameaçada. Também deve se tratar de pessoa ou pessoas individualizadas, não se admitindo a medida em favor de pessoas indeterminadas (p. ex.: sócios de uma agremiação ou moradores de alguma casa).’ (grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, **e tendo em vista**, notadamente, **a jurisprudência predominante** do Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame, *inclusive a de seu Egrégio Plenário*, **não conheço** da presente ação de ‘*habeas corpus*’, **restando prejudicada**, em consequência, **a análise** do pedido de medida liminar’ (HC nº 143.704/PR, DJe de 12/5/17).

Penso, todavia, que este remédio constitucional, que tutela um direito fundamental tão caro para sociedade brasileira - a liberdade -, necessita ser repensado, justamente porque nossa Constituição prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenharia a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça.

Como ressaltou o Ministro **Ricardo Lewandowski** em seu denso voto,

“dados da pesquisa "Panorama de Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009" (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Jul. 2011), (...) demonstram que, abaixo de determinado nível de escolaridade e renda, o acesso à Justiça praticamente não se concretiza.

Tal pesquisa, dentre outras revelações, ressalta o quanto esse acesso, como direito de segunda geração ou dimensão, tem encontrado dificuldades para se realizar no Brasil, esbarrando, sobretudo, no desalento, ou seja, nas dificuldades relacionadas a custo, distância e desconhecimento que impedem as pessoas mais vulneráveis de alcançar o efetivo acesso à Justiça.

Assim, penso que se deve extrair do *habeas corpus* o

HC 143641 / SP

máximo de suas potencialidades, nos termos dos princípios ligados ao acesso à Justiça previstos na Constituição de 1988 e, em particular, no art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica”.

Compartilho das mesmas preocupações do ilustre Relator e penso, a partir da interpretação do Código de Processo Penal à luz da Constituição, haver campo para admitirmos o **habeas corpus** coletivo quando em jogo **interesses individuais homogêneos**, já positivados, como destacado, no art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. **In verbis:**

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

É certo, ademais, que este Supremo já reconheceu que direitos individuais homogêneos constituem uma subespécie de direitos coletivos, os quais pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas **determináveis**, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. **In verbis:**

“Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos

HC 143641 / SP

individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas” (RE nº 163.231/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 29/6/01).

E como anota **Hugo Nigro Mazzilli**,

“[tanto] os interesses individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indeterminais os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível” (**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57).

Portanto, sem prejuízo de continuar minhas reflexões sobre o tema, conheço deste **habeas corpus coletivo** para se discutir direitos individuais homogêneos, sobretudo por se tratar de grupo de pessoas determinadas ou determináveis, o que viabilizará não só a apreciação do constrangimento ilegal, como também a expedição de salvo-conduto.

É certo, ademais, que a utilização desse remédio constitucional na forma coletiva, com as balizas próprias propostas pelo Relator, inquestionavelmente desborda em tratamento mais isonômico na entrega da prestação jurisdicional.

Não se deve perder de vista que a Constituição previu o mandado de segurança coletivo para direitos outros (CF, art. 5º, LXX) não amparados pelo **habeas corpus**. Logo, com maior razão a figura coletiva cabe ser instrumentalizada por essa ação constitucional, **já que ela protege o direito indisponível à liberdade**.

Como anota o Ministro **Ayres Britto** em voto que proferiu com maestria,

“é para o mais forte amparo à liberdade de locomoção que

HC 143641 / SP

a nossa Lei Maior: a) faz o *habeas corpus* anteceder, topograficamente, a todas as ações por ela também diretamente cunhadas (mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular, normadas, respectivamente, nos incisos LXIX, LXX, LXXI, LXXII e LXXIII do mesmo art. 5º); b) somente admite o manejo do mandado de segurança se a proteção a '*direito líquido e certo*' não comportar aviamento por ele, *habeas corpus* (nem por impetração do *habeas data*, seqüencialmente); c) deixa de exigir que o responsável por qualquer dos pressupostos de ilegalidade ou de abuso do poder seja '*autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*' (requisitos exigidos, agora sim, para o cabimento do mandado de segurança)².

Não podia ser diferente, no corpo de uma Constituição que faz a mais avançada democracia coincidir com o mais depurado humanismo. Afinal, *habeas corpus* é, literalmente, ter a posse desse bem personalíssimo que é o próprio corpo. Significa requerer ao Poder Judiciário um salvo-conduto que outra coisa não é senão uma expressa ordem para que o requerente preserve, ou, então, recupere a sua autonomia de vontade para fazer do seu corpo um instrumento de geográficas idas e vindas. Ou de espontânea imobilidade, que já corresponde ao direito de nem ir, nem vir, mas simplesmente ficar. Autonomia de vontade, enfim, protegida contra '*ilegalidade ou abuso de poder*' — parta de quem partir —, e que somente é de cessar por motivo de '*flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*' (inciso LXI do art. 5º da Constituição)" (HC nº 91.041/PE, Primeira Turma, DJe de 17/8/07).

Nessa direção há, aliás, precedente de lavra do eminente Ministro **Marco Aurélio** admitindo o manejo do **habeas corpus** como instrumento próprio para se combater ato tido como ilegal a alcançar a liberdade de ir e vir, seja no campo individual ou coletivo. **Vide:**

HC 143641 / SP

“HABEAS CORPUS – ADEQUAÇÃO. O habeas corpus é instrumento próprio a atacar ato tido como ilegal, a alcançar a liberdade de ir e vir, pouco importando haja sido formalizado no campo individual ou coletivo. PENA – RESTRITIVA DA LIBERDADE – RESTRITIVA DE DIREITO – MULTA – SUBSTITUIÇÃO. A problemática referente à imposição, no caso de incidência do artigo 155, § 2º, do Código Penal, da pena de multa resolve-se no campo do justo ou injusto, não alcançando o da legalidade ou ilegalidade” (HC nº 122.827/MG, Primeira Turma, DJe de 4/5/17 – grifos nossos).

Acompanho, portanto, o Relator quanto ao cabimento do **habeas corpus** coletivo, inclusive em relação aos legitimados, conforme propôs Sua Excelência em seu voto (legitimados do Mandado de Injunção Coletivo³).

Todavia, proponho o conhecimento parcial da ação, já que a Corte **não detém legitimidade constitucional** para processar e julgar o writ impetrado contra ato omissivo ou comissivo de juízes de primeiro grau ou de tribunais de segundo grau, os quais foram apontados expressamente como autoridades coatoras na inicial.

Não há, porém, impedimento para que a ordem seja concedida de

3 Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

HC 143641 / SP

ofício nesse aspecto.

Quanto ao tema de fundo - que abriga pedido de concessão da ordem de **habeas corpus** para substituir a prisão preventiva de mulheres submetidas à prisão cautelar, no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças menores de 12 (doze) anos de idade sob sua responsabilidade -, em atenção aos incisos V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.257/16, de 8 de março de 2016, registro que o parágrafo único do dispositivo em questão exige a presença de prova idônea para justificar a medida. **In verbis:**

“Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Penso, portanto, com a *vênia* de estilo, que dar credibilidade, pura e simplesmente, à palavra da mãe presa para apurar a situação de guardiã de seus filhos não se mostra suficiente.

Não há dúvidas de que essa alteração promovida no art. 318 do Código de Processo Penal, levada à cabo pelo Poder Legislativo, se mostra consentânea com a proteção à maternidade e à primeira infância (Lei nº 13.257/16), com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e com a Constituição Federal, que, juntas, desbordam em uma série de princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância, em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento do ser humano.

Como bem lembrou o Relator em seu voto,

“não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional.

HC 143641 / SP

Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos”.

A título de **obiter dictum**, já tive a oportunidade de tecer considerações a respeito da matéria, (v.g. HC nº 132.462/RJ-AgR-ED, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 6/6/16). Mas a Corte já reconheceu, na voz do Ministro **Gilmar Mendes**, que as normas processuais penais em questão devem ser aplicadas de forma restrita e diligente, verificando-se as peculiaridades de cada caso (HC nº 142.279/CE, Segunda Turma, DJe de 18/8/17).

Destaco, a propósito, excerto do bem lançado voto proferido pelo no Ministro **Gilmar Mendes** no julgado em questão:

“Passo a examinar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar à paciente, com fundamento no art. 318, inciso V, do CPP.

Segundo os autos (eDOC 2, p. 5-6), a paciente possui 2 filhos menores (uma criança de 4 anos e outra de 9 anos, nesta data).

Ao apreciar o pedido de liminar, asseverei ser 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

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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;

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)

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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)**

HC 143641 / SP

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 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

HC 143641 / SP

relatoria, DJe 1º.2.2016; e 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 no 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 Rcl 25.560/PA, DJe 2.5.2017. E do Ministro Marco Aurélio no HC 133.532/DF, DJe 12.5.2016. Da Segunda Turma, também cito: HC 139.889 MC/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão de 14.6.2017.

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

(...)

Ante o exposto, tendo em vista a ausência de interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática do STJ, não conheço do presente *habeas corpus*.

HC 143641 / SP

No entanto, acolhendo a manifestação da PGR e com base no art. 318, inciso V, do CPP (mulher com filho de até 12 anos incompletos), concedo, de ofício, a ordem, em parte, para, confirmando a liminar deferida, determinar que a paciente seja colocada em prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, 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.

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” (grifos do autor).

Dito isso, para não se subverter a exegese da Lei nº 13.257/16, que visa tutelar os interesses e o bem estar do menor, resguardados pela própria Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, entendo cabível a substituição da prisão preventiva por domiciliar na forma da lei processual penal a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, desde que precedida, à luz de cada caso, do preenchimento dos requisitos enunciados pelo Relator em seu voto, os quais subscrevo integralmente.

Portanto, no tocante à preliminar de conhecimento do **habeas corpus**

HC 143641 / SP

coletivo, **admito** a impetração.

Quanto ao pano de fundo, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, apontado como autoridade coatora, **concedo a ordem**.

Considerando a ilegitimidade constitucional da Corte para processar e julgar o **writ** impetrado contra ato de juiz de primeiro grau e de tribunal de segundo grau (CF, art. 102, inciso I, alíneas d e i), não conheço da impetração. **Concedo, porém, a ordem de ofício**, na extensão do voto do Relator.

É como voto.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO**VOTO S/ PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa questão, nós já até discutimos aqui, alguma feita, sobre a possibilidade desse cabimento do *habeas corpus* de caráter coletivo. Sabemos que houve o avanço da Constituição de 1988, seguindo as pegadas daquela ampliação ocorrida a partir da Constituição de 1934, com a ampliação dos instrumentos de defesa dos direitos. Como todos nós nos recordamos, tínhamos inicialmente apenas o *habeas corpus*, que, sob a Constituição de 1891, oferecia um âmbito de proteção bastante abrangente. A fórmula básica permitia compreender o *habeas corpus* como um instrumento de defesa em relação a toda e qualquer lesão perpetrada pelo poder público a direito subjetivo. Esse debate foi bastante intenso e, como nós sabemos, daí resultou a construção feita pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, que fez uma conformação talvez um pouco mais restritiva daquele conceito literal bastante amplo, mas ainda manteve a utilização do *habeas corpus* para além da mera situação da liberdade de locomoção. Traduzindo em miúdos, dizia-se que toda vez que subjacente a qualquer outro direito, seja lá liberdade religiosa, ou liberdade de manifestação de pensamento, estiver a liberdade de locomoção, caberá sim o uso do *habeas corpus*.

Há até um caso, salvo engano, Ministro Celso, em que se discutiu talvez, num desses casos, acho que mencionado numa obra de Rui, um *habeas corpus*, acho que com esse teor coletivo, na ideia de permitir manifestação ou na ideia de uma proteção geral.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, aqui nós teríamos claramente um modelo de *habeas corpus* nesse perfil - não

HC 143641 / SP

chamávamos assim à época, mas com esse alcance. Na realidade, o direito postulado substancialmente era o direito à liberdade de reunião.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, nesse contexto.

Depois, tivemos a reforma constitucional de 1926 - e aqui se introduz, de forma consciente, texto que modifica substancialmente a redação original e se faz uma redução significativa do âmbito de proteção do *habeas corpus*.

Já, naquela assentada, no processo constituinte, discutiu-se a necessidade, então, de se criar um outro instrumento, um instrumento que suprisse, que colmatasse a lacuna que o sistema de proteção passaria agora a ter. E se falou, inclusive, na ideia de um mandado de garantia ou equivalente. Isso explica de certa forma o desenvolvimento que tivemos.

E certamente, quando fazemos estudos de Direito Comparado, sempre nos perguntamos: Por que o recurso de amparo tem esse âmbito de proteção muito mais amplo? Ou: Por que a *Verfassungsbeschwerde* alemã tem um âmbito de proteção também multivalente, enquanto nós fomos trabalhando com as ações separadas? O mandado de segurança, então, veio em 34. De certa forma, para resgatar virtualidades do texto anterior, naquela construção feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Passaram-se todos esses anos, a Constituição de 88 dá outros passos e, ao lado do *habeas corpus*, do mandado de segurança, cria o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo com algumas definições.

E tivemos, aqui - e temos evoluído nesse sentido -, um debate interessante sobre o mando de injunção, um instrumento que fomos construindo devagar, até para entender do que se tratava, com todas aquelas evoluções. Mas o Supremo, em termos processuais, reconheceu, e, não muito distante, já na evolução, na sua prática, que era cabível sim o mandado de injunção coletivo, tal como já se admitia em relação ao mandado de segurança coletivo.

HC 143641 / SP

E, hoje, na nossa prática - e isso se traduziu na nossa prática -, percebemos, depois daquela viragem na jurisprudência, que não havia falar no mandado de injunção que não tivesse um mínimo de conteúdo para além do caso concreto. Vimos, no caso do direito de greve dos servidores públicos, porque, ou reconhecíamos essa abrangência ou teríamos que repetir mandados de injunção quando, na verdade, o comando era um só para que se fizesse uma dada lei ou para que se suprisse a ausência da lei com uma regulação que se aplicava a todos os casos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Nós fomos inundados por mandados de injunção a respeito da aposentadoria especial.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, e levantamos, então, inclusive...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Fizemos uma súmula para atender ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Gilmar, Vossa Excelência circunstancialmente não estava em Plenário, mas citei um voto paradigmático, pioneiro, do Ministro Celso, que antes da positivação do mandado de injunção coletivo, Sua Excelência já afirmava esse caráter, esse instrumento heroico, esse remédio heroico constitucional que é o mandado de injunção.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Estou dizendo, a própria construção se fez jurisprudencialmente, porque não faz sentido reconhecer o próprio mandado de segurança coletivo e não o fazer em relação ao mandado de injunção. Até, porque, aqui, com maior razão, a proteção não se dá de maneira efetiva, raramente vai se dar, para aquele impetrante. De fato, busca-se regular uma situação de forma completa, como acabamos por fazer no direito de greve, determinando que ficasse em vigor as normas vigentes já para os empregados normais, submetidos ao regime da CLT. Portanto, aquela regulação era completa.

Isso foi muito curioso, porque, depois, o Ministro Teori, de saudosa

HC 143641 / SP

memória, ao trabalhar o projeto do mandado de injunção, aqui, também um outro fenômeno muito curioso, porque o mandado de injunção - e isso já foi apontado até como petição de princípio -, ele veio, mas não tinha regulação. E claro, precisava-se de alguma lei. O Supremo teve que fazer um construto, e o que fê-lo dizendo se aplicava, em princípio, o mandado de segurança.

E se nós olharmos, em termos de ação processual no Brasil, o nosso processo constitucional, todo ele é muito curioso, porque, de alguma forma, ele remonta a fórmula do *habeas corpus* e, depois, do mandado de segurança.

É até curioso, a primeira lei que tratou da representação interventiva, na verdade, manda aplicar a Lei do Mandado de Segurança, porque essa foi a base do nosso desenvolvimento, um tanto até quanto chocante, quando se fala assim: "Poxa! Mas o que que tem a representação interventiva com o mandado segurança?". Mas foi a base desse nosso desenvolvimento.

No mandado de injunção, nós tivemos esse fenômeno, tivemos que construir inclusive a legislação processual e passamos aplicar, então, a Lei do Mandado de Segurança, a velha Lei nº 1.533. E assim se fez, mas se reconheceu a dimensão coletiva. Hoje, talvez, até pudéssemos dar de barato isso. Por quê? Porque sabemos que o mandado de injunção tem essa força.

Então, o Ministro Teori percebeu que era necessário, a partir daqueles nossos debates, que esse ideário fosse traduzido na legislação e disse que o próprio Supremo poderá atribuir eficácia *erga omnes* à decisão tomada em mandado de injunção. Isso agora está positivado, até porque não faz sentido, dando uma resposta regulatória ampla, fragmentar-se isso em múltiplas ações. Então, é interessante ver toda essa construção para entender essa evolução que se faz.

É curioso que esse predecessor de todos esses institutos - no nosso caso é o *habeas corpus* - ficou um tanto quanto retardatário nesse debate. Daí os meus efusivos cumprimentos a Vossa Excelência pela iniciativa.

Eu já havia brincado, em algumas sessões aqui, Ministro

HC 143641 / SP

Lewandowski, diante dessa questão que foi apontada com tanto brilho pelas belíssimas sustentações que se fizeram nesta tarde, nesta Turma, que algum dia nós teríamos uma situação - e em um tom jocoso, mas com um senso de realismo caricatural -, que daqui a pouco, diante da superlotação dos presídios, por exemplo, vamos ter alguém impetrando um *habeas corpus*, dizendo: "Olha a situação de uma ala do presídio em Bangu", ou seja lá o que for. E diríamos: "Como que isso está provado?". As fotos, os vídeos que vemos na televisão mostram um pouco disso, aquele amontoado de pessoas. Eu brincava, então, dizendo que o sujeito ainda diria: "Olha, eu sou um desses impetrantes, olha eu aqui". Quer dizer, de fato, é essa a situação que realmente aparece. Claro que ela não se materializou dessa forma, mas tivemos a ADPF agora citada que discutiu o chamado fato inconstitucional. Então, parece-me que esse debate é extremamente importante. E Vossa Excelência traz um caso bastante singularizado, porquanto realmente essa é uma dificuldade - e já discutida aqui pelo Ministro Toffoli - para que possamos fazer a identificação mais precisa das situações.

Esse caso é emblemático e conta um pouco a história inclusive da nossa prática também legislativa. Produzimos vários divórcios. Eu participei da feitura da lei, no contexto do Pacto Republicano, que resultou no novo artigo 319 do CPP, como resposta aos excessos nas prisões provisórias. Mas o que vemos todos os dias aqui - e Vossa Excelência reagiu a isso, trabalhando intensamente na ideia das audiências de custódia - é um excesso de prisão provisória, e não a aplicação do artigo 319. Esse é um grave problema, por razões as mais diversas, sobretudo, talvez, por razões de índole cultural. Há dificuldades também de índole prática, a falta de tornozeleira; em suma, vários problemas. E, aí, há falhas graves, porque se pensa na legislação, mas não na sua execução. Estabelece-se um divórcio. E os órgãos que pudessem, no nosso âmbito - Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público -, atuar de maneira mais enfática nessa mudança de cultura, talvez fiquem um tanto quanto deficitários ou mesmo omissos, pois esse é um trabalho de construção de uma nova cultura. É preciso

HC 143641 / SP

levar ao juiz essa nova mensagem.

De certa forma, isso ocorreu também com uma lei, não velha, mas um tanto mais antiga, que é a chamada Lei de Drogas.

Todos nós, que acompanhamos um pouco a reforma, sabemos que ela veio com o espírito de maior abertura, senão descriminalização, atenuação e tudo mais. Levamos, inclusive, questões ao Plenário. Ministro Dias Toffoli foi Relator de uma questão importantíssima a propósito desse tema. É curioso, nós podemos fazer essa pesquisa, talvez, de maneira mais profunda e empírica, mas sabemos hoje que, como no evangelho, querendo fazer o bem, parece que o legislador acabou, Ministro Fachin, fazendo o mau, porque, tentando reduzir as prisões nesse ambiente, das questões da droga, flexibilizando o sistema, porém, parece que produziu - e sabemos, pelo número de casos que temos aqui - prisões em série, inclusive, nesses casos que estão sendo aqui apontados: pequeno porte, porte de pequenas quantidades de droga. Portanto, a legislação é feita, mas é como se ela fosse colocada, aí, na atmosfera, sem que tivesse que ser aplicada. E isso gera todo esse divórcio e toda essa distorção.

E, agora, de certa forma, ocorre isto com essa lei, que permite, de alguma forma, divisar, como Vossa Excelência mostrou, as várias situações. O elenco está no dispositivo legal especificado. É claro que a própria interpretação sistemática poderá elidir situações em que não caibam a concessão do regime domiciliar.

Temos, aqui, um divórcio, um segundo divórcio, poderíamos dizer; primeiro, entre a legislação e a sua execução; e, aqui, entre aquilo que nós fazemos no Supremo Tribunal Federal, e aquilo que se faz nas primeiras instâncias, primeiras e segundas instâncias, e até no Superior Tribunal de Justiça.

Esses dias, eu até - para criar um ambiente talvez mais descontraído -, eu assistia a uma matéria, chamaram-me atenção para uma matéria no Fantástico, e eu vi a decisão tomada num desses casos aqui relatados pelo Superior Tribunal de Justiça. Então, vi no seu formalismo, a Presidente do STJ - a nossa querida Ministro Laurita, que é muito afeita ao Direito Penal

HC 143641 / SP

e Processual Penal, assim a conheci, já na Procuradoria-Geral da República -, mas nesse cacoete também dos indeferimentos, ela disse: "Não está provado que, ou não está demonstrado de maneira efetiva, que haja necessidade da presença da mãe em relação a essa criança". Mas trata-se de uma criança de dois meses! Portanto, veja que chegamos a fazer nos colocar em uma bolha, e ficamos assim: "Poxa! Já que a gente tem que indeferir, algum argumento a gente dá", não é? E vamos nos distanciando, então, da realidade. E isso tem acontecido, também, nas primeiras instâncias, quando, como vimos, aí, nos relatos, as crianças acabam nascendo nos camburões, levados para o presídio. Portanto, uma situação bastante constrangedora, diante da lei.

E, para o juiz, talvez, em caso que tais, pelo menos em equívocos, não haveria alternativa: Ou aplica a lei, ou teria que dizer "a lei é inconstitucional" e fundamentar; e daí, viriam recursos até o Supremo Tribunal Federal. Contudo, não é disso que se trata. Simplesmente, indefere-se, talvez até, porque estejam lendo aquele "pode", que, na verdade, como nós sabemos, em técnica legislativa, o "pode" é "deve"!

Entretanto, isto se colocou e essa prática se tornou uma prática corrente: Esse divórcio entre as decisões que nós tomamos aqui. Todos nós temos dezenas de liminares, e já há muitas decisões tomadas na Turma; é um assunto pacífico. Inclusive, acredito que, também na Primeira Turma, há inúmeros casos a propósito desse tema. Então, nós produzimos esse divórcio.

Aqui se incitou o caso de Adriana Ancelmo. Também era objeto de referência nessa matéria de que eu falei no Fantástico, até à guisa de um certo contraponto. Veja: Uma pessoa com esse *status* conseguiu no Supremo Tribunal Federal; e essa outra, pobre mulher, não consegue nenhuma decisão, embora tenha levado droga para o marido, na quantia de oito gramas de maconha. Eu até já brinquei com meus amigos jornalistas - os Senhores sabem que tenho muitos deles como amigos, e eles batem muito no Supremo Tribunal Federal. Eu até já conversei com importantes colunistas. Uma delas - importante -, certa feita, em um debate na Folha dizia assim: "Vocês só decidem casos de ricos". E eu

HC 143641 / SP

disse: "Não, a gente decide casos de ricos e pobres; em geral, não prestam atenção a isso, nem aos advogados" - os defensores públicos que estão aqui sabem disso. Disse: "Mas por que eu não sei?" Eu falei: "Porque quem gosta de rico é jornalista". É uma brincadeira, talvez uma hipérbole, mas isso conta uma história: *Habeas Corpus* de pobre não dá "Ibope". São mais de vinte, de trinta casos aqui, e Vossa Excelência acabou de conceder. Mas isso, em geral, não vai para o "Jornal Nacional". Então, essa é uma realidade, e, por isso - vou falando em termos históricos -, o Tribunal fica ainda aqui hoje, voltando à obra de Baleeiro, como um tribunal parcialmente desconhecido. Todo esse trabalho que se faz diuturnamente aqui desaparece.

Portanto, parece-me que nós temos um caso que necessita de uma coletivização, diante desse divórcio que se estabeleceu, que é até compreensível - ou explicável, pelo menos. Diante da avalanche da criminalidade, é natural que os juízes, os desembargadores, aqueles que estão mais perto da realidade, talvez, entendam que têm que aplicar a legislação com um viés de endurecimento. Essa é a impressão que se passa. E acabam por esquecer aquilo que está na lei e, no caso também, como se discutiu, em um tratado internacional, inclusive, com força, como reconhecemos, de supralegalidade. Logo, esse é um dado importante.

Agora, como solver essa questão do ponto de vista do processo constitucional? Eu tenho dito: Nós temos que ser bastante compreensivos no que diz respeito à construção que fizemos - e vimos fazendo - em relação ao *habeas corpus*. Por quê? Porque é essa garantia básica que deu a origem a todo esse manancial do processo constitucional, inclusive, às ações diretas, se nós olharmos que a própria representação interventiva, de certa forma, tem essa raiz no processo constitucional do mandado de segurança que decorreu do *habeas corpus*.

E, por outro lado, a própria legislação, mesmo em tempos bastante obscuros, sempre admitiu o *habeas corpus* de ofício. Há um dado que também parece olvidado - é claro que nós podemos discutir isso de maneira bastante ampliada ou de maneira bastante diferenciada -, mas

HC 143641 / SP

me parece - Ministro Celso depois poderá fazer correção - que o debate sobre a natureza do *habeas corpus*, entre nós, aparenta confirmar que estamos diante, na realidade, de uma *actio popularis*. Esse parece ser o entendimento mais amplo da doutrina. Ora, então, nesse passo, se se trata de uma ação popular, *per definitionem*, é um processo objetivo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Uma ação penal popular. Este é um ponto importante para uma abordagem. Claro que vamos ter que trabalhar a questão do ato coator. E aí me parece que, já tendo um ou dois processos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, podemos indicar isso como um elemento. E aí, claro, podemos fazer o encaminhamento adequado e, eventualmente, aproveitar a reflexão trazida pelo Ministro Toffoli. Mas essa questão está posta. Está, de certa forma, bem encaminhada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permitiu, agora, uma reflexão, que faço em voz alta. De certa maneira, Vossa Excelência está propondo - e, para mim, com o máximo de acerto - que sigamos a trilha aberta também, com uma construção sistemática, no que diz respeito aos REs com repercussão geral. O que nós fazemos? Colhemos um determinado caso e damos a ele repercussão geral. Portanto, não importa muito se são um, dois, três, quatro, cinco casos. A verdade é que o STJ, repetitivamente, tem denegado esses casos, quase que sistematicamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É verdade. É isso também. É esse o dado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Nós estamos diante de um comportamento que se repete e que pode ser, de certa maneira, tomado como paradigmático, por nós aqui nessa Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É exatamente isso. É exatamente isso. Porque, veja, de um lado, esse viés, vamos chamar

HC 143641 / SP

assim, de uma ação popular penal, que é este *habeas corpus*, nessa característica, nessa natureza que nós assim definimos e reconhecemos. Por outro lado, nenhuma dúvida de que o STJ tem posição bastante refratária, contrária, inclusive, às posições que nós temos aqui defendido. Portanto, também aqui nós resolvemos o problema, do ponto de vista da relação processual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E há pacientes identificáveis.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, e há pacientes identificáveis, de que Vossa Excelência mesmo cuidou.

De modo que, depois podemos fazer um encaminhamento quanto ao mérito, vou-me manifestar, na linha do seu voto, pelo conhecimento do *habeas corpus*.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

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 PUBLICA DO ESTADO DO CEARA**
ADV.(A/S) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO PARANA**
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**

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. :DEFENSORIA PUBLICA 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 PUBLICA 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

HC 143641 / SP

AM. CURIAE. :INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S) :GUILHERME RAVAGLIA TEIXEIRA PERISSE
DUARTE E OUTRO(A/S)
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)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu não quis interromper o brilhante voto do Ministro **Gilmar Mendes**, mas Sua Excelência fez louvável referência à iniciativa do então Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo, Ministro **Ricardo Lewandowski**, de criação das audiências de custódia. Eu não poderia deixar de, nesta oportunidade, citar que, no ano passado, no mês de outubro, por designação da Presidente **Cármem Lúcia**, eu fui a Genebra, no Alto Comissariado dos Direitos Humanos da ONU, exatamente para relatar a experiência brasileira. E eu mesmo, Ministro **Lewandowski**, eminentes Colegas, todos os presentes, fiquei impressionado com os números. Fiquei impressionadíssimo com os números. Resgatei agora há pouco os números da palestra que lá fiz. Eu realizei uma palestra em outubro. Levantei números que vão de 24 de fevereiro de 2015 a junho de 2017; ou seja, dois anos e três meses da aplicação das audiências de custódia, que nós sabemos que ainda não estão presentes, por circunstâncias exatamente de implementação, em todo o território nacional, mas já estão em grande parte dele. Nesse período de dois anos e três meses, Ministro **Gilmar**, foram registradas 259 mil audiências de custódia, ou seja, 259 mil flagrantes em que o preso ou os presos foram conduzidos à autoridade judiciária. Em 45% dos casos, o custodiado se livrou solto. Isso significa, em números, 116 mil casos. É impressionante! Isso tudo são **habeas corpus** que viriam ao Poder

HC 143641 / SP

Judiciário e, eventualmente, até esta Suprema Corte. E estamos assistindo a este aumento enorme até por um trabalho muito bem feito da Defensoria - uma instituição extremamente importante, que foi criada em alguns estados há muito tempo, mas que foi constitucionalizada na Constituição de 88, e que vem desenvolvendo um trabalho, para a população mais desvalida do nosso País, de uma maneira muito relevante.

Então, 116 mil pessoas foram colocadas em liberdade, de imediato, em 2 anos e 3 meses das audiências de custódia.

Entretanto, os dados vão além! Dessas 116 mil, que foram colocados em liberdade, em 12 mil casos, o juiz determinou a investigação de eventual tortura ou violência no ato de prisão por parte dos agentes de Estado que a fizeram.

São dados extremamente relevantes. Eu não quis interromper o eminente Ministro **Gilmar Mendes** no momento de seu voto, mas penso que há que se fazer esse registro. É uma atuação coletiva, sem dúvida nenhuma, administrativa, de gestão e que previne a judicialização.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Nós, com o voto que vou proferir - e serei breve -, cumprimos então a prestação da preliminar, acerca do conhecimento. Creio que não houve sequer controvérsia sobre a legitimação ativa e, portanto, sobre este ponto, creio que as circunstâncias já se encaminham na direção apontada pelo voto do eminente Relator.

No tocante ao conhecimento, também tenho sustentado, na linha do que traduziu o eminente Ministro Dias Toffoli, o não cabimento da impetração *per saltum*. É bem verdade que, como demonstraram os votos de Sua Excelência, o Ministro Ricardo Lewandowski - com seu brilho de sempre -, já na preliminar, trouxe a colação argumentos sólidos, bem como os votos do Ministro Gilmar Mendes e do nosso Decano Ministro Celso de Mello, há, portanto, uma elasticidade hermenêutica constitucionalmente sustentável para a compreensão dessa coletivização do *habeas corpus*. Nada obstante, isso não me parece superar o argumento da impetração *per saltum*.

Por isso, sem adentrar no tema da concessão ou não de ofício, visto que isso, como disse o Ministro Dias Toffoli, concerne ao mérito, e obviamente primeiro, como sói ocorrer, e não poderia ser diferente, iremos haurir o voto do eminente Ministro-Relator - e Sua Excelência também não adentrou, apenas evidenciou que o não conhecimento em parte poderia ser superado pela concessão de ofício -, estou me cingindo ao não conhecimento, por este argumento que, segundo depreendi, foi utilizado por Sua Excelência.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu dividiria meu voto em duas partes: Uma preliminar de cabimento, ou não, do **habeas corpus** coletivo - e eu acompanho o cabimento. No caso concreto, uma vez cabível o HC coletivo, dele conheço em parte no que concerne ao Superior Tribunal de Justiça.

Penso ser importante. Não sei se Vossa Excelência está votando no sentido do cabimento do *HC*.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Eu estou acompanhando Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu penso que, num dia e numa tarde como esta, seria importante destacarmos que foi unânime - unânime - a decisão da Turma, no que concerne ao cabimento do HC coletivo. E, depois, num segundo passo, diante do caso específico, proclamar-se-iam os votos sobre a abrangência.

A meu ver, a decisão seria mais fidedigna a todo o debate ocorrido. Ou seja, por unanimidade, entendeu-se que é cabível impetração coletiva. No caso específico, a dimensão seria proclamada separadamente.

Eu dividiria, se me permite Vossa Excelência, e desculpe a impertinência de sugerir, diante do momento histórico de estarmos analisando o cabimento do HC coletivo, que essa parte fosse destacada da abrangência do conhecimento.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Indago o eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu não tenho nenhuma restrição a essa intervenção muito oportuna do eminente Ministro Toffoli. Também depreendi das discussões e dos votos de cada um dos eminentes Ministros que houve uma unanimidade, no sentido de que é possível a impetração de um *HC* coletivo. Vossas Excelências, Ministro Dias Toffoli e Ministro Edson

HC 143641 / SP

Fachin, ficaram vencidos, em parte, no que diz respeito à abrangência desse HC coletivo aqui impetrado, neste momento. Vossas Excelências, ao que pude entender, estão cingindo o conhecimento apenas àqueles atos relacionados ao Superior Tribunal de Justiça, a essa autoridade coatora.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu sugiro, do ponto de vista da proclamação - se Vossa Excelência, Presidente, o eminente Relator e os demais Colegas estiverem de acordo -, proclamar-se o seguinte: a Turma, por unanimidade, entendeu cabível a impetração de **habeas corpus** coletivo; num segundo passo, ainda em preliminar, por maioria de votos, conheceu do pedido; ficaram vencidos, na abrangência do conhecimento, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Presidente.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Eu estou de acordo com Vossa Excelência, se não houver objeção. Faço minhas as palavras muito bem enunciadas por Vossa Excelência. E concludo, a despeito do voto que estou a pronunciar nesta direção, pontuando, nada obstante o cabimento do habeas corpus coletivo, que, considerando a relevância do tema aqui trazido, também não nos afastemos do necessário equilíbrio - que vem no voto do eminente Ministro-Relator - entre aquilo que se designa de uma omissão cega, que é imperdoável, e, de outra ponta, na radicalidade, de um protagonismo excessivo que leve o Poder Judiciário a ser um formulador de políticas públicas.

Esse equilíbrio traz também algumas ponderações sobre a incidência da Lei nº 13.300, e, portanto, dessa compreensão que estamos, em face de direitos coletivos homogêneos, para verificar - inclusive, Vossa Excelência teve o cuidado de coletar informações - que há situações de fato realmente diferenciadas. Por exemplo, no Movimento Processual 31 dos autos, há uma informação do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná referindo-se a um conjunto de condições - e aqui não faço nenhum juízo de realidade, apenas estou me referindo a uma informação documental - da presença de atendimento pré-natal e de um conjunto de circunstâncias que, pelo menos, do ponto de vista documental, estão informadas.

Por outro lado, isso corresponde a dizer que um juízo normativo diante de situações de fato diferenciadas pode não levar necessariamente a conclusões homogêneas. E é isso que também me leva a ponderar para trazer à colação, sem embargo de não estarmos acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, é judiciosa a observação no sentido de identificar num universo conhecido, ou, pelo menos, cognoscível, dos destinatários da eventual medida que venha a ser aqui deferida. Até

HC 143641 / SP

porque a impetração, tal como formulada originalmente, ao final da primeira página - se não me falha a memória, na última ou na penúltima linha -, refere-se às mães e às crianças, o que é um vetor, em relação às crianças - inclusive, em alguns documentos internacionais, foram referidos da tribuna -, decisivo, pelo menos, no meu modo de ver, visto que o inc. V do artigo 318 do Código de Processo Penal se refere à gestante. E, portanto, um estado especial que, obviamente, tem como destinatário aqueles que a própria petição inicial fez referência.

E, nessa dimensão, também lembro, apenas à guisa de ponderação, que, na fundamentação da ADPF 347, esse tema restou ferido: O sofrimento das gestantes e das mães com seus filhos, ausência de cuidados mínimos, de condições de higiene, lá também estava posto. E, obviamente, pode ser demasiado lembrar, mas, naquela ADPF, até este momento, apreciamos a medida cautelar.

Portanto, há conjunto de ponderações, sem embargo de acolher o cabimento, e com o voto que profiro nesta direção, esse acolhimento resta unânime, conheço em parte, com a dimensão dada pelo eminente Ministro Dias Toffoli no sentido de evitar a impetração *per saltum*. E, com essas ponderações que faço para deixar essa porta aberta num juízo evolutivo deste Supremo Tribunal Federal, que também, ao mesmo tempo que acolhe esse reclamo que vem do Brasil real para o Brasil formal das salas dos tribunais, encontre eco e, ao mesmo tempo, encontre o equilíbrio entre, conforme disse, uma cegueira omissiva ou um protagonismo hipertrofiado.

Com essa dimensão, acompanho o voto do eminente Ministro Dias Toffoli, nessa parte, mas também votando pelo cabimento, tal como Sua Excelência indicou.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu vou procurar respeitar o nosso horário, a sessão finda às 18 horas, com uma certa flexibilidade. Eu vou reduzir ao máximo os meus argumentos, até porque Vossas Excelências já receberam o voto, e eu quero ver se posso me cingir apenas às partes mais substantivas, até porque o Ministro Gilmar Mendes, que é um conhecido cultor do alemão, os nossos juristas, mas também a sabedoria popular alemã - eu sei que Vossa Excelência também é um cultor do alemão, Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - *Ein bißen.*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - *Ein bißen.*

Lá se diz: *Tatsachen sprechen* - os fatos falam por si sós.

Então, nós estamos diante de fatos absolutamente insofismáveis. A degradação do sistema prisional brasileiro é uma realidade inafastável. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu isso na ADPF 347 por unanimidade, salvo engano de minha parte. E há também, na verdade, é um verdadeiro brocardo jurídico, talvez um princípio universal de Direito mais do que uma norma agasalhada pelo nosso Direito Processual Positivo, segundo o qual fatos notórios independem de provas.

Portanto, estamos diante de fatos notórios, talvez, há uma ou outra exceção num Estado avançadíssimo, como é esse Estado do qual Vossa Excelência provém, o Paraná, é possível que ocasionalmente uma ou outra gestante, uma ou outra mãe, uma ou outra criança esteja melhor atendida, mas a grande realidade nacional - e eu conheço de corpo presente, porque estive em praticamente todas as unidades prisionais mais importantes desse País -, eu sei que a situação é degradante e sujeita o Brasil a críticas, a meu ver, merecidas do ponto de vista dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

HC 143641 / SP

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Vossa Excelência apenas me permite um aparte de natureza procedimental?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sim, claro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Gostaria de propor aos eminentes Ministros que pudéssemos concluir esse julgamento hoje. E, também, quiçá em homenagem aos advogados presentes, na sessão do Tribunal Eleitoral de hoje, o Ministro Gilmar Mendes encerrou a sua Presidência, e eu, como suplente, não fui convocado, talvez possamos nos estender um pouco mais para atender pelo menos parte da pauta, depois consultarei Vossa Excelência. Peço desculpas pela intromissão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu agradeço e procurarei ser o mais breve possível. Inclusive, na parte dispositiva, estou aberto, em função de toda essa argumentação que agora foi exposta, a eventualmente transigir em certos aspectos para me amoldar à vontade do Colegiado, que é sempre soberana. Mas já verifiquei, até para gáudio meu, que o Ministro Toffoli, sem embargo de conhecer parcialmente deste *HC*, estaria disposto, se for o caso, se essa for a inclinação do Colegiado, a conceder a ordem de ofício, como aliás a legislação ordinária permite e conforme temos feito ordinariamente quando situações de determinados possíveis beneficiários se assemelham, são análogas àquele caso julgado concretamente com relação a determinado paciente.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, inicialmente, mais uma vez, renovo os cumprimentos ao aprofundado, inovador, brilhante, voto trazido pelo eminente Relator Ministro **Ricardo Lewandowski**.

Quanto à abrangência da decisão, tivemos a oportunidade de conversar, um pouco antes da sessão, e há algumas dúvidas colocadas. Desse modo, faço o registro que estou a acompanhar o eminente Relator, concedendo a ordem em relação ao Superior Tribunal de Justiça e concedendo a ordem de ofício em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, na medida em que eu conheci da impetração em menor abrangência.

Quanto à parte dispositiva, penso que deveríamos ser um pouco mais, digamos, objetivos, sem pensarmos em algumas travas, que Sua Excelência, de maneira diligente, prevendo um eventual não cumprimento ou uma eventual dificuldade no estabelecimento da decisão, Sua Excelência trouxe aqui na sua conclusão. Penso que poderíamos ser mais objetivos, até porque somos o ápice da pirâmide e temos de ter em conta que as nossas decisões, como sói acontecer, devem ser seguidas pelas instâncias ordinárias. Então, permito-me sugerir a parte dispositiva para Sua Excelência: **"Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua guarda e relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais**

HC 143641 / SP

deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício".

Eu ficaria aqui neste posicionamento, ou seja, a denegação deve ser fundamentada.

Nós temos uma situação que, pelo dispositivo legal, é uma situação objetiva. Como julgador, não posso pressupor uma série de outras condicionantes, porque o art. 318 diz:

"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

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."

Ou seja, em relação à mulher, não há essa condicionante de ser o único responsável. Essa foi a opção do legislador. Então, em relação à mulher não há essa necessidade de ser a única responsável pelo cuidado do filho de até doze anos de idade incompletos. **Mas, evidentemente, existem situações excepcionalíssimas. Existem situações, inclusive, de mulheres que usam dos filhos menores de 12 anos para, de alguma maneira, escamotear o cometimento de crimes. Existem situações extremamente graves. São essas situações excepcionalíssimas que, penso, o Ministro Relator, de maneira muito adequada, colocou aqui em sua parte dispositiva.** Eu não sei se Sua Excelência manteve a questão da comunicação à Corte.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Como Vossa Excelência parece-me ter objeção com relação a isso - e com base em fundados argumentos -, abriria mão dessa comunicação, sem nenhum problema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque, senão, seríamos de imediato a instância revisora. Então,

HC 143641 / SP

ficaria aqui nessa parte.

Vossa Excelência também estende "a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional (...)?" Ou seja, é uma extensão de uma maneira objetiva a atingir mulheres que, embora não estejam aqui descritas neste relatório do DEPEN, são também beneficiadas não pela decisão, mas pela lei.

De fato, essa decisão, essa extensão que Vossa Excelência está a propor nada mais é do que dizer à Magistratura que cumpra a lei.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEVANDOWSKI (RELATOR)

- Exatamente. Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite? Ocorreu-me que, talvez, fosse útil esclarecer a todos aqueles que nos assistem que não estamos colocando em liberdade estas mulheres, infelizes mulheres. Elas vão continuar na prisão, só que domiciliar. Vão estar sujeitas a medidas alternativas à prisão. Elas estarão, ainda, sob a custódia do Estado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E, antes disso, conforme foi dito e lembrado da tribuna - e Vossa Excelência, evidentemente, também reportou o tempo todo -, estamos falando de prisão provisória, ou seja, quando não há culpa formada. Depois, Vossa Excelência estabelece aqui a questão da reincidência; ou seja, realmente, quando há culpa formada, é como se fosse uma explicitação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEVANDOWSKI (RELATOR)

- A mulher reincidente, mas presa preventivamente; analisar-se-á no caso concreto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O juiz vai analisar o caso concreto. É uma precaução que penso ser bem-vinda: "Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado artigo 319 do CPP". Algo que vai ao encontro dessas situações excepcionalíssimas, mas talvez não tão excepcionalíssimas, para manter na custódia de regime de encarceramento, substituindo pelo art. 319, mas não pela domiciliar: "Para

HC 143641 / SP

apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe". Este sempre é um ponto difícil, é uma situação difícil.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEVANDOWSKI (RELATOR)

- Vossa Excelência me permite? É que não queremos, Ministro Toffoli, permitir novamente aqui a discricionariedade do juiz: "A senhora não é guardiã e tal". No primeiro momento, temos que dar credibilidade, assim como fazemos nos crimes sexuais: A palavra da vítima é muito importante. Se, depois, provar-se que ela não é guardiã, ela perde o benefício. Entretanto, no primeiro momento, tem que se dar o benefício da dúvida, em homenagem ao bem-estar da criança.

Entretanto, também estou aberto, se Vossa Excelência quiser subtrair este parágrafo, estou pronto a fazê-lo, em benefício de chegarmos a uma solução harmônica relativamente a este caso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É porque há casos específicos. Eu sempre tenho muitas dúvidas em amarrar - e já disse isso em votos no Plenário e aqui na Turma -, de maneira objetiva, situações que são extremamente amplas na realidade social. Existem situações de maternidade que, embora não tenha havido a perda do pátrio poder por parte de uma ação do Estado, a própria criança não quer ficar com a progenitora. A realidade social demonstra isso. Já tive oportunidade de, no passado, quando advoguei em São Paulo, ter atuado também no âmbito da Pastoral da Criança e do Adolescente, acompanhando casos referentes a crianças que tinham dificuldades totais de restabelecerem os laços com sua própria mãe ou com os pais. Situações de mães que amarravam os filhos para ir trabalhar. Atuei em casos, no Centro Acadêmico 11 de Agosto, em que isso, infelizmente, existe: situações de crianças que são obrigadas pela mãe a trabalhar. Então, são situações sobre as quais o Estado tem que estar atento. Infelizmente, o Estado não dá essa ampla cobertura, e, muitas vezes, entidades de defesa dos direitos humanos ou entidades das igrejas, que prestam assessoria e assistência às pessoas carentes, acabam substituindo o Estado. Então, essa é uma preocupação que eu realmente tenho; quer dizer, a palavra da mãe

HC 143641 / SP

não ser tomada de maneira absolutamente verdadeira e objetiva. Talvez, aqui, coubesse uma análise social, uma análise psicológica dessa situação.

Certamente - e vejo que a eminente advogada que oficia nessa realidade, no dia a dia, tem conhecimento de como isso eventualmente poderia funcionar -, a intenção do Ministro Relator é dar à palavra da mãe um peso que o princípio da boa-fé confere.

Por outro lado, há uma questão objetiva, que é a certidão de nascimento. A lei prevê, mas, a meu ver, não pode ser o único e exclusivo fundamento.

Penso que poderíamos deixar **a contrario sensu**, aqui, ou construir uma solução **a contrario sensu**, naquelas hipóteses em que for inviável a convivência, ou em que não seja possível a convivência da mãe com a criança, ou em que já tiver havido algum tipo de situação passada, não só a perda do pátrio poder, mas também a retirada da guarda, sem a perda do pátrio poder; isso é comum. É algo muito complexo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro, Vossa Excelência me permite? Sensível à preocupação que agora acaba de ser enunciada, talvez pudéssemos dar um tratamento semelhante àquele dado quando se trata de uma progressão de regime prisional, em que o juiz pode, se estiver na dúvida, pedir um exame criminológico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então, aqui, podíamos dizer, talvez, o seguinte: Para apurar a situação de guardiã dos seus filhos, da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, num primeiro momento. Sem prejuízo, conforme Vossa Excelência agora diz, de uma pesquisa de natureza social, em caso de dúvida, ou se necessário for, alguma coisa assim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Evidentemente que o juiz vai ponderar sobre aqueles casos excepcionais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

HC 143641 / SP

(RELATOR) - Claro, e tem as assistentes sociais, que vão verificar isso com relativa facilidade. Eu faria essa inclusão, se for satisfatória, ao final.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E a fim de dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os presidentes para que prestem informações no prazo de 30 dias, a contar de sua publicação, providenciando a análise de todas as prisões de gestantes e mães de crianças, à luz dos parâmetros ora enunciados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(RELATOR) - Para que os tribunais saiam da inércia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Esse prazo, pela leitura que estou fazendo, parece um prazo inicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(RELATOR) - Não, é prazo máximo de 30 dias, a contar da publicação da decisão, se ela prevalecer.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É no prazo máximo de 30 dias para que providencie a análise.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(RELATOR) - Pois não, Vossa Excelência tem outra sugestão?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Prazo de até 30 dias para iniciar a análise.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(RELATOR) - Para iniciar a análise? Pois não!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É só uma questão de redação. Vossa Excelência tem os dados referentes ao número de pessoas relacionadas e, com certeza, com a experiência que tem, ponderou que 30 dias seria um prazo razoável para essa análise.

Por fim, Vossa Excelência estabelece:

"Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra

HC 143641 / SP

provocação, informar aos respectivos juízos (...).”

Uma questão de gestão administrativa da decisão jurisdicional. Estou de acordo.

Quanto a oficiar ao Conselho Nacional de Justiça para o acompanhamento, também me ponho de acordo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Determinando ao Conselho Nacional de Justiça que faça o exame de saúde da mulher que ingressa no sistema, para ver se está grávida ou não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E também aqui em relação à custódia.

Enfim, com os outros dispositivos que Vossa Excelência coloca, na conclusão de voto, eu me encontro de pleno acordo. Acompanho Vossa Excelência. Mais uma vez parablenizo Vossa Excelência, as entidades, os advogados e advogadas que vieram à tribuna.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli, apenas para que já possamos tomar a anotação do voto de Vossa Excelência, os parâmetros que Vossa Excelência está sugerindo o Relator está, portanto, a incorporar, pelo que acabo de depreender?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Sim, sim; muito do que Sua Excelência propôs.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - E em relação ao conhecimento parcial que Vossa Excelência se remeteu apenas ao Superior Tribunal de Justiça?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Quanto às demais instâncias, eu estendo, de ofício, a ordem.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Portanto, alcançando o mesmo resultado?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Resultado de abrangência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Isso significa que Vossa Excelência está acompanhando o Ministro-Relator no deferimento imediato de convolar todas as preventivas que satisfizerem esses parâmetros em prisão domiciliar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Isso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Portanto, Vossa Excelência está se dirigindo ao futuro, mas também ao presente em relação às prisões preventivas decretadas?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ao futuro, não sei. Estou contemplando uma situação *hic et nunc*, presente. Aquelas presas nessas condições, ao arripio da Constituição e das Leis, deverão ser imediatamente colocadas sob o regime de prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação das medidas

HC 143641 / SP

alternativas do artigo 319, ou exclusivamente essas, quando a prisão domiciliar não for possível.

E ressalvo também, eu excluo, aquelas situações às quais eu me referi, quando a mulher tiver cometido o delito, o crime com violência ou grave ameaça, ou contra o seu filho, enfim, aquelas ressalvas que fiz também.

Observei que o juiz pode examinar. Também há outras situações excepcionais, a critério do juiz, eventualmente. Como agora o próprio Ministro Toffoli muito bem ressaltou, uma mulher que esteja, eventualmente, usando o seu filho menor de 12 anos para o tráfico de drogas, essa é uma situação excepcionalíssima que deve ponderada pelo juiz. Não estamos tirando totalmente a discricionariedade do juiz para examinar cada caso concreto, mas estamos estabelecendo diretrizes firmes e rigorosas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - *Guidelines*, como disse o nosso eminente Decano.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Eu fiz essa indagação a Vossa Excelência, à luz do voto do Ministro Dias Toffoli, diante do que consta, à página 33, quando o Relator se refere ao estabelecimento de parâmetros a serem observados.

Portanto, essa é a razão de indagar se a decisão é prospectiva, mas Vossa Excelência acaba de esclarecer que, na verdade, as autoridades destinatárias das decisões deverão, segundo o voto de Vossa Excelência, cumprir imediatamente essa decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eventualmente - e isso foi aventado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, a mim, parece-me perfeitamente possível -, é possível que talvez possamos - claro, seguindo o rito apropriado - editar uma súmula vinculante, se esse entendimento prevalecer. Aí, abarcaremos algumas situações.

HC 143641 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Sim, isso depende do Plenário. Claro, eu disse: rito adequado, feitas as publicações, o chamamento de todos os interessados, o pronunciamento do Ministério Público, do Plenário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Dar início a uma proposta de Súmula.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Uma proposta que pode ser, eventualmente, agasalhada ao final, se prevalecer esse ponto de vista.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também gostaria de cumprimentar mais uma vez o eminente Relator pelo voto agora trazido no mérito e pelo destaque dado à matéria.

Parece-me que os ajustes propostos pelo Ministro Toffoli também não de ser subscritos. Só lembro, ainda, em relação à questão anterior que discutimos, a da admissibilidade da própria ação, que recentemente, no Plenário, superamos um debate antigo sobre o significado do artigo 52, X. Isso se deu até num caso da relatoria do Ministro Dias Toffoli, uma situação bastante singular, a ADI em que se julgava inconstitucional incidentalmente uma dada norma.

Portanto, aqui acabamos por fazer uma equiparação entre aquilo que ocorre quanto à eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em sede de controle abstrato e aquilo que hoje também ocorre em sede de controle incidental. É claro que essa evolução que se está a desenhar há de sinalizar também alguma maior abrangência da decisão que aqui se venha a tomar.

Eu percebi, e acho que já há casos concretos, talvez no universo que nós estamos discutindo, não abrangemos - discutia isso agora com o Ministro Toffoli - aquelas pessoas, talvez até maiores de doze anos, mas incapazes, às vezes por deficiência, e que estão sob os cuidados da mãe, em que ocorre esse tipo de situação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A lei parece que cometeu um equívoco aqui, porque, em relação aos deficientes sob cuidado da mãe, ela fala em até seis anos de idade. Na realidade, há uma impropriedade do legislador. É até incompatível com o conceito legal (ECA) de criança, que vai até doze anos. O deficiente ficaria limitado a seis anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência se animaria a dar também esse benefício às mães que tenham sob sua guarda os deficientes físicos, por prazo

HC 143641 / SP

indeterminado?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Deficientes que careçam, obviamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Prazo indeterminado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não tenho nenhum problema com relação a isso, acho louvável e está dentro do espírito mesmo da Constituição, da proteção dos deficientes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há os casos, por exemplo, de crianças, adolescentes e até adultos com Síndrome de Down sob os cuidados da mãe. Eu tenho um irmão com Down. Realmente, é transcendental. Eu não me oporia a isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu proporia então essa abrangência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois não. Eu, aqui, quando falo "diante do exposto, concedo a ordem para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de criança", aí ponho em parênteses "artigo 2º do ECA", que é até doze anos, "ou de deficientes físicos".

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não só físicos, porque Síndrome de Down não é deficiência física.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Qual seria um termo mais abrangente?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

Penso que poderíamos até fazer uma referência à Convenção, subscrita pelo Brasil, sobre os direitos das pessoas com deficiência, porque ela foi incorporada ao Direito interno com força e eficácia de norma constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Norma constitucional.

HC 143641 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

A SENHORA NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO (ADVOGADA) - Solicito a palavra, para prestar um esclarecimento pontual sobre essa questão dos deficientes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Se for de fato, porque precisamos concluir o julgamento, e o tempo da sustentação oral Vossa Senhoria já utilizou.

A SENHORA NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO (ADVOGADA) - Muito breve, se me permite.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Pois não, vamos ao esclarecimento de fato.

A SENHORA NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO (ADVOGADA) - A questão da maternidade da pessoa com deficiência é uma reminiscência da disposição anterior que já vigia no CPP. Esses dois incisos - somente esses dois incisos - foram alterados pelo Marco Legal da Primeira Infância e são, portanto, dispositivos novos. Esse anterior que limita a idade da pessoa com deficiência diz respeito a uma legislação anterior e que, de fato, não foi alterada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Obrigado!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO .

A SENHORA NATHALIE FRAGOSO E SILVA FERRO (ADVOGADA) - Não faz sentido, de fato, a persistência, pelas razões que os Senhores já colocaram.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Esse é um aspecto que me parece, então, relevante, mas isso já está devidamente encaminhado.

Diante dos vários casos que já discutimos, a mim, parece-me que salta aos olhos - e aí realmente pensarei alto e pedirei ajuda dos Colegas - que aqui se coloca um problema manifestado nos relaxamentos de prisão, nos vários casos aí de prisão provisória, e mesmo depois para os egressos

HC 143641 / SP

do sistema prisional. Porém, aqui se manifesta de maneira muito contundente, muito enfática. Se formos arrolar os casos que todos nós temos nos gabinetes, temos uma situação que também se revela, Presidente, muito típica: O caso da mãe, que depois de o marido - o cônjuge -, o pai ter sido preso, acorre ao presídio e às vezes leva droga. Os casos muito típicos. E decidimos, temos decidido todos nós, pela ideia da prisão domiciliar.

Até sugeri, que o Ministro Lewandowski falou muito na participação do Conselho Nacional de Justiça, permiti-me, em 1º de dezembro de 2017, a redigir um ofício à Presidente deste Tribunal e do CNJ, eminente Ministra Cármen Lúcia, para dizer que, talvez, faça-se mister discutir algum tipo de programa de apoio ou de resgate social, porque devolvemos essas pessoas para o âmbito domiciliar. Vossa Excelência até disse que em muitos nem sequer essa configuração estará bem delineada, diante da destruição mesmo do projeto familiar, mas me parece que isso é um pouco impositivo. Quer dizer, do contrário essas pessoas continuam reféns do próprio processo em que acabaram por se inserir. De modo que deveríamos, talvez, passar uma mensagem aos próprios tribunais, no sentido de buscar apoio psicossocial para essas senhoras.

Então, lembra, nesse ofício, a bem-sucedida experiência que tivemos no chamado projeto "*Começar de Novo*", a ideia de que essas pessoas fossem inseridas em algum programa - certamente haverá em alguns estados mais do que em outros, essa é uma realidade. É fundamental que a simples substituição do encarceramento por essas medidas, especialmente a prisão domiciliar, parece-me que venha também acompanhada de algum tipo de suporte, a fim de que se faça realmente o desenlace.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Gilmar, dentro dessa linha de raciocínio e fazendo eco até ao ofício que Vossa Excelência mandou à eminente Presidente da Casa e também do CNJ, para que leve adiante medidas de natureza socioeducativas, de reinserção social, talvez aqui, quando falamos em oficiar ao Conselho Nacional de Justiça, para que avalie o cabimento de

HC 143641 / SP

intervenção, nos termos do artigo 1º, § 1º, II, da lei, sem prejuízo de medidas socioeducativas, enfim, de reinserção social que julgar apropriadas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Está bem.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Algo assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acompanho o Relator.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois não. Ministro, eu acato integralmente essa sugestão. Até pensei que isso estivesse implícito, mas não está. Já vi que não está, mas vamos explicitar, explicitarei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O próprio Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, não. Não cheguei a adentrar no prazo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Não, Sua Excelência o Ministro Toffoli diz: ao invés "de providencie a análise", para "iniciar a análise".

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

HC 143641 / SP

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Que deem cumprimento no prazo de 60 dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - De 60 dias; "que deem cumprimento", nada de "análise", concordo com Vossa Excelência. Porque "análise" é termo muito vago. Que deem cumprimento à presente decisão no prazo de "X" dias, a critério de Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Acrescento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Pois não. Já estão incluídas na parte dispositiva, Ministro Celso. Quanto ao prazo, 60 dias é razoável, não é?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Prazo máximo de 60 dias.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - As Corregedorias estão aparelhadas para isso.

HC 143641 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE) - Ao votar, eu principio reiterando os cumprimentos ao eminente Ministro-Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que recebeu justos e merecidos elogios de todos os seus Pares, aos quais também me associo, pelo ousio e fundamentação sólidos com os quais brindou este Colegiado nesta tarde.

Cumprimento também os ilustres Ministros que acompanharam o voto de Vossa Excelência. Vossa Excelência, demonstrando grandeza de espírito, acolheu um conjunto de observações e ponderações que foram dirigidas a Vossa Excelência. Portanto, até este momento, formou-se a maioria já consolidada de quatro votos, no sentido de acolher o pedido alternativo que foi feito na petição inicial, visto que o pedido principal era a determinação da revogação da prisão preventiva. O voto de Vossa Excelência, já majoritariamente acompanhado, acolhe o pedido alternativo de substituição da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes pela prisão domiciliar.

Este Colegiado também foi brindado pelas sustentações orais aqui levadas a efeito, pelas contribuições e também pela compreensão da limitação do tempo para que esse julgamento principiasse e, como vai ocorrer, terminasse, na data de hoje, realizando, portanto, este Supremo Tribunal Federal, quer se concorde ou não com essa decisão, mas realizando a sua eficaz prestação jurisdicional à luz de interesses legítimos.

Eu parto, em meu voto, que estou tomando a liberdade de fazer chegar às mãos de Vossas Excelências - e também colocaria à disposição dos ilustres patronos e também das ilustres advogadas que iluminaram com suas sustentações e com seus pronunciamentos esta sessão -, das mesmas premissas, embora, peço todas as vênias, para votar numa extensão distinta e também com uma fundamentação diversa, embora, como ver-se-á, por evidente, restarei vencido nesta limitação que sugiro.

HC 143641 / SP

Não vou ler as doze páginas da declaração de voto. Apenas vou perpassar os diversos tópicos para deixar evidenciado, com toda a licença que peço ao eminente Relator, esse dissenso parcial em relação ao acolhimento que, com sensibilidade e solidez, foi recebido pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

20/02/2018

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO

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

HC 143641 / SP

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 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

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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

HC 143641 / SP

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 oitiva 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,

HC 143641 / SP

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 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.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 143.641

PROCED. : 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 PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS

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 PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ

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

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA PARAÍBA

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 PAULO
ADV. (A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA 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 PUBLICA 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 (40855/PR, 397309/SP, 6891-
A/TO) 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 (307292/SP)
E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO)
ADV. (A/S) : MARCIA BUENO SCATOLIN (275013/SP) E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO
THOMAZ BASTOS (IDDD)
ADV. (A/S) : GUSTAVO DE CASTRO TURBIANI (315587/SP) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas nesse processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações

excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo de cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração de laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas

hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelas pacientes, o Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal, pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), as Dras. Eloisa Machado de Almeida e Nathalie Fragoso e Silva Ferro; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti; pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Carriello; pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania - ITTC e Pastoral Carcerária, a Dra. Débora *Nachmanowicz* de Lima; pelo Instituto Alana, o Dr. Pedro Affonso Duarte Hartung; pela Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), a Dra. Luciana Simas; e pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a Dra. Dora Cavalcanti. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 20.2.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária