

Supremo Tribunal Federal

Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Prisão domiciliar. Possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a agente provar gestação a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou de alto risco.

2.ª Turma

HC 128.381

j. 09.06.2015 - public. 01.07.2015

Cadastro IBCCRIM 3405

Relatório

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de L. B., contra decisão proferida pelo ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou seguimento ao HC n. 323.771/SP.

Segundo os autos, a paciente foi presa em flagrante pela prática, em tese, do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que teria sido surpreendida em poder de aproximadamente 199g (cento e noventa e nove gramas) de cocaína para fins de tráfico.

Constatando a presença dos requisitos legais, o magistrado de primeira instância converteu o flagrante em segregação preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual denegou a ordem, concluindo que a decisão que decretou a custódia veio devidamente fundamentada. (eDOC 8).

Novo *writ* foi impetrado no Tribunal de Justiça bandeirante. A ação não foi conhecida, por ser considerada mera reiteração da anterior cuja ordem fora denegada. (eDOC 9).

Um terceiro *habeas corpus* foi manejado, tencionando o cumprimento da prisão preventiva na modalidade domiciliar, levando em conta estar a paciente já no sétimo mês de gestação, nos termos em que autoriza o artigo 318 do CPP. A liminar foi indeferida em 12.5.2015, estando pendente o julgamento do mérito. (eDOC 10).

Inconformada com tal entendimento, a defesa impetrou novo *writ* no Superior Tribunal de Justiça. O relator entendeu inexistir manifesta ilegalidade que autorizasse a mitigação da Súmula 691 e indeferiu liminarmente o pedido. (eDOC 11).

No presente *habeas corpus*, a impetrante assevera que a paciente está grávida de sete meses e recolhida a uma penitenciária desprovida de estrutura física para acolhimento de presas nessa condição.

Liminarmente, pleiteou a revogação da prisão preventiva, com a consequente expedição do alvará de soltura. Subsidiariamente, requereu a substituição da prisão cautelar por domiciliar, por ser direito subjetivo incondicionado da paciente e do nascituro, nos termos do artigo 318, inc. IV, do CPP.

Em 22.5.2015, deferi o pedido liminar, determinando a substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela revogação da prisão cautelar ou, alternativamente, pela concessão da domiciliar.

É o relatório.

Voto

Conforme já relatado, a defesa busca a revogação da prisão preventiva da paciente ou, subsidiariamente, a substituição por prisão domiciliar.

A decisão impugnada, emanada do STJ, limitou-se a negar seguimento ao pedido formulado, por aplicação do disposto no Enunciado 691 da Súmula desta Corte.

Com efeito, a consolidada jurisprudência deste Tribunal não admite seja apreciado o pedido quando a questão ainda não foi submetida, de forma definitiva, ao exame pela autoridade coatora. Os precedentes são inúmeros.

In casu, em verdade haveria dupla supressão de instância, uma vez que estaríamos a decidir antes do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao pedido sem adentrar no tema e, antes, inclusive, do próprio Tribunal de Justiça paulista, que ainda não apreciou o mérito do *habeas corpus*.

No entanto, em obediência ao princípio constitucional da proteção judicial efetiva, a aplicação desse entendimento jurisprudencial deve ser afastada na ocorrência de inquestionável constrangimento ilegal ou abuso de poder, que verifiquemos ocorrer na espécie.

Explico.

No que diz com o caso concreto, as razões vieram apresentadas nos seguintes termos:

“(…) Na situação concreta, vê-se igualmente configurada a necessidade de manutenção do cárcere, já que a quantidade e o tipo de droga apreendida são relativamente substanciais (199,13g de cocaína), a descaracterizar o porte para consumo pessoal, e, mais que isso, noticiaram os policiais responsáveis pela ocorrência que a flagrada teria afirmado que a droga seria destinada à entrada em presídio, o que, por si só, demonstra, ao menos por ora, a importância da cautelar ora decretada. (…)” (eDOC 6).

Do trecho que foi transcrito, frise-se, único que se refere à situação fática dos autos, inviável alcançar outra conclusão senão a de que a prisão carece de sustento legal. Isso porque, como bem asseverado pelo Subprocurador-Geral da República, em parecer, “o apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com o caráter excepcional da medida de restrição da liberdade, que exige fundamentação consistente”.

Com efeito, ainda que com esforço, não vislumbro, na decisão ora sob exame, o atendimento a qualquer dos requisitos expostos no artigo 312 do CPP, repetidos à exaustão quando se indaga acerca da higidez dos decretos prisionais. Garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Não constato a presença de qualquer deles.

A quantidade de droga, por si só, não recomenda a prisão preventiva, a não ser aquela travestida de punição antecipada, que deve ser de pronto rechaçada. O suposto destino do produto, da mesma forma, não pode ser levado em conta. A uma, porquanto não se tratou de tentativa de inserção da droga em qualquer presídio ou casa de detenção, tampouco estava a paciente próxima a um estabelecimento congênere. A duas, porque a instrução processual sequer teve início, sendo tal dado fornecido pelos policiais quando da condução da flagrada. Teria ela confidenciado a eles tal intento. Ora, meras ilações, elucubrações, sem qualquer lastro probatório, não servem de supedâneo à medida tão drástica, excepcional em nosso sistema.

A jurisprudência da Primeira Turma também é uníssona nesse ponto, a saber:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

IO DIREITO POR QUEM O FAZ

Supremo Tribunal Federal	1913
Superior Tribunal de Justiça	1917
Tribunais Regionais Federais	1919
Tribunais de Justiça	1920

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO. MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS. 1. A decretação da prisão preventiva pressupõe que os seus requisitos estejam preenchidos à luz dos critérios legais ou jurisprudenciais que a autorizam, em conformidade com os fatos. 2. O Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação. Precedentes: RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/09/1997; HC 98.006, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009). 3. *In casu*, o magistrado singular não analisou as circunstâncias concretas da conduta praticada, se limitando a repetir os pressupostos legais para a prisão preventiva. *In foco*, ao utilizar expressões como “[...] a prisão em flagrante deve ser convertida em prisão preventiva como garantia da ordem pública, por se tratar de crime de tráfico de entorpecente, delito extremamente grave, que coloca em constante desassossego a sociedade, contribuindo para instabilizar as relações de convivência social.” 4. Deveras, o fato narrado não exhibe gravidade que justifique a prisão cautelar, dado mais que o paciente foi preso em flagrante, em 3 de maio de 2014, pela prática do delito de tráfico de drogas. Com o paciente foram apreendidos 14 pinos de cocaína e R\$ 230,00. 5. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, em razão da taxatividade da competência da Corte definida em rol *numerus clausus* pela Constituição da República (CF, art. 102, I, d e i). Precedente: HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012). 6. *Habeas corpus* julgado extinto. Concedida a ordem *ex officio* para determinar ao juízo *a quo* a aplicação das medidas cautelares (artigo 319 do Código de Processo Penal) substitutivas que entender cabíveis. (HC 125957, relator(a): min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 12-03-2015 PUBLIC 13-032015);

Habeas corpus. Processual Penal. Prisão em flagrante. Crimes de tráfico de drogas. Artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Liberdade provisória. Possibilidade. Inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06 reconhecida. Precedente da Corte. Necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Inidoneidade dos fundamentos justificadores da custódia no caso concreto. Superação do enunciado da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal. Ordem concedida. 1. Em princípio, se o caso não é de flagrante constrangimento ilegal, segundo o enunciado da Súmula nº 691, não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* contra decisão de relator que, em *habeas corpus* requerido a Tribunal Superior, indefere liminar. 2. Entretanto, o caso evidencia situação de flagrante ilegalidade, apta a ensejar o afastamento, excepcional, do referido óbice processual. 3. Diante do que foi decidido pelo Plenário da Corte no HC nº 104.339/SP, Relator o Ministro Gilmar Mendes, está reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 44, caput, da Lei nº 11.343/06, o qual vedava a possibilidade de concessão de liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante pelo delito de tráfico de entorpecentes, sendo necessário, portanto, averiguar se o ato prisional apresenta, de modo fundamentado, os pressupostos autorizadores da constrição cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. Na hipótese em análise, ao determinar a custódia do paciente, o Tribunal estadual não indicou elementos concretos e individualizados que comprovassem a necessidade da sua decretação, conforme a lei processual de regência, calcando-a em considerações a respeito da gravidade em abstrato do delito, que, segundo a jurisprudência da Corte, não a justificam. 5. Ordem concedida. (HC 119934, relator(a): min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064).

Feitas essas considerações, reputo que a prisão provisória decretada em desfavor da paciente não atendeu aos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito à indicação de elementos concretos que, ao momento da decretação, fossem imediatamente incidentes a ponto de justificar a constrição.

Ainda, não se deve olvidar que a ora paciente está em estágio avançado de gravidez.

É cediço que o texto constitucional assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação e enfatiza a proteção à maternidade e à infância. (arts. 5º, inciso L, e 6º, caput).

Desse modo, voto no sentido de conceder a ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva decretada.

É como voto.

Gilmar Mendes
Relator

Execução Penal. Prisão preventiva. Conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Necessidade de demonstração inequívoca dos pressupostos legais da prisão preventiva. Prisão domiciliar. Possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a agente provar gestação a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou de alto risco.

Decisão monocrática

HC 126.107

j. 01.10.2015 – public. 15.10.2015

Cadastro IBCCRIM 3406

Relatório

1. Em 8.1.2015, o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal, “não conhe[ceu] da impetração, mas conced[eu] o *habeas corpus* de ofício, para determinar a substituição imediata da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, sem prejuízo de ulterior decisão do juízo processante quanto ao disposto no art. 316 do Código de Processo Penal”, nos termos seguintes:

“(…) Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de R. G. C., em que se aponta como autoridade coatora o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu medida liminar no HC 313.045/SP.

A impetrante sustenta, inicialmente, a possibilidade de superação da Súmula 691 desta Suprema Corte.

Assevera, em síntese, que a paciente, portadora de cardiopatia grave e em estágio avançado de gestação, encontra-se presa preventivamente, desde 20/5/2014, em razão da suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Aduz, ainda, que a manutenção da prisão preventiva da gestante em estabelecimento totalmente inadequado à sua condição especial contraria a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana, submetendo a paciente a flagrante constrangimento ilegal.

Justifica a existência não apenas do *periculum in mora*, diante do grave e irreparável dano causado pela manutenção da paciente em estabelecimento inadequado à sua condição especial, mas também do *fumus boni iuris*, em face da injusta coação demonstrada.

Assim, requer a concessão da medida liminar para que seja substituída a prisão preventiva da paciente pela prisão cautelar domiciliar.

É o relatório. Decido.

Bem examinados os autos, tenho que é caso de não conhecimento da ordem.

Com efeito, a decisão impugnada foi proferida monocraticamente no plantão do recesso do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal.

Essa foi a orientação firmada pela Segunda Turma no julgamento do HC 119.115/MG, de minha relatoria, ocasião em que se decidiu que a

falta de agravo regimental no STJ – e, portanto, a ausência da análise da decisão monocrática pelo colegiado – impede o conhecimento do *habeas corpus* por esta Suprema Corte, mesmo porque permitir ao jurisdicionado a escolha do Tribunal para examinar a causa configuraria evidente abuso do direito de recorrer.

Verifico, contudo, tratar-se de caso de concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, cumpre salientar que, no caso, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foi proferida nos seguintes termos:

‘Vistos. Trata-se de auto de prisão em flagrante, no qual a indiciada Renata Gonçalves Cardoso foi autuada por violação ao artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Decido. Não há de se falar em relaxamento da prisão em flagrante, pois não se vislumbra nenhum vício insanável que venha a ensejar sua ilegalidade. A autoridade policial observou os prazos previstos em lei e fundamentou adequadamente a classificação da conduta, estando amparado pelos depoimentos dos policiais. Inexistem indícios de que o agente tenha praticado o fato nas condições constantes dos incisos I a III do art. 23, caput, do Código Penal, sendo necessária que a custódia cautelar seja convertida em prisão preventiva. Neste ensejo, fica saneada e devidamente ratificada a legalidade da prisão em flagrante, conforme art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal. Na sequência sistêmica traçada pela legislação processual penal, pela análise casuística, de acordo com os parâmetros constitucionais e legais, a conversão da prisão cautelar em flagrante em prisão preventiva é medida recomendada e necessária. A conduta da indiciada possui adequação típica à figura do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. A ordem pública é molestada no momento da prática de tal delito, porém, por questões de principiologia constitucional, plenamente justificada, a prisão cautelar *ex lege* há de ser expurgada de nosso sistema processual penal. Urge, desta feita, fundamentar todas as decisões judiciais, mormente às que constroem a liberdade dos indivíduos. O tráfico ilícito de entorpecentes nos moldes imputados ao indiciado é delito de gravidade social elevada, arrebatada vidas do seio familiar, causa danos à saúde pública, afeta a psicologia de toda sociedade. É o consumo de psicotrópicos que corrompem o indivíduo socialmente são, aliciando-o para o cometimento de delitos contra o patrimônio, delitos domésticos, em evolução criminosa até culminar com crimes contra o bem constitucional vida. Esta pequena urbe, como um bairro perigoso dos grandes centros urbanos, não possui lugar seguro destes delitos, devendo sob esta ótica ser analisado o conceito jurídico de ordem pública, atentando-se às peculiaridades locais. Ademais, trata-se de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, I), em que há fatos e veementes elementos, conforme já salientados, que contraídicam a concessão de liberdade provisória, além de se revelarem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Em razão dos motivos expostos, os quais atendem aos ditames sequenciais da novel legislação (art. 310, inciso II, do C.P.P.), baseados na análise empírica, faz-se necessária a conversão da prisão cautelar decorrente de flagrante em prisão preventiva, uma vez que ainda restam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Diante de todo o exposto, verificada a existência dos fundamentos e da hipótese legal para manutenção da custódia cautelar do indiciado, nos termos dos artigos 312, 313 e 315, todos do Código de Processo Penal, os quais se encontram fundamentados nos incisos LXI, LXII e LXVI do art. 5º da C.F., CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA, comunicando-se o estabelecimento prisional em que se encontra detida a indiciada’ (documento eletrônico 8).

Contra a referida decisão foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, que denegou a ordem, ressaltando que:

‘(...) Subsidiariamente, reclama a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar porque a paciente conta com quase 37 semanas de gestação e a sua manutenção em estabelecimento prisional seria inadequada e afrontaria a dignidade da pessoa humana. Indefiro o pedido de liminar por tratar-se de questão a ser enfrentada apenas pela Turma Julgadora. Requistem-se as informações de praxe’ (documento eletrônico 5).

No entanto, pela documentação juntada aos autos, verifico que a paciente se enquadra na hipótese descrita no art. 318, IV, do Código de Processo Penal (documento eletrônico 3), o que não foi considerado nas decisões transcritas acima.

Assim, neste primeiro exame, tenho que o decreto de prisão preventiva não atendeu aos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que se fundou, basicamente, na gravidade abstrata do delito.

Se é certo que esse fato reprovável – se, ao final, for comprovado – enquadra-se perfeitamente em evidente tráfico ilícito de entorpecentes, o mesmo não se pode dizer quanto à adequação da medida às condições pessoais da acusada (art. 282 do CPP) e do próprio nascituro, a quem certamente não se pode estender os efeitos de eventual e futura pena, nos termos do que estabelece o art. 5º, XLV, da Constituição Federal.

Ademais, de acordo com o disposto na Lei 10.048/2000, em especial no art. 2º, as repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às gestantes – o que contrasta com a informação oficial de que a Penitenciária Feminina da Capital, cuja capacidade é de 604 pessoas, estava com 685 detentas em 11/12/2014.

Ressalte-se, finalmente, que durante a 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em dezembro de 2010, foram aprovadas as Regras Mínimas para Mulheres Presas, por meio das quais os Estados-membros, incluindo-se o Brasil, reconhecem

‘a necessidade de estabelecer regras de alcance mundial em relação a considerações específicas que deveriam ser aplicadas a mulheres presas e infratoras (...) foram elaboradas para complementar, se for adequado, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), em conexão com o tratamento a mulheres presas ou alternativas ao cárcere para mulheres infratoras.’

Nesse diapasão, deve-se asseverar que tais regras

‘(...) são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e resoluções das Nações Unidas e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. Elas são dirigidas às autoridades penitenciárias e agentes de justiça criminal, incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário e os funcionários encarregados de fiscalizar a liberdade condicional envolvidos na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio comunitário’ (grifei).

Dentre as regras referidas acima, transcrevo, por oportuno, a de número 57, que obriga os Estados-membros a desenvolver

‘(...) opções de medidas e alternativas à prisão preventiva e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, dentro do sistema jurídico do Estado-membro, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e suas responsabilidades maternas’ (grifos nossos).

Diante desse cenário e com essas brevíssimas considerações, em juízo de mera deliberação, não conheço da impetração, mas concedo o *habeas corpus* de ofício, para determinar a substituição imediata da prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar, sem prejuízo de ulterior decisão do juízo processante quanto ao disposto no art. 316 do Código de Processo Penal.

Comunique-se, com urgência, os termos da presente decisão ao Juízo da Vara Única da Comarca de São Simão/SP, para que adote as providências devidas e preste informações sobre o andamento atualizado da ação penal movida contra a paciente.

Com as informações, ouça-se o Procurador-Geral da República.

Comunique-se, também, com a devida urgência, o teor desta decisão ao Relator do *Habeas Corpus* 222906282.2014.8.26.0000, em curso no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Após, voltem os autos conclusos à Ministra Relatora (...).’

2. Em 21.4.2015, determinei a reiteração do Ofício n. 1519/P ao Juízo da Vara Única da Comarca de São Simão-SP, que informou ter “*expedido*

alvará de soltura com medida cautelar, nos termos da decisão prolatada em 08/01/2015 pelo STF”.

3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo arquivamento da presente ação, nos termos seguintes:

“(…) O Ministério Público Federal, ciente das informações prestadas pelo Juízo da Comarca de São Simão/SP e considerando que o pedido realizado na inicial foi esgotado com a concessão da ordem de ofício pelo Ministro Presidente, nada tem a requerer, pedindo que seja determinado o arquivamento dos autos (…)”.

4. Pelo exposto, ratifico a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski pelos seus fundamentos e defiro o arquivamento do presente *habeas corpus* nos termos do requerido pela Procuradoria-Geral da República.

Ressalte-se não atingir essa decisão qualquer outro decreto prisional, eventualmente expedido contra a Paciente, dotado de eficácia.

5. Comunique-se esta decisão ao Juízo da Vara Única da Comarca de São Simão-SP.

Remeta-se, com o ofício, a ser enviado, com urgência e por fac-símile, a cópia da presente decisão e daquela proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Publique-se.

Arquive-se.

Cármem Lúcia
Relatora.

Execução Penal. Prisão preventiva. Conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar. Prisão domiciliar. Possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente provar a imprescindibilidade de cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Decisão monocrática

HC 129.001

j. 30.06.2015 – public. 03.08.2015

Cadastro IBCCRIM 3407

Decisão:

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão do Ministro Gurgel de Faria que não conheceu do HC 325.920, do Superior Tribunal de Justiça.

2. Extrai-se dos autos que a paciente foi presa em flagrante delito, surpreendida com 53,18g de cocaína e 13 invólucros plásticos contendo a mesma substância entorpecente. O Juízo de origem, nos termos do art. 310, II, do Código de Processo Penal, converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

3. Concluída a instrução criminal, a paciente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelos crimes previstos nos artigos 33, caput, e 40, inciso VI, da Lei 11.343/06. A condenação transitou em julgado para o Ministério Público.

4. Na sequência, foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Denegada a ordem, sobreveio a impetração de HC no Superior Tribunal de Justiça. O Relator do HC 325.920, Ministro Gurgel de Faria, não conheceu do writ.

5. Neste *habeas corpus*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo sustenta que a paciente, gestante no momento de sua prisão cautelar, preenche os requisitos do art. 318, III, do CPP. Daí o pedido de concessão da ordem para que a prisão preventiva seja substituída pela prisão domiciliar.

Decido.

6. Do ponto de vista processual, o caso é de *habeas corpus* substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma do STF, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via processual (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux).

7. Com efeito, inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Nesse sentido foram julgados os seguintes precedentes: HC 113.468, Rel. Min. Luiz Fux; HC 117.502, Redator para o acórdão Min. Luís Roberto Barroso; HC 108.141-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki; e o HC 122.166-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR MINISTRO DO STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE AGRAVO REGIMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - No caso sob exame, verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, que pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior. Precedentes. II – O agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, o que atrai, por analogia, o teor da Súmula 283 desta Corte. III – Agravo regimental a que se nega provimento.”

8. Sem prejuízo desse encaminhamento, penso que a ordem deve ser concedida de ofício. Colhe-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, sendo que o regime inicialmente fechado foi justificado pelo magistrado da causa exclusivamente com apoio no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

9. Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o HC 111.840, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007. Desse modo, ficou superada a obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados.

10. Por outro lado, a documentação que instrui a inicial também revela que a paciente estava grávida quando foi presa, tanto que deu à luz no cárcere. A defesa fez vir aos autos ainda a informação de que a acusada tem outros 3 (três) filhos menores que dela dependem financeiramente, sendo que a criança recém-nascida “*será separada da mãe, sendo interrompida à força a amamentação e sendo possivelmente a criança encaminhada a abrigo, onde poderá ser adotada...*”. De modo que não vejo razão para deixar de aplicar à hipótese a regra do art. 318, IV, do Código Penal:

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

[...]

IV gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

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

11. Diante do exposto, com apoio no art. 38 da Lei nº 8.038/90 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para os seguintes fins: i) determinar ao Juízo de origem que substitua a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, nos termos do art. 318, III, do CPP; ii) fixar, desde logo, o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Publique-se.

Comunique-se.

Luís Roberto Barroso
Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Direito Administrativo. Responsabilidade civil da administração pública. Execução Penal. Revista íntima / vexatória. Reparação do dano.

2.ª Turma

REsp. 856.360

j. 19.08.2008 – public. 23.09.2008

Cadastro IBCCRIM 3408

Ementa

Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais.

Recomposição que se faz não apenas no plano material, mas também no imaterial, quando a vítima, sem culpa alguma, foi submetida a constrangimento incompatível com o agir da administração.

Revista de visitante a estabelecimento prisional que resultou na sua exposição a dois exames íntimos para verificação de não estar portando droga, um dos quais realizado em estabelecimento hospitalar.

Recurso especial provido.

Voto

Trata-se de recurso especial aviado com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Na origem, tem-se ação de indenização por danos morais, ajuizada pela ora recorrente, M. A. O., contra o ESTADO DO ACRE. Relatam os autos que a recorrente, em 12 de maio de 2004, dirigiu-se ao Complexo Penitenciário Dr. Francisco de Oliveira Conde para visitar seu namorado que ali se encontrava cumprindo pena.

No ingresso do presídio, diante de denúncia de que a recorrente transportava substâncias ilegais, foi submetida à revista pessoal realizada por policial feminina, sendo obrigada a despir-se por completo. Permaneceu no local da revista por mais de uma hora, sem qualquer explicação da necessidade de referido procedimento.

Em seguida, foi levada por viatura da polícia militar, no camburão, ao pronto-socorro local para realização de exames ginecológico e anal, com escopo de se aferir a presença de entorpecentes em suas partes íntimas. Como tais exames não podem ser realizados no pronto-socorro, a recorrente foi encaminhada à maternidade, onde foi submetida aos referidos exames, na presença de uma policial, sendo constatado que a recorrente não portava qualquer substância entorpecente.

O Tribunal local, corroborando a sentença do juízo monocrático, afastou a pretensão indenizatória por dano moral, restando o acórdão assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL: REVISTA DE PESSOA QUE PRETENDE VISITAR PRESO; INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO INDEVIDO; INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL.

1. Não sofre danos morais, quem, pretendendo adentrar em estabelecimento prisional, é submetido a rigorosa revista, pois é inconcebível que o Poder Público aja com desídia, permitindo que substâncias entorpecentes, armas e outros objetos proibidos adentrem em estabelecimento desta natureza, que devem primar, acima de tudo, pela segurança, já que lidam com pessoas, algumas de alta periculosidade, que estão submetidas, por justa razão, a regime de segregação da liberdade.

2. A escurreita busca pessoal, neste caso, serve não só para prevenir a possibilidade de fuga e a introdução de armas, como também para manter a segurança interna do presídio, particularmente a integridade corporal dos próprios reeducandos.

3. Neste caso, a revista, embora rigorosa, deve ser feita por pessoal treinado, desenvolvendo-se com as cautelas devidas, e em local adequado, para que se preserve não somente a integridade física

e privacidade de quem a ela é submetido, mas principalmente a segurança do presídio, que, por razões óbvias, deve ter regras bastante rígidas e restritas em matéria de visitas, sob pena de campar o tráfico de drogas, armas e celulares para a Instituição Prisional. (fl.159)

Irresignada, sustenta a recorrente que a situação relatada lhe causou grande constrangimento, ferindo sua honra e imagem, mormente porque constatado que a recorrente não transportava qualquer substância entorpecente.

Alega que o procedimento a que fora submetida não tem previsão constitucional ou infraconstitucional, devendo o ESTADO agir somente em virtude de lei, ante o princípio da legalidade.

Sustenta que houve abuso e excesso por parte dos agentes do recorrido, que acabaram por violar preceitos fundamentais, protegidos pelo manto constitucional, tais como a intimidade, a honra, a vida privada e a imagem da recorrente.

Neste sentido, além de dissídio jurisprudencial, aponta violação dos arts. 186 e 927 do CC/02, alegando que deve o ESTADO DO ACRE reparar os danos causados.

É o relatório.

Observo que a situação descrita nos autos não atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte, porque não se trata de reexame do contexto fático-probatório dos autos. Destaco que os fatos são incontroversos e há tese abstraída no recurso especial, consubstanciada na possibilidade de imputar-se responsabilidade civil ao Estado por danos morais, em decorrência de revista íntima realizada na recorrente, quando do ingresso em estabelecimento prisional.

Advirto que este Tribunal não tem competência para examinar matéria constitucional. Todavia, o recurso especial aborda aspectos do Código Civil e aponta dissídio jurisprudencial, aspectos plenamente inseridos na alçada desta Corte, mesmo quando impossível a análise da tese jurídica discutida na origem, responsabilidade civil do Estado, por um dos seus agentes, cuja sede é, sem dúvida, constitucional.

A matéria, sob o prisma infraconstitucional, estava regulada no art. 15 do estatuto civil revogado, não sendo aplicável ao Estado a responsabilidade extracontratual prevista no seu art. 159, diante da adoção da teoria da responsabilidade objetiva, acolhida na CF de 88 (art. 37, § 6º). Segundo a responsabilidade objetiva, há sempre o dever de indenizar, pela só verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente estatal, sem indagar-se do elemento subjetivo do preposto estatal.

A única hipótese de afastar-se a responsabilidade objetiva do Estado é haver prova de ter o fato danoso ocorrido por culpa da vítima ou por caso fortuito ou força maior, o que afasta a ideia de fazer-se do Estado segurador universal.

Na hipótese dos autos, consta ter sido a Recorrente submetida à revista íntima, quando foi à penitenciária visitar seu namorado, recluso no estabelecimento prisional.

Segundo a Recorrente o dano moral por ela sofrido está consubstanciado no procedimento de revista a que foi submetida, inteiramente fora da normalidade. Afinal, permaneceu por mais de uma hora despida para realização de exames íntimos por agentes penitenciários, o que não foi o bastante. Após não encontrarem vestígios de entorpecentes com a Recorrente, encaminharam-na até a emergência de um hospital público para aferição por médico especializado e depois, na mesma viatura policial que a conduziu à emergência, onde deixou de ser atendida, foi levada a uma maternidade. Ali, por meio de exames ginecológico e anal, foi confirmada a ausência de qualquer substância entorpecente no corpo da Recorrente.

Por tais fatos, aponta ofensa a direito da personalidade, constitucionalmente garantido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, decorrente do ato ilícito praticado pelo Estado. Indica como suporte jurídico à sua pretensão os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Por sua vez, aduz o Estado Recorrido inexistir dano moral no caso em exame, porque o agir dos prepostos decorreu de um poder-dever: garantir a segurança no estabelecimento, diante da denúncia de que

uma pessoa com características semelhantes às da Recorrente portava substância ilícitas. Considera o Estado que os seus agentes agiram dentro do exercício regular de seu direito, inexistindo abuso ou ofensa capazes de gerar indenização.

Ao praticar atos administrativos, interfere a Administração na esfera jurídica dos administrados, interferência que não lhes pode causar dano. Se tal intervenção ocasiona dano ou mal estar aos administrados, abre-se ensejo de haver pedido de intervenção do Estado, seja na esfera administrativa e/ou judicial, no sentido de haver lícita reparação na proporção dos danos sofridos.

Adotando a ordem constitucional vigente a responsabilidade objetiva do Estado, consubstanciada na modalidade do risco administrativo, sob o pálio da não necessidade de demonstração de culpa, para fins de responsabilização, devem os danos causados ser reparados de forma abrangente, incluindo-se na reposição não somente os danos materiais, mas também os danos morais, conforme disciplina o artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

O dano moral será indenizável quando atingir ou violar valor imaterial da pessoa, estando aí incluídas ofensas à dignidade, honra e imagem, o que terminou por ocorrer, na hipótese dos autos.

Assim sendo, constatando-se o dano, a reparação é medida que se impõe, de acordo com o previsto nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil Brasileiro.

O dever de indenizar se impõe se do ato comissivo ou omissivo do agente derivar-se dano direta ou indireta. Afinal, as ações ou omissões dos prepostos estatais não se bipartem, sendo considerados uma unidade, em conformidade com a teoria do órgão administrativo, onde a vontade do agente é a vontade do Estado. Na dicção do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional - pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.”

“Daí, que acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público. (...) O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p.932/933).

No caso dos autos, entendo que há obrigação de reparar o dano moral causado à Recorrente, eis que presentes todos os elementos aptos a ensejar o abalo psicológico causado, não sendo um mero dissabor causado à Recorrente. Ocorreu, efetivamente, um abuso de direito. Afinal não se está a questionar da necessidade de impor-se como rotina a revista íntima nos estabelecimentos. A prática, por si só, não constitui abuso de direito apto a ensejar reparação por danos morais. Questiona-se a forma como foi exercido o direito estatal, por métodos vexatórios, em desrespeito à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Desta forma, não há que se falar em inexistência de dano moral conforme aduz o Estado, já que o exercício regular do direito do Estado em questão de segurança não pode ser utilizado como instrumento para cometer atos que atinjam de forma desproporcional e desarrazoada o direito de outrem. Outrossim, o argumento da segurança não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana.

Portanto, tendo em vista as considerações acima e diante do real constrangimento sofrido pela recorrente, cabível danos morais pleiteados. Fixo os danos morais em patamar equivalente a cinquenta salários mínimos, sendo este valor, juntamente com os consectários, devidamente

atualizados a base de cálculo para os honorários de advogado, os quais estimo em dez por cento.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

Eliana Calmon
Relatora.

Execução Penal. Pena privativa de liberdade. Conversão da pena. Conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar para o exercício do direito à amamentação. Doutrina da Proteção Integral.

Decisão monocrática

HC337.043

j. 27.10.2015 – public. 11.11.2015

Cadastro IBCCRIM 3409

Decisão

Z. P. G. estaria sofrendo coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de decisão proferida por Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Criminal n. 0005650-15.2014.4.03.6112/SP.

A paciente foi presa em flagrante, no dia 11/11/2014, em ônibus que fazia o itinerário Puerto Suarez/Bolívia e São Paulo, transportando no interior de sua bolsa de mão 1.995 g de cocaína. Em 23/3/2015, foi condenada a 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de multa, como incurso no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A Defensoria Pública da União interpôs apelação e pediu a conversão da prisão preventiva por prisão domiciliar. O pedido foi indeferido pelo Desembargador relator do recurso.

Neste *writ*, a Defensoria Pública Federal assere que “não havendo qualquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, é de rigor a concessão da ordem com a consequente soltura da paciente” (fl. 6). Pede a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, pois o parto da paciente ocorreu em 9/3/2015, as instalações físicas que a abrigam são inadequadas e ela está na iminência de ser separada da criança, o que significa a ruptura do vínculo familiar, pois não possui parentes no Brasil. Liminar por mim deferida, às fls. 61-63.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 120-124).

Decido.

A matéria aventada na presente ordem de *habeas corpus* não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, ficando, assim, impedida sua admissão, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância. O pedido de revogação da prisão preventiva nem sequer foi deduzido pela defesa na origem e, por tal motivo, não foi analisado no *decisum* ora impugnado.

No entanto, o impeditivo da supressão de instância não é absoluto e foi ultrapassado na análise da liminar, pois verificada patente ilegalidade e a necessidade de pronta intervenção desta Corte Superior.

Na hipótese, o caso é bastante peculiar e deve ser analisado à luz do princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Não se pode ignorar, por mera questão procedimental, as ilegalidades aventadas pela defesa, principalmente ante o registro de que a paciente está na iminência de ser separada de seu filho, de apenas 6 meses de vida. Ademais, o art. 654, § 2º do CPP, dispõe que os tribunais possuem 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.

A prisão preventiva da paciente, que está segregada desde 11/11/2014 e, portanto, já cumpriu mais de 10 meses de pena, foi mantida porque “o direito de apelar em liberdade da sentença condenatória não se aplica ao réu preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante” (fl. 26). A legalidade do *decisum* não foi analisado pela instância antecedente e não é discutida pela defesa neste *writ*.

O pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, a seu turno, merece ser analisado e acolhido, pois a paciente é imprescindível aos cuidados especiais de criança de apenas 6 meses de idade (certidão de nascimento à fl. 31) e, de fato, está na iminência de ser separada do filho, pois o art. 83, § 2º da LEP dispõe que os estabelecimentos penais serão dotados de berçário onde as condenadas possam cuidar de seus filhos e amamentá-los, no mínimo, até 6 meses de vida.

A Defesa juntou, ainda, relatório de acompanhamento pessoal da paciente, realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, para evidenciar que o estabelecimento onde ela e o filho estão recolhidos não “se demonstra adequado para tal finalidade, o que se pode comprovar pelas constantes reclamações das mães a respeito de problemas de saúde de seus filhos, relacionados sobretudo ao ambiente frio, à exposição a diversas doenças e à ausência de plantão de atendimento pediátrico e acompanhamento médico frequente” (fl. 33).

Nesse cenário, dada a complexidade da situação, a comprovação do requisito do art. 318, III, do CPP e o parecer favorável do Ministério Público, a prisão preventiva da paciente deve ser substituída por prisão domiciliar. Ademais, atento às medidas cautelares previstas do art. 319 do CPP e ao registro de que a paciente é estrangeira e não possui vínculos com o Brasil: a) determino seu comparecimento perante o Juízo

de primeiro grau, em 5 dias contados a partir da soltura, para informar seu endereço e justificar atividades; b) a proíba de ausentar-se do País sem autorização do Juízo natural da causa e c) determino o recolhimento de seu passaporte.

À vista do exposto e do parecer favorável do Ministério Público Federal, concedo a ordem, de ofício, para substituir a prisão preventiva da paciente por prisão domiciliar e pelas seguintes medidas cautelares alternativas: **a)** comparecimento perante o Juízo de primeiro grau, em 5 dias contados a partir da soltura, para informar seu endereço e justificar atividades; **b)** proibição de ausentar-se do Brasil sem autorização do Juízo natural da causa e **c)** recolhimento de seu passaporte, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do Juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas.

Alerte-se à paciente que a violação das medidas cautelares importará o restabelecimento da prisão preventiva, que poderá ser novamente aplicada se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

Publique-se e intimem-se.

Rogério Schiatti Cruz
Relator.

Tribunais Regionais Federais

Execução penal. Prisão domiciliar. Possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente provar a imprescindibilidade de cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

3.ª Região – 5.ª Turma
HC 0026522-54.2014.4.03.0000
j. 23.03.2015 – public. 31.03.2015
Cadastro IBCCRIM 3410

Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de A. I. M. com pedido de liminar, “restabelecendo-se a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar” (fl. 12).

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) a paciente foi presa em flagrante, no dia 08.06.13, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos (SP), ao tentar embarcar em voo com destino a Maputo (Moçambique) transportando 3.615g (três mil, seiscentas e quinze) gramas de cocaína, motivo pelo qual responde à Ação Penal n. 005126-31.2013.4.03.6119 pela prática do delito do art. 33 c. c. o art. 40, I, ambos da Lei n. 11.343/06, em trâmite perante a 6ª Vara Federal de Guarulhos (SP);

b) o Juízo *a quo* substituiu a prisão preventiva pela prisão domiciliar com fundamento no inciso IV do art. 318 do Código de Processo Penal;

c) prolatada a sentença e condenada a paciente às penas de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, regime inicial fechado, e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, o Magistrado de primeiro grau revogou a prisão domiciliar e decretou a custódia cautelar;

d) a paciente é genitora de um menino, I. C. U., nascido em 30.01.14, o qual se encontra em fase de aleitamento materno;

e) a decretação da prisão preventiva e a separação de genitora e filho em fase de aleitamento constitui infringência aos princípios da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana e da pessoalidade da pena;

f) a prisão domiciliar é necessária tendo em vista que a paciente é imprescindível aos cuidados de seu filho menor de 6 (seis) anos de idade;

g) o fato de a paciente ser estrangeira não pode fundamentar qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório;

h) o princípio da proteção integral da infância e juventude e a garantia de absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente impõem a observância do interesse da criança, que tem o direito de ser amamentado (fls. 2/12).

Foram juntados os documentos de fls. 13/37.

O pedido liminar foi deferido para restabelecer a prisão domiciliar, a ser cumprida no Centro Social Nossa Senhora Aparecida - Casa de Acolhida, localizado na Rua Enéas de Barros, 147 - Jardim Santana, São Paulo (SP) - CEP 03613-000, telefone 2681-5158, conforme descrito na decisão de fl. 21/21v. (fls. 40/41).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 45/53).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, a fim de substituir a prisão preventiva da paciente em prisão domiciliar, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (fls. 57/59).

É o relatório.

Voto

Foi deferido o pedido de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, IV, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que a paciente estaria no 7º mês de gravidez e recolhida em ambiente impróprio na Penitenciária feminina de São Paulo (SP), além de não constatar especial periculosidade da ré:

“Inicialmente, impende assinalar que, tendo o d. representante do Ministério Público Federal se manifestado à fl. 152 já de forma prospectiva (concordando desde então com o deferimento da medida postulada pela ré caso confirmado o estágio avançado de gravidez), afigura-se desnecessária nova vista ao Parquet neste momento.

À vista dos documentos apresentados pela Penitenciária Feminina da Capital, entendo que o pedido formulado pela ré comporta acolhimento.

O resultado do ultra-som obstétrico juntado à fl. 162 comprova que já em 19/11/2013 a ré, ora requerente, encontrava-se no 7º mês de gravidez.

Demais disso, tenho para mim que as conhecidas - e precárias - condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros dispensam maiores considerações quanto à inconveniência - seja do ponto de vista propriamente médico - de submeter uma gestante recolhida e o nascituro à conclusão da gravidez dentro do ambiente sabidamente insalubre e opressivo da prisão.

Ainda mais diante do disposto pelo art. 318, inciso IV do Código Penal, que autoriza ao magistrado a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o preso for gestante a partir do 7º mês de gravidez.

Comprovada tal situação pessoal, e não constando dos autos notícia de especial periculosidade da ré, reputo de rigor a substituição postulada”. (fls. 20/21v.)

O documento de fls. 13 comprova o nascimento de I. C. U., filho da paciente, nascido aos 30/01/2014.

Nos termos do artigo 5º, L, da Constituição Federal, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

A sentença fixou a pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, regime inicial fechado, determinando a expedição de mandado de conversão de prisão (domiciliar) preventiva em prisão preventiva, a ser cumprida, em continuação, em Estabelecimento Prisional Feminino, a ser determinado pelo Juízo de Execuções Penais competente (fls. 32v/33.).

O artigo 318, III, do Código de Processo Penal contempla a possibilidade

de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o agente “for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6(seis) anos de idade ou com deficiência”.

A cautela desaconselha a revogação do benefício. Com a superveniência da condenação, cumpre expedir a guia de recolhimento provisória (a prisão domiciliar é modalidade de prisão - cautelar - e portanto rende ensejo ao início da execução da pena), devendo o juiz da execução adequar o regime de cumprimento da pena privativa àquele estabelecido na sentença, sem prejuízo de considerar o caso concreto, no qual foi reconhecido o direito à prisão domiciliar.

Ante o exposto, **concedo** ordem de *habeas corpus* para restabelecer a prisão domiciliar, a ser cumprida no Centro Social Nossa Senhora Aparecida - Casa de Acolhida, localizado na Rua Enéas de Barros, 147 - Jardim Santana, São Paulo (SP) - CEP 03613-000, telefone 2681-5158, conforme descrito na decisão de fl. 21/21v.

É o voto.

André Nekatschalow
Relator.

Tribunais de Justiça

Execução Penal. Mulher. Singularidade no tratamento da mulher presa. Condenada gestante. Parto em estabelecimento prisional. Uso de algemas.

**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
I Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes
13.ª Vara da Fazenda Pública
Processo 0035475-04.2013.8.26.0053
j. 30.07.2014 – public. 02.10.2014**

D. C. C. move ação indenizatória contra a Fazenda do Estado de São Paulo. Alega, em síntese, que foi presa em flagrante em 25 de setembro de 2011 em estado de gravidez e deu à luz a seu filho algemado pelos pés e mãos, sem a presença de um familiar, o que lhe causou os danos morais apontados, cuja reparação pretende nos moldes expostos.

A ré contestou a fls. 380/385. Argumentou, em síntese, que a investigação acerca do episódio é inconclusiva quanto aos fatos alegados pela autora, além do que seria impossível realizar um parto com a gestante algemada. Réplica a fls. 437/452.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O feito comporta julgamento no estado (art. 330, I, do Código de Processo Civil).

A demanda é procedente e não há necessidade de testemunhos presenciais para se reconhecer que a autora deu à luz nas circunstâncias relatadas na petição inicial.

Nos autos da apuração preliminar nº 487/2012, instaurada pela Vara de Execuções Criminais de Franco da Rocha, apurou-se que até a edição do Decreto Governamental nº 57.783/2012 era usual o emprego de algemas nas custodiadas durante o trabalho de parto. Afirmou a autoridade apuradora, em longo relatório, que “*não havia um parâmetro direcionador a ser seguido pelo corpo funcional tampouco pela própria Escolta Militar, tudo estava muito associado à pessoa (presa) e contenção (algema) sem que fosse efetuada qualquer distinção, até mesmo seguindo-se a premícia de que todos são iguais perante a Lei, e a Lei que se tinha conhecimento por parte do corpo funcional era a de se algemar*” (sic! - fls. 356/357).

No caso específico da autora, confirmou o citado servidor público que ela permaneceu com algemas ao leito hospitalar depois do parto, “*embora já exaustivamente esclarecido seus motivos*” (sic! - fls. 365).

Não há falar, portanto, em versão isolada e inverossímil da requerente, tampouco de sua mãe, que provocou a citada apuração preliminar.

Possível ou não a realização de parto com a gestante algemada, custa a crer que alguém crie versão tão fantasiosa acerca de fatos que foram filmados, exibidos e amplamente noticiados. Some-se a isso todos os trechos de relatos destacados na petição inicial e na réplica, os quais estão em sintonia com o alegado e não impugnado especificamente.

Inegáveis, por outro lado, as sensações negativas de humilhação, aflição e desconforto, entre outras, a que foi submetida a autora diante da cruel, desumana e degradante manutenção de algemas durante o seu trabalho de parto. São danos morais indenizáveis e guardam nexos com a ação estatal, de modo que avulta o dever de ressarcimento almejado.

No arbitramento da indenização por danos morais leva-se em consideração a culpabilidade do agente, as condições sociais e econômicas dos envolvidos, a gravidade e a extensão da lesão. Conquanto não existam valores previamente determinados na legislação para a situação relatada nos autos, de rigor o arbitramento da indenização conforme o sugerido na petição inicial e não impugnado de modo específico, valor que se considera condigno com o sofrimento experimentado pela autora.

Destarte, a demanda é acolhida integralmente, arcando a ré com a reparação dos danos morais experimentados pela parte contrária. Tratando-se de ato ilícito, os juros moratórios de 0,5% são devidos desde o evento danoso, enquanto que a correção monetária será computada a partir desta sentença, uma vez já fixada a indenização em moeda corrente.

Necessário frisar que a correção monetária obedece a metodologia de cálculo da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para os débitos judiciais e o disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, mas sem a redação dada pela Lei nº 11.960/09, pois foi declarada inconstitucional, por arrastamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (ADINs 4.357 e 4.425) e, desde já, deve ser reconhecida a sua ineficácia, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade acarreta efeitos repristinatórios, tornando sem efeito a lei inconstitucional revogadora de lei anterior.

Ante o exposto, **julgo procedente** a ação para condenar a ré ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) à autora, com correção monetária e juros de mora na forma da fundamentação desta sentença. Não cabe a condenação nas verbas de sucumbência, porquanto a requerente é representada por órgão do próprio Estado.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

P.R.I.

Fausto José Martins Seabra
Juiz de Direito.