



Órgão : 2ª TURMA CRIMINAL
Classe : HABEAS CORPUS
N. Processo : **20150020034219HBC**
(0003454-94.2015.8.07.0000)
Impetrante(s) : VIVIAN LUDMILA GOMES DE OLIVEIRA,
LUDMILA MARIA COSTA ROCHA
Autoridade : JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES
Coatora(s) : PENAS DO DISTRITO FEDERAL
Relator : Desembargador SILVÂNIO BARBOSA
Acórdão N. : 857348

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. EXECUÇÃO PENAL. CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO. OFENSA DIRETA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. POSSIBILIDADE. MÃE ENCARCERADA. CRIANÇA DESAMPARADA. ARTIGO 89 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DA CRECHE PREVISTA EM LEI. CRIANÇA EM ESTADO DELICADO DE SAÚDE. EXCEPCIONALIDADE. PROTEÇÃO INTEGRAL. DIREITO À MATERNIDADE. RESOLUÇÃO Nº 04/2009 DO CNPCN. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal evolui em sua compreensão jurisprudencial, passando a admitir o "habeas corpus" como sucedâneo recursal quando houver ofensa direta à liberdade de locomoção (HC 102.179/SP). No caso, considerando que a paciente encontra-se encarcerada e que a petição inicial aponta a existência de suposta coação ilegal cuja resolução poderá impactar diretamente no seu direito de locomoção, é cabível a impetração.

2. Diante do quadro fático delineado nos autos, especialmente em virtude da ausência de rede familiar de apoio fora do presídio e da delicada situação de saúde da criança (que certamente necessita do leite materno e da presença da genitora), o afastamento abrupto entre mãe e filha seguramente

seria prejudicial à infante.

3. O artigo 89 da Lei de Execuções Penais, com a redação dada pela Lei nº 11.942/09, determina a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional feminino para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável esteja presa. Contudo, observa-se que a Penitenciária Feminina do Distrito Federal não possui a creche nos moldes determinados pela Lei de Execução Penal.

4. A Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança.

5. Verificando-se que a manutenção da mãe com a criança no estabelecimento prisional traz riscos à vida e à saúde da infante, a solução que melhor se harmoniza com as normas aplicáveis à espécie não é a separação brusca e precipitada entre mãe e filha, sem que se tenha qualquer notícia de quem será o responsável pela criança, mas a concessão de prisão domiciliar por razões humanitárias.

6. A prisão domiciliar encontra fundamento no artigo 117 da Lei de Execuções Penais e, apesar de ser previsão específica para os condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem firme compreensão no sentido de admitir a concessão da medida por razões humanitárias ainda que o condenado esteja em regime mais gravoso, atentando-se às particularidades do caso concreto.

7. A situação excepcional trazida à baila nesta impetração justifica a concessão da prisão domiciliar humanitária à paciente, por ser essa a medida que melhor se adéqua à legislação constitucional e infraconstitucional pertinente e que preserva, de um lado, o melhor interesse da criança e, de outro lado, o direito à maternidade que não pode ser subtraído da mãe encarcerada em virtude da condenação, sendo remanescente a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

8. Preliminar rejeitada. Ordem parcialmente concedida.

A C Ó R D Ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **2ª TURMA CRIMINAL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **SILVÂNIO BARBOSA** - Relator, **JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA** - 1º Vogal, **CESAR LABOISSIERE** - 2º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **ROBERVAL CASEMIRO BELINATI**, em proferir a seguinte decisão: **REJEITAR A PRELIMINAR. CONCEDER A ORDEM PARCIALMENTE. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 19 de Março de 2015.

Documento Assinado Eletronicamente

SILVÂNIO BARBOSA

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de “habeas corpus”, com pedido liminar, impetrado em favor de **Alzira Maria Araujo da Silva**, apontando-se como coatora a ilustre autoridade judiciária da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal e como ato coator a decisão que indeferiu o pedido de **prisão domiciliar humanitária** formulado pela paciente nos autos da execução penal nº 6295-51.2014.8.07.0015.

Segundo narrou a ilustre Defesa Técnica (Dra. Vivian Ludmila Gomes de Oliveira e Dra. Ludmila Maria Costa Rocha), a paciente foi condenada como incurso no crime tipificado pelo artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Ocorre que, no curso da execução penal, sobreveio o nascimento de sua filha R.A.S., a qual possui problemas respiratórios crônicos e alimenta-se exclusivamente de leite materno.

Ainda segundo relatado pelas impetrantes, apesar da fragilidade da criança e do imprescindível cuidado demandado pelo seu estado de saúde, a recém-nascida R.A.S tem sido mantida nas instalações prisionais em contraposição às recomendações médicas. E mais: as impetrantes informam que o Presídio Feminino do Distrito Federal segue rigorosamente a praxe de apenas autorizar a permanência de bebês com as mães internas durante os seis primeiros meses de vida. Todavia, no caso da paciente, não há nenhum familiar que esteja apto e/ou tenha interesse em receber a guarda da criança fora da unidade prisional, havendo a iminência de que ela seja encaminhada a um dos abrigos do Estado.

Diante desse quadro, a paciente requereu ao Juízo das Execuções Penais o deferimento da prisão domiciliar humanitária, a fim de que lhe fosse possível cuidar de sua filha em ambiente mais adequado, sobretudo porque não há ninguém que possa responsabilizar-se pela criança fora do presídio.

Com o fito de instruir o pedido, a ilustre autoridade judiciária executiva determinou a elaboração de estudo psicossocial, o qual concluiu que a paciente não possui rede de apoio familiar e sugeriu que a apenas fosse beneficiada com a prisão domiciliar para cuidar de sua filha (fls. 85-86).

O Ministério Público, em manifestação apresentada no primeiro grau de jurisdição, ponderou que a saúde da criança é fragilizada e que a recém-nascida freqüentemente adoecer em razão das condições da cela, motivo pelo qual posicionou-se favoravelmente ao deferimento da prisão domiciliar humanitária, cuja execução deve ser acompanhada pela Seção Psicossocial (fls. 87-89).

Não obstante os pareceres favoráveis, a d. autoridade judiciária da

VEP indeferiu o pedido formulado e determinou que a direção do Presídio Feminino do Distrito Federal adotasse as providências necessárias para que a infante R.A.S fosse entregue ao responsável por sua guarda e responsabilidade (fls. 92-96).

Em face do indeferimento, a Defesa Técnica impetrou o presente “habeas corpus”, afirmando que a paciente está sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, uma vez que estariam preenchidos os requisitos necessários à concessão da prisão domiciliar humanitária.

Nesse sentido, invocando o **artigo 1º, inciso III, e o artigo 6º, “caput”, da Constituição Federal**, aduz que o fundamento para a concessão da referida medida deve ser o princípio constitucional da dignidade humana, que se manifesta no caso concreto pela prevalência da proteção à maternidade e à infância.

Da mesma forma, aponta violação ao **artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal** (princípio da personalidade da pena), uma vez que, no caso concreto, a criança estaria sendo indevidamente penalizada pelo crime cometido por sua mãe, pois as condições oferecidas para sua sobrevivência são inadequadas.

As impetrantes também fundamentam o pedido nos **artigos 3º, 83, 89, 117 e 185 da Lei de Execuções Penais**, salientando que, não havendo no estabelecimento prisional um local adequado para as crianças desamparadas cujas responsáveis estejam presas, não é possível impor a permanência das internas em situação mais gravosa em decorrência da negligência do Estado.

De outro lado, é enfatizado que o **artigo 227 da Constituição Federal c.c. os artigos 1º, 4º e 5º da Lei n.º 8.069/90**, determinam a aplicação do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, devendo o Estado zelar, com absoluta prioridade sobre quaisquer outros interesses, pela vida, saúde, dignidade e respeito da pessoa humana em desenvolvimento.

Obtempera, por fim, que **Resolução n.º 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária** privilegia a continuidade do vínculo materno e a amamentação da criança, assegurando às internas o direito de permanecer com seus filhos por, no mínimo, um ano e seis meses.

Liminar indeferida às fls. 97-97/v.

As informações foram apresentadas às fls. 124-127.

A douta Procuradoria de Justiça oficiou pelo não conhecimento da impetração, argumentando pela necessidade de dilação probatória e a pela impossibilidade de utilização do “habeas corpus” como sucedâneo do recurso de agravo em execução (fls. 158-160)

É o relatório.

VOTOS

PRELIMINAR

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do "writ", ao argumento de que o pedido veiculado exige dilação probatória e de que a via adequada para atacar o ato impugnado seria o recurso de agravo em execução, não sendo possível a utilização do "habeas corpus" como sucedâneo do recurso próprio.

Em que pese os respeitáveis argumentos, razão não lhe assiste.

De início, verifica-se que o quadro fático da controvérsia está perfeitamente delineado pela prova pré-constituída que acompanha a petição inicial e pelas informações prestadas pela autoridade coatora. Assim, não vislumbro a necessidade de nenhuma diligência de caráter probatório, uma vez que os elementos presentes nos autos são suficientes para discussão da matéria.

Por outro lado, o "habeas corpus" é instrumento constitucional destinado à tutela imediata do direito à liberdade física. Nesses termos, o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, determina que a ordem deve ser concedida sempre que alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, sem instituir requisitos adicionais ou impor outras restrições à tutela jurisdicional cognitiva.

Assim, não obstante o entendimento que vem sendo consolidado pelos Tribunais Superiores acerca do conhecimento do remédio heróico, ressalto que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal evolui em sua compreensão jurisprudencial, passando a admitir o "habeas corpus" como sucedâneo recursal quando houver **ofensa direta à liberdade de locomoção**. Nesse sentido, esclareceu o eminente Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 102.179/SP:

Após a Turma ter assentado a inadmissibilidade linear do habeas corpus quando substitutivo do recurso ordinário, muitas ponderações têm sido feitas, calcadas na garantia do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a revelar que será concedido habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ao direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder.

[...]

Sensibiliza a angústia da comunidade jurídica e acadêmica com a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em habeas corpus tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O habeas corpus, ao contrário, tem tramitação célere, em razão de previsão nos regimentos em geral.

Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração substitutiva toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia. (Grifos nossos.)

No caso, considerando que a paciente encontra-se encarcerada e que a petição inicial aponta a existência de suposta coação ilegal cuja resolução poderá impactar diretamente no seu direito de locomoção, entendo ser cabível o "writ".

Além do mais, não soa ruim consignar que o excelso STF conheceu de tema ideologicamente semelhante - prisão domiciliar para presa preventivamente, doente e grávida - em sede de *writ* (*HABEAS CORPUS* N. 126107).

Ante o exposto, **conheço da impetração.**

O Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador CÉSAR LOYOLA - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador SILVÂNIO BARBOSA - Relator

MÉRITO

Extrai-se do presente "writ" que a paciente foi condenada como incurso no crime tipificado pelo artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, encontrando-se atualmente no cumprimento da pena em regime fechado, com **pena remanescente de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 28 (vinte oito) dias** (fl. 35).

Ocorre que, no curso da execução penal, sobreveio o nascimento da criança R.A.S, filha da paciente, a qual possui doença respiratória crônica e já passou por vários atendimentos médicos de emergência em seu curto período de vida.

Com efeito, a criança nasceu em **01º-abril-2014** e o parecer pediátrico de fls. 63, assinado por médico da Secretaria de Saúde do Distrito Federal quatro dias após esta data, diagnosticou a existência de duas infecções por pneumonia e bronquiolite, registrando o relato da mãe de que a criança "tosse até vomitar".

Novo parecer pediátrico foi elaborado quando a criança encontrava-se com trinta dias de vida (fl. 65), oportunidade na qual ela foi atendida com novos episódios de vômito e febre alta.

No mês seguinte (**maio**), a criança foi internada em decorrência dos problemas respiratórios e, ao conceder a alta hospitalar, o médico pediatra informa que R.A.S. deve permanecer "longe de fumantes, longe de lugares aglomerados e com infiltração. Em ambiente arejado para uma não piora do quadro e uma possível reinternação da recém-nascida" (fl. 19)

Parecer médico juntado à fl. 77, datado do mês de **junho**, informa que a criança segue em tratamento até a resolução do quadro clínico. Às fls. 78-79

constam os registros de atendimentos realizados nos meses de **agosto, setembro, outubro e novembro** de 2014, com quadros recorrentes de tosse e febre, além da prescrição constante de medicação oral.

Em **dezembro**, a recém-nascida apresentou piora no quadro geral de saúde, motivo pelo qual o juiz plantonista determinou que ela fosse imediatamente encaminhada ao serviço médico (fl. 84).

Diante da complexa situação decorrente do frágil estado de saúde da criança, e não havendo quem pudesse ampará-la fora do estabelecimento prisional, a paciente requereu ao Juízo das Execuções Penais o deferimento da prisão domiciliar humanitária, a fim de que lhe fosse possível cuidar de sua filha em ambiente mais adequado.

Contudo, o referido pedido não foi acolhido pela ilustre Magistrada singular, a qual determinou que a criança fosse imediatamente entregue ao seu responsável legal, nos seguintes termos:

Destarte, muito embora reconheça que a situação ideal seria aquela em que a criança permanecesse sob os cuidados de seus pais, observo que a sentenciada, mesmo ciente de que já possuía outros 04 (quatro) filhos, todos menores, um, inclusive, com tenra idade de 08 (oito) meses, mais nova que R.A.S., e que dependia de seus cuidados imediatos e contínuos, praticou crime hediondo de tráfico de drogas. Assim, não pode agora invocar sua condição de mãe para se furtar à aplicação da lei e ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, sobretudo quando seus atos pretéritos demonstraram que não teve nenhum zelo maternal e ainda estão aptos a demonstrar que pretende apenas, através da criança, sair do presídio onde se encontra. Assinalo ainda que não prospera a alegação da diligente defesa no sentido de que o Estado ignora a situação da mulher encarcerada e de sua prole, visto que, no presente caso, a proteção constitucional conferida à criança, de que permaneça sob os cuidados de sua mãe, mesmo no ambiente prisional, no período de amamentação exclusiva, que é de 6(seis) meses, foi regularmente garantida.

Ademais, a própria defesa juntou aos autos comprovantes de recebimento de benefícios sociais pela sentenciada, mecanismo estatal de apoio sócio-familiar cujo objetivo é o de auxiliar no sustento

da prole, com a finalidade de que os pais não optem pela prática de atos que ponham em risco a convivência familiar e a segurança das crianças, o que denota claramente que a falha não foi do Estado e sim reflexo das escolhas feitas ALZIRA MARIA ARAÚJO DA SILVA que, mesmo beneficiada com programas de ajuda financeira, optou por traficar drogas e negligenciar os cuidados dos filhos, um dos quais, repito, bebê mais novo que R.A.S.

Os desdobramentos relativos à guarda provisória da menor R.A.S., tais como a indicação de familiar ou pessoa próxima, ou ainda de abrigo específico, devem ser discutidos perante o Juízo da Vara da Infância e da Juventude, a quem compete o processamento e julgamento do respectivo feito.

Nesse ponto, cabe a este Juízo apenas esclarecer que não procede a alegação defensiva de que em razão do período de pena a cumprir pela requerente, caso a criança seja abrigada, ela perderá o pátrio poder e a criança será encaminhada à adoção.

Em face do indeferimento, a Defesa se insurge, invocando os princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção à maternidade, o regramento jurídico da Lei de Execuções Penais aplicável às mães encarceradas, o mandamento de proteção integral à criança e ao adolescente contido no Estatuto da Criança e do Adolescente e as diretrizes elaboradas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária através da Resolução n.º 04 de 2009.

Com razão as impetrantes.

De início, deve-se salientar que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente impõe ao Poder Público o dever de tratar, com absoluta prioridade, as questões atinentes aos menores incapazes, tendo em vista a situação de vulnerabilidade a que está exposta a pessoa humana em desenvolvimento. Por essa razão, é dever de todos os agentes estatais sempre proceder de maneira diligente para assegurar a vida, a saúde, a dignidade e o bem-estar desse grupo mais frágil.

Todavia, respeitado o entendimento do douto Juízo monocrático, entendo que a decisão impugnada mostra-se insatisfatória frente à necessidade de se deferir especial atenção à criança R.A.S, que está sendo mantida no estabelecimento prisional com o estado de saúde delicado. De fato, o referido "decisum" limitou-se a determinar a entrega da criança ao responsável legal,

olvidando-se da peculiar situação de que não há ninguém fora do presídio apto a cuidar da criança e oferecer os cuidados dos quais ela necessita.

Nesse ponto, destaque-se que, passado mais de um mês da decisão proferida pelo juízo "a quo", em contato com a Penitenciária Feminina do Distrito Federal (servidora Rafaela Rodrigues, matrícula: 193678-6), foi informado a este Tribunal que a criança R.A.S permanece com sua mãe na "Ala de Grávidas e com bebês" do estabelecimento prisional até a presente data. O que se verifica, portanto, é que as autoridades estatais não conseguiram encontrar solução mais adequada para garantir a saúde da criança, de forma que ela vem sendo mantida nas condições prejudiciais do presídio por tempo indeterminado.

É dizer: não obstante a existência de criança recém-nascida e com saúde prejudicada no estabelecimento prisional, sem qualquer perspectiva de alguém apto a retirá-la do presídio nem de quando isso ocorrerá, a determinação torna-se impraticável, ademais, nenhuma providência adicional foi adotada, de forma que R.A.S. permanece em local prejudicial à sua saúde.

Ressalte-se que a paciente possui, de fato, outros filhos menores de idade, porém todas as demais crianças foram colocadas em lares vinculados à família ampliada (pais e avôs), não estando, portanto, na mesma situação de risco em que se encontra R.A.S.

Contudo, no que tange particularmente a R.A.S, o laudo psicossocial de fls. 85-86 relata que não se sabe da sua família paterna, pois desde a prisão da paciente não se tem notícias de seu genitor. A familiar mais próxima da criança seria a sua avó, que reside em Minas Gerais e mantém relação apenas superficial com a filha. Em todo tempo que está reclusa, a paciente informa que nunca recebeu visitas de familiares, informação que foi confirmada pela Gerência de Atendimento ao Interno.

Em sua busca por encontrar alguém que pudesse cuidar da criança, a paciente chegou a "autorizar" que a guarda de R.A.S fosse transferida para terceira pessoa (uma amiga) fora do presídio. O referido processo tramitou perante a Segunda Vara de Família, Órfãos e Sucessões de Ceilândia/DF e foi extinto sem resolução do mérito, por desistência da autora, após o Ministério Público lançar parecer nos autos asseverando que o procedimento estava fundado no receio da paciente pela saúde de sua filha e que a separação entre mãe e filha, dessa forma, poderia causar terríveis prejuízos futuros. Confira-se, por oportuno, a manifestação da 3ª Promotoria de Justiça Cível, de Família, Órfãos e Sucessões de Ceilândia:

Observe-se que a requerida subscreveu o documento de fl. 14, uma "autorização" redigida no presídio onde se encontra, mediante a qual manifesta sua anuência não à concessão definitiva da guarda para a autora, mas simplesmente "guarda provisória". Isto parece indicar claramente que a demandada, ciente de que o presídio não é o lugar mais adequado para a sua filha de tenra idade, quer que alguém cuide dela, mas apenas até que possa sair do cárcere e retomar os cuidados da menor.

Todavia, essa pode não ser a intenção da requerente, que está em uma fase difícil da vida na qual ambas as filhas já são maiores e deixam o lar materno. É muito possível que seu objetivo seja criar a menor como filha, e é natural que a criança, se ficar sob a guarda (ainda que provisória, se por tempo razoável) da autora naturalmente a considere como mãe. Assim, quando a requerida deixar o presídio e quiser a filha de volta, haverá a deflagração de um conflito terrível, com prejuízo emocionais imensos para a criança. (Fl. 57.) (Grifo nosso.)

Diante do quadro apontado, especialmente em virtude da ausência de rede familiar de apoio fora do presídio e da delicada situação de saúde da criança (que certamente necessita do leite materno e da presença da genitora), o afastamento abrupto entre mãe e filha seguramente seria prejudicial à infante.

De outro lado, analisando-se a questão sobre o prisma dos direitos da mãe em situação de encarceramento, torna-se ainda mais evidente o constrangimento ilegal a que se encontra submetida a paciente.

Em verdade, o poder constituinte originário, privilegiando a unidade familiar e o melhor interesse da criança, reservou lugar de destaque às mães presidiárias no rol dos direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a existência de "condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;" (artigo 5º, inciso L, da Constituição Federal).

O regramento legal infraconstitucional, em sintonia com as disposições da Lei Maior, encerra em seu bojo diversas disposições no sentido de tornar possível a manutenção da convivência entre a mãe que se encontra encarcerada e os seus filhos, objetivando impedir que a pena privativa de liberdade

atinja os direitos à maternidade e ao convívio familiar, ambos não alcançados pela condenação.

Em se tratando de criança desamparada cuja mãe encontra-se presa, como é o caso dos autos, o **artigo 89 da Lei de Execuções Penais**, com a redação dada pela Lei nº 11.942/09, determina a existência de creche anexa ao estabelecimento prisional feminino para abrigá-las desde os seis meses de vida **até os sete anos de idade**, sendo assegurado neste espaço o atendimento por pessoal qualificado e um horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. Confira-se, "in verbis":

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. (Grifo nosso.)

Conforme já demonstrado alhures, a situação em que se encontra a criança R.A.S é de evidente desamparo, não havendo ninguém que possa cuidar dela fora do presídio. Todavia, observa-se que **a Penitenciária Feminina do Distrito Federal não possui a creche nos moldes determinados pela Lei de Execuções Penais**, de forma que a ineficiência estatal não pode ser utilizada como fundamento para obrigar a mãe encarcerada a separar-se de sua filha em momento tão delicado para a saúde da menor, em contraposição à expressa previsão legal.

De outro lado, ainda que não se tratasse de criança em situação de desamparo, a Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária prevê que deve ser garantida a permanência de crianças **no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães**, visto que a presença da mãe nesse período é considerada

fundamental para o desenvolvimento da criança.

Ainda segundo esta Resolução, somente após esse período mínimo de permanência da criança com a mãe e que poderá ser iniciado o **processo gradual de separação**, o qual que poderá durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família e seguindo critérios pré-determinados para a escolha do lar em que a criança será abrigada.

A esse respeito, transcrevo o trecho pertinente da referida norma administrativa:

Art. 1º A estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas devem respeitar as seguintes orientações:

I - Ecologia do desenvolvimento humano, pelo qual os ambientes de encarceramento feminino devem contemplar espaço adequado para permitir o desenvolvimento infantil em padrões saudáveis e uma relação de qualidade entre a mãe e a criança;

II - Continuidade do vínculo materno, que deve ser considerada como prioridade em todas as situações;

III - Amamentação, entendida como ato de impacto físico e psicológico, deve ser tratada de forma privilegiada, eis que dela depende a saúde do corpo e da psique da criança.

Art. 2º Deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as(os) filhas(os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Art. 3º Após a criança completar um ano e seis meses deve ser iniciado o processo gradual de separação que pode durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família, considerando as seguintes fases:

a) Presença na unidade penal durante maior tempo do novo

responsável pela guarda junto da criança;

b) Visita da criança ao novo lar;

c) Período de tempo semanal equivalente de permanência no novo lar e junto à mãe na prisão;

d) Visitas da criança por período prolongado à mãe.

Parágrafo único. As visitas por período prolongado serão gradualmente reduzidas até que a criança passe a maior parte do tempo no novo lar e faça visitas à mãe em horários convencionais.

Art. 4º A escolha do lar em que a criança será abrigada deve ser realizada pelas mães e pais assistidos pelos profissionais de Serviço Social e Psicologia da unidade prisional ou do Poder Judiciário, considerando a seguinte ordem de possibilidades: família ampliada, família substituta ou instituições.

De fato, as balizas contidas na Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária mostram-se razoáveis e em sintonia com os princípios da dignidade humana, da proteção integral à criança e da individualização da pena. Por certo, objetiva-se evitar uma interrupção abrupta da relação entre mãe e filhos, favorecendo-se um processo de transição que diminua as conseqüências negativas do fato sobre a criança e possibilite que, ao final do cumprimento da reprimenda, possa haver o total reatamento do núcleo familiar.

Portanto, a aplicação das normas aqui transcritas ao caso concreto resguarda o direito da mãe presidiária em permanecer com sua filha durante os primeiros dezoito meses de vida e, em seguida, o direito de participar do processo de escolha do lar em que a criança será abrigada, com a implementação gradual dessa transferência, devendo ser assegurada a permanência da criança com a genitora enquanto não for providenciado o amparo necessário a ela fora do presídio.

Por outro lado, salta aos olhos o fato de que a criança não poder permanecer no estabelecimento prisional nas condições em que se encontra, tendo em vista que o seu estado de saúde tem apresentado sérias complicações e que, por omissão estatal, não há a creche própria para a permanência de crianças com mais de 06 (seis) meses no local. De fato, o próprio juízo executivo reconheceu que "a prorrogação da permanência da menor R.A.S no ambiente prisional deve ser evitada ao máximo, seja por questões relacionadas à sua integridade física, **seja em razão da insalubridade do ambiente**" (fl. 121).

Como se vê, verificando-se que a manutenção da mãe com a

criança no estabelecimento prisional traz riscos à vida e à saúde de R.A.S., a solução que melhor se harmoniza com as normas aplicáveis à espécie não é a separação brusca e precipitada entre mãe e filha, sem que se tenha qualquer notícia de quem será o responsável pela criança, mas a concessão de **prisão domiciliar por razões humanitárias** até que a transição para o lar onde a criança será abrigada tenha sido efetivada, respeitando-se os prazos e condições estabelecidos pela Resolução n.º 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Com efeito, a prisão domiciliar encontra fundamento no artigo 117 da Lei de Execuções Penais e, apesar de ser previsão específica para os condenados que estejam cumprindo pena em regime aberto, o Superior Tribunal de Justiça tem firme compreensão no sentido de admitir a concessão da medida por razões humanitárias ainda que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso, sempre se atentando à particularidade do caso concreto.

Nesse sentido:

1. A Constituição Federal assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, consoante o disposto no inciso L do artigo 5º.

2. Apesar de a Lei de Execução Penal limitar ao condenado em regime aberto a possibilidade de concessão de prisão domiciliar, a jurisprudência desta Corte de Justiça, atenta a questões humanitárias, tem admitido a concessão da benesse, considerando as peculiaridades do caso concreto. (RHC 45.434/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014.) (Grifo nosso.)

2. A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena. (HC 244.540/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 29/05/2013.) (Grifo nosso.)

IX - A prisão domiciliar, em princípio, só é admitida quando se tratar de réu inserido no regime prisional aberto, ex vi do art. 117 da Lei de Execução Penal.

X - Excepcionalmente, porém, esta Corte tem entendido que, mesmo no caso de regime prisional diverso do aberto, é possível a concessão de prisão domiciliar, em face de comprovada doença grave, se o tratamento médico necessário não puder ser ministrado no presídio em que se encontra o apenado (Precedentes). (HC 133.287/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 03/05/2010.) (Grifo nosso.)

No caso em apreço, entendo que está configurada a excepcionalidade apta a autorizar o deferimento da prisão domiciliar humanitária à paciente, com fulcro no artigo 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais. Isso porque a criança R.A.S encontra-se desamparada, com menos de um ano e seis meses de vida, não pode ser mantida no ambiente prisional em razão de seu estado de saúde e porque não há rede familiar de apoio que possa acolhê-la, não sendo recomendável a sua separação abrupta da genitora no estado em que se encontra.

Registre-se, por oportuno, que o eminente Ministro Ricardo Lewandovski, em decisão proferida em 08-janeiro-2015 (HC 126.107/SP), concedeu liminarmente a ordem de "habeas corpus" para determinar que uma mulher grávida processada pelo crime de tráfico de drogas fosse colocada em regime domiciliar.

Na ocasião, o ministro enfatizou os compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil em relação ao encarceramento feminino, salientando que durante a 65ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas foram aprovadas regras mínimas para as mulheres presas, mediante as quais os Estados-membros obrigaram-se a desenvolver opções alternativas à prisão preventiva e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e **suas responsabilidades maternas.**

Por todo o exposto, não há dúvida de que a situação excepcional trazida à baila nesta impetração justifica a concessão da prisão domiciliar humanitária à paciente, por ser essa a medida que melhor se adéqua à legislação constitucional e infraconstitucional e que preserva, de um lado, o melhor interesse da criança e, de outro lado, o direito à maternidade que não pode ser subtraído da mãe

encarcerada.

Ressalto, por fim, que o laudo psicossocial indicou que a paciente poderá se hospedar na casa de uma amiga até contratar um aluguel e que a douta Defesa trouxe aos autos um contrato de aluguel firmado pela paciente em 25-janeiro-2015 e vigente pelo prazo de 06 (seis) meses (fls. 37-43), além da comprovação de que ela possui renda proveniente de programas assistenciais do governo (fls. 46-51) e que fora contemplada no Programa Morar Bem do Governo do Distrito Federal (fl. 44), ratificando a possibilidade e a viabilidade da prisão domiciliar

ISTO POSTO, rejeito a preliminar e, no mérito, concedo parcialmente a ordem, a fim de determinar ao Juízo das Execuções Penais que implemente a **prisão domiciliar humanitária** à paciente, com fulcro no artigo 117, inciso III, da Lei de Execução Penal, até que a criança R.A.S. complete um ano e seis meses de idade, no mínimo.

Após um ano e seis meses de idade poderá ser iniciado o processo gradual de separação, observando-se as disposições constantes na Resolução nº 04/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sobretudo os artigos 3º, 4º e 12 da referida norma, lógico, devendo-se observar o estado clínico futuro da infante e estágio de cumprimento da pena.

Oficie-se, com urgência, ao Juízo das Execuções Penais, a fim de que seja dado **imediato cumprimento a esta decisão**, com a fixação das condições da prisão domiciliar e do acompanhamento psicossocial da medida.

É o voto.

O Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO - Vogal

Senhor Presidente, duas observações não de ser feitas. A primeira é com referência à alegação da advogada, da tribuna, de que a Dr.^aLeila foi a juíza da sentença.

Temos em consideração que não há impedimento algum de que o juiz da sentença seja o juiz da execução, muito pelo contrário, o juiz da sentença é o juiz da execução. Só em circunscrições onde existem varas especializadas, como aqui entre nós, é que o juiz da sentença não é o juiz da execução, mas não há impedimento algum de que a própria juíza do conhecimento execute a sua sentença, como está fazendo.

Com referência a outro aspecto, agora deixo consignado que o Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos destacou, é que também concedo

parcialmente essa ordem, mas levando em consideração a situação específica de que se trata de uma criança que somente pode se alimentar de leite materno, porque, com a sentença, as pessoas perdem o direito de liberdade, e os direitos que se estão alegando, de forma adjacente, são direitos civis que poderiam perfeitamente ser discutidos na Vara da Infância, pois adoção é Direito Civil.

Com essas pequenas considerações, meu voto é acompanhando o eminente Relator.

O Senhor Desembargador CÉSAR LOYOLA - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

DECISÃO

REJEITAR A PRELIMINAR. CONCEDER A ORDEM PARCIALMENTE. UNÂNIME