

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 145.931 - MG (2021/0113321-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSEANE SANTOS DAMASCENA
ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA BARBOSA - MG157507
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 9 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GENITORA DE CRIANÇAS DE 6 E 2 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. CARACTERIZADA INEFICIÊNCIA ESTATAL EM DISPONIBILIZAR VAGA À RECORRENTE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓPRIO E ADEQUADO À SUA CONDIÇÃO PESSOAL, DOTADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO, BERÇÁRIOS E CRECHES. ARTS. 82, § 1º, E 83, § 2º, DA LEP. PRESÍDIO FEMININO MAIS PRÓXIMOS DISTANTE 230 KM DA RESIDÊNCIA. CONVIVÊNCIA E AMAMENTAÇÃO IMPOSSIBILITADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO STF N. 143.641/SP. PRECEDENTES DO STJ. LIMINAR DEFERIDA. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO, A FIM DE QUE A CORTE DE JUSTIÇA SEJA INSTADA A EXAMINAR O MÉRITO DO *WRIT* IMPETRADO NAQUELA INSTÂNCIA NO TOCANTE À TESE ALEGADA NA INICIAL DA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

1. A Suprema Corte, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, *concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas* (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018). Precedentes do STJ no mesmo sentido.

2. Ademais, o CPP (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.769/2018) passou a prever a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e o delito não tenha sido cometido o crime contra seu filho ou dependente, facultando, ainda, a aplicação de medidas cautelares (arts. 318-A e 318-B do CPP).

3. No entanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime

aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP). Porém, excepcionalmente, se admite a concessão do benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto – em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência –, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência.

4. Outrossim, *a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado* (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020).

5. Essa possibilidade, concessão de prisão domiciliar regulada no art. 117 da LEP, em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que excepcionalidade do caso concreto imponha, tem sido reconhecida por esta Corte Superior. Precedentes das Turmas da Terceira Seção.

6. Também a Suprema Corte *tem admitido, em situações absolutamente excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado* (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020).

7. *In casu*, verifica-se que a recorrente se enquadra nos termos definidos no HC Coletivo n. 143.641/SP, isto é, mulher em vias de ser presa, mãe de criança de 6 e 2 anos de idade (fl. 20), não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

8. Outrossim, também, caracterizada a ineficiência estatal em disponibilizar vaga à recorrente em estabelecimento prisional próprio e adequado à sua condição pessoal, dotados de assistência médica pré-natal e pós-parto, berçários e creches para seus filhos (arts. 82, § 1º, e 83, § 2º, da LEP), especialmente, porque *o presídio com capacidade para presas do sexo Feminino mais próximo da residência da Paciente fica localizado aproximadamente 230 km de distância, fato que impossibilitaria o contato da Paciente para amamentação e demais cuidados ao recém-nascido* (fl. 208).

9. Recurso em *habeas corpus* provido, confirmando-se a liminar, para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo *a quo*, a serem implementadas pelo Juízo da Execução penal competente, referente à condenação proferida na Ação Penal n. 0034937-03.2017.8.13.0487 da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, com acréscimo de fundamentos, dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) (declarar-se apto a votar), Laurita Vaz e João Otávio de Noronha no mesmo sentido, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, confirmando-se a liminar, para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo *a quo*, a serem implementadas pelo Juízo da Execução penal competente, referente à condenação nos Autos n. 0034937-03.2017.8.13.0487 da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 09 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 145931 - MG (2021/0113321-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSEANE SANTOS DAMASCENA
ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA BARBOSA - MG157507
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : MARCOS BARBOSA DA SILVA
CORRÉU : GESSICA GONÇALVES DA SILVA

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 9 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE GENITORA DE CRIANÇAS DE 6 E 2 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. CARACTERIZADA INEFICIÊNCIA ESTATAL EM DISPONIBILIZAR VAGA À RECORRENTE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓPRIO E ADEQUADO À SUA CONDIÇÃO PESSOAL, DOTADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO, BERÇÁRIOS E CRECHES. ARTS. 82, § 1º, E 83, § 2º, DA LEP. PRESÍDIO FEMININO MAIS PRÓXIMOS DISTANTE 230 KM DA RESIDÊNCIA. CONVIVÊNCIA E AMAMENTAÇÃO IMPOSSIBILITADA. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO STF N. 143.641/SP. PRECEDENTES DO STJ. LIMINAR DEFERIDA. PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO, A FIM DE QUE A CORTE DE JUSTIÇA SEJA INSTADA A EXAMINAR O MÉRITO DO *WRIT* IMPETRADO NAQUELA INSTÂNCIA NO TOCANTE À TESE ALEGADA NA INICIAL DA AÇÃO MANDAMENTAL. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

1. A Suprema Corte, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, concedeu a ordem *para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas* (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018). Precedentes do STJ no mesmo sentido.

2. Ademais, o CPP (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.769/2018) passou a prever a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher

gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e o delito não tenha sido cometido o crime contra seu filho ou dependente, facultando, ainda, a aplicação de medidas cautelares (arts. 318-A e 318-B do CPP).

3. No entanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP). Porém, excepcionalmente, se admite a concessão do benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado pelo juízo da execução penal, no caso concreto – em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência –, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e que a presença da mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência.

4. Outrossim, *a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado* (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 1º/12/2020).

5. Essa possibilidade, concessão de prisão domiciliar regulada no art. 117 da LEP, em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que excepcionalidade do caso concreto imponha, tem sido reconhecida por esta Corte Superior. Precedentes das Turmas da Terceira Seção.

6. Também a Suprema Corte *tem admitido, em situações absolutamente excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado* (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020).

7. *In casu*, verifica-se que a recorrente se enquadra nos termos definidos no HC Coletivo n. 143.641/SP, isto é, mulher em vias de ser presa, mãe de criança de 6 e 2 anos de idade (fl. 20), não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

8. Outrossim, também, caracterizada a ineficiência estatal em disponibilizar vaga à recorrente em estabelecimento prisional próprio e adequado à sua condição pessoal, dotados de assistência médica pré-natal e pós-parto,

berçários e creches para seus filhos (arts. 82, § 1º, e 83, § 2º, da LEP), especialmente, porque *o presídio com capacidade para presas do sexo Feminino mais próximo da residência da Paciente fica localizado aproximadamente 230 km de distância, fato que impossibilitaria o contato da Paciente para amamentação e demais cuidados ao recém-nascido* (fl. 208).

9. Recurso em *habeas corpus* provido, confirmando-se a liminar, para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo, a serem implementadas pelo Juízo da Execução penal competente, referente à condenação proferida na Ação Penal n. 0034937-03.2017.8.13.0487 da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por **Joseane Santos Damascena** contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – que não conheceu do *writ* ali impetrado (fls. 192/196 – *Habeas Corpus* Criminal n. 1.0000.21.009266-4/000), em razão de ameaça de coação da liberdade de locomoção decorrente do início da execução de sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível, Crime e Juizado da Infância e Juventude da comarca de Pedra Azul/MG, que condenou a recorrente a 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.349 dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (fls. 54/55) –, a seguir ementado:

*HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFINITIVA – MATÉRIA DE EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE ANÁLISE – PRISÃO DOMICILIAR – PEDIDO NÃO APRECIADO PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA – RISCO DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. É possível a veiculação de matéria afeta à execução em *habeas corpus*, já que nosso ordenamento jurídico autoriza o manejo da ação constitucional sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da CF e art. 647 do CPP), com exceção somente aos casos de punição disciplinar (art. 647 do CPP). Se a matéria posta em análise no *habeas corpus* não passar antes pelo crivo do juízo *primevo*, não há como dela conhecer, sob pena de supressão de instância.*

Sustenta a recorrente, em síntese, que *reside no Município de Divisa Alegre – MG, conforme demonstra o comprovante de residência, anexo. Entretanto, o presídio com capacidade para presas do sexo Feminino mais próximo da sua residência fica localizado na cidade de Almenara - MG, a aproximadamente 230 km de distância, fato que impossibilitaria o seu contato para amamentação e demais cuidados ao recém-nascido* (fl. 208).

Postula, então, o conhecimento e o provimento liminar do recurso para que possa cumprir a pena privativa de liberdade em regime domiciliar.

Em 19/4/2021, foi deferido o *pedido liminar para assegurar à recorrente o direito de aguardar em prisão domiciliar o julgamento de mérito do presente recurso* (fls. 217/220).

Prestadas informações pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG (fls. 226/228), o Ministério Público Federal opinou *pela concessão da ordem, em menor extensão, a fim de que a corte de justiça seja instada a examinar o mérito do writ impetrado naquela instância no tocante à tese alegada na inicial da ação mandamental* (fls. 233/236).

É o relatório.

VOTO

Busca o recurso a concessão de prisão domiciliar à recorrente – atualmente na iminência de iniciar o cumprimento de execução de pena privativa de liberdade de 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.349 dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico –, ao argumento de ser genitora de criança.

Inicialmente, quanto ao objeto recursal, registre-se a Suprema Corte, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, concedeu a ordem *para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar [...] de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, [...] excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas* (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018).

Ademais, o CPP (com as alterações promovidas pela Lei nº 13.769/2018) passou a prever a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e o delito não tenha sido cometido o

crime contra seu filho ou dependente, facultando, ainda, a aplicação de medidas cautelares (arts. 318-A e 318-B do CPP).

Entretanto, a execução de condenação definitiva em prisão domiciliar, em regra, somente é admitida ao reeducando do regime aberto, desde que seja maior de 70 anos, portador de doença grave, ou mulher gestante ou mãe de menor ou deficiente físico ou mental (art. 117 da LEP).

Porém, excepcionalmente, o juízo da execução penal poderá conceder o benefício às presas dos regimes fechado e semiaberto quando verificado, no caso concreto, que tal medida seja proporcional, adequada e necessária e a mãe seja imprescindível para os cuidados da criança ou pessoa com deficiência, em juízo de ponderação entre o direito à segurança pública e a aplicação dos princípios da proteção integral da criança e da pessoa com deficiência, salvo se a periculosidade e as condições pessoais da reeducanda indiquem que o benefício não atenda os melhores interesses da criança ou pessoa com deficiência.

Isso porque, o STF – além de reconhecer que sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, decorrente de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas (MC na ADPF n. 347, Tribunal Pleno, Ministro Marco Aurélio, DJe 19/2/2016) –, no julgamento do HC Coletivo n. 143.641/SP, apontou uma deficiência estrutural no sistema penitenciário, *que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças [...] estejam experimentando [...] situações degradantes na prisão, em especial privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como se as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches* (HC n. 143.641/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, DJe 9/10/2018, p. 30).

Então, *a jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que deve ser dada uma interpretação extensiva tanto ao julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus coletivo n. 143.641, que somente tratava de prisão preventiva de mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos, quanto ao art. 318-A do Código de Processo Penal, para autorizar também a concessão de prisão domiciliar às rés em execução provisória ou definitiva da pena, ainda que em regime fechado* (Rcl n. 40.676/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe

1º/12/2020 – grifo nosso).

Essa possibilidade, concessão de prisão domiciliar regulada no art. 117 da LEP, em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que excepcionalidade do caso concreto imponha, tem sido reconhecida por esta Corte Superior: AgRg no PExt no RHC n. 113.084/PE. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/6/20; RHC n. 110.641/RS, da minha relatoria, DJe 19/5/20; HC n. 366.517/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 27/10/16.

Da ementa extraída do AgRg no PExt no RHC 113.084, destaco o seguinte trecho:

"4. Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

5. Sobre o tema, o Colegiado da Suprema Corte, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele writ, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional. Foram ressalvadas, todavia, as hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; delitos praticados contra descendentes e as situações excepcionais devidamente fundamentadas.

6. **Como a ora agravada possui 2 (dois) filhos menores de 12 anos e os crimes a ela imputados (tráfico de drogas e associação para o tráfico) não envolveram violência ou grave ameaça, é legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, lhe conceder prisão domiciliar, com espeque nos arts. 318, V e 318-A, II, do Código de Processo Penal, ainda que em sede de execução definitiva da pena.**

7. **Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias, não se podendo descuidar que a prisão domiciliar é instituto previsto tanto no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, para substituir a prisão preventiva de mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; quanto no art. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais, que se refere à execução provisória ou definitivada pena, para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. Uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, e à luz do constitucionalismo fraterno, previsto no art. 3º, bem como no preâmbulo, da Constituição Federal, revela ser possível se inferir que as inovações trazidas pelo novo regramento podem ser aplicadas também à fase de execução da pena, conforme já afirmado pela Quinta Turma.**

8. Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do

constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo; c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. (...) ."

Também a Suprema Corte *tem admitido, em situações absolutamente excepcionais, a concessão de prisão domiciliar a regimes mais severos de execução penal, a exemplo das ordens implementadas nas hipóteses em que o condenado estiver acometido de doença grave, a demandar tratamento específico, incompatível com o cárcere ou impassível de ser oferecido pelo Estado* (AgR na AP n. 996, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 29/9/2020). Nesse mesmo sentido: HC n. 194.217, Ministra Cármen Lúcia, DJe 15/12/2020.

No caso dos autos, tem-se que a Corte estadual não conheceu do writ originário, aos seguintes fundamentos (fl. 195):

Isso porque a condenação da paciente é definitiva e não há prova de que o pedido de prisão domiciliar foi feito no juízo da Execução.

Dessa forma, somente após eventual indeferimento do pedido pelo magistrado é que se tornaria viável a manifestação desta Turma Julgadora acerca da matéria, pois, apenas aí, estar-se-á diante de um possível ato praticado pelo juiz a caracterizar, em tese, constrangimento ilegal consubstanciado no indeferimento dos pleitos.

Assim, verifica-se que a recorrente se enquadra nos termos definidos no HC Coletivo n. 143.641/SP, isto é, mulher em vias de ser presa, mãe de crianças de 6 e 2 anos de idade (fls. 20/21), não sendo caso de crimes praticados por ela mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes.

Outrossim, também, caracterizada a ineficiência estatal em disponibilizar vaga à recorrente em estabelecimento prisional próprio e adequado à sua condição pessoal, dotados de assistência médica pré-natal e pós-parto, berçários e creches para seus filhos (arts. 82, § 1º, e 83, § 2º, da LEP), especialmente, porque o presídio com capacidade para presas do sexo Feminino mais próximo da residência da Paciente fica localizado aproximadamente 230 km de distância, fato que impossibilitaria o contato da Paciente para amamentação e demais cuidados ao recém-nascido (fl. 208).

Conclui-se, então, que a impetração evidenciou inquestionável constrangimento ilegal no acórdão hostilizado.

Em razão disso, confirmando a medida liminar, **dou provimento** ao presente

recurso em *habeas corpus* para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo, a ser implementado pelo Juízo da Execução penal competente, referente à condenação proferida na Ação Penal n. 0034937-03.2017.8.13.0487da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2021/0113321-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 145.931 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0034937032017 00926648120218130000 04871734937 10000210092664001
2019 0173096 9 926648120218130000

EM MESA

JULGADO: 23/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSEANE SANTOS DAMASCENA
ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA BARBOSA - MG157507
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : MARCOS BARBOSA DA SILVA
CORRÉU : GESSICA GONÇALVES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, pediu vista o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e João Otávio de Noronha.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 145931 - MG (2021/0113321-3)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE : JOSEANE SANTOS DAMASCENA
ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA BARBOSA - MG157507
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : MARCOS BARBOSA DA SILVA
CORRÉU : GESSICA GONÇALVES DA SILVA

VOTO-VISTA

Os fatos estão bem delineados no relatório do Ministro Sebastião Reis Júnior. Após o voto dando provimento ao recurso em habeas corpus, pedi vista.

Cinge-se a controvérsia a definir se é possível, **durante a execução penal**, em hipótese de condenação **transitada em julgado** nos regimes **fechado e semiaberto**, conceder a **prisão domiciliar** à mulher somente porque é mãe de filhos até 12 anos.

Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), vê-se a seguinte orientação: Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos **fins sociais** a que ela se dirige e às **exigências do bem comum**.

O Poder Judiciário não se coaduna com o aforismo *in claris cessat interpretatio*. O art. 117 da LEP, só por ser aparentemente claro (o conceito é subjetivo), não é isento de interpretação.

A hermenêutica jurídica, permeada de sutilezas, é direcionada por diversos **princípios e regras** que regem o ordenamento jurídico, entre os quais, em destaque na seara da execução penal, o **princípio da humanidade, que impõe tratamento digno a todos os que se submetem ao poder estatal de executar sanções criminais impostas em processos penais**.

Sob diversa angulação, não se pode esquecer que o Estado deve prover também aos **direitos da coletividade** e, nesse mister, tem o poder-dever de aplicar a pena a quem causou lesão a bens juridicamente relevantes. A **segurança pública** também está positivada na Constituição Federal como **direito social de todos**. Os brasileiros e os estrangeiros que transitam em solo pátrio têm direito à segurança e **vinculam-se, por sua vez, às responsabilidades** que dela decorrem.

Assim, na interpretação do art. 117 da LEP, é preciso **equilíbrio na ponderação de interesses contrapostos**, igualmente importantes e em colisão, pois há uma necessidade lógica, em toda análise de valores divergentes, de pautar as decisões judiciais pelo **princípio da proporcionalidade**.

A prisão **domiciliar** às mulheres, **em caráter provisório**, foi inicialmente determinada no **Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP**, julgado em 20/02/2018, pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a Lei 13.769/2018, alterou a legislação processual penal para acrescentar ao Código de Processo Penal os arts. 318-A e 318-B. Estabeleceu-se como regra geral, o direito ao recolhimento **cautelar** em domicílio, em **substituição à prisão preventiva, salvo em situações excepcionais**, a todas as mulheres que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos sob sua responsabilidade.

Durante o julgamento do *writ*, afirmou-se a necessidade de especial **atenção à saúde reprodutiva das mulheres e às crianças**. Pontuou-se que tais presas estavam sob situação degradante, pois não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto ou de berçários e creches para seus filhos. **O benefício foi estendido às mães de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação.**

Durante o processo de conhecimento, imperam os **princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e a regra da excepcionalidade e da provisoriedade da prisão preventiva**. Nesse momento inicial da persecução penal, sopesadas as implicações da maternidade, papel social

que, ainda hoje é atribuído às mulheres, parece totalmente adequado fazer preponderar a balança dos interesses em favor da **proteção integral à primeira infância**.

Com efeito, recém-nascidos, gestantes, lactantes e mães de crianças seriam submetidas às agruras do cárcere ou ao rompimento traumático e abrupto do vínculo materno, em fase da persecução penal na qual ainda há **mera suspeita da prática de um crime** e não se sabe se o Estado irá demonstrar a culpabilidade da acusada. Por isso, é razoável o raciocínio de que a cuidadora primária de sua prole aguarde o deslinde da ação em prisão domiciliar (ou submetida a cautelares do art. 319 do CPP), se caracterizado o *periculum libertatis*.

Esta Corte admitiu o benefício durante a execução **provisória da pena** (admitida pela Súmula n. 716 do STF), quando a segregação **ainda tem a natureza de prisão cautelar** e, portanto, persiste o direito fundamental à presunção de inocência, conforme previsão do artigo 5º, LVII da Constituição e do artigo 8º, § 2º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 20/10/2020, no **HC n. 165.704/DF**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, pelas mesmas justificativas utilizadas na concessão do HC n. 143.641/SP, deferiu ordem coletiva para determinar igual tratamento aos **pais (homens)**. O julgado restou assim resumido:

Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem.

7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. **Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência.**
8. Concessão do habeas corpus coletivo.

Assim posta a questão, releva mencionar que, de acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, durante o período de **janeiro a junho de 2021** (dados disponíveis em <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>, consulta em 10/1/2022), estimou-se em **673.614** o número de presos (homens e mulheres) em unidades prisionais no Brasil, em celas físicas, excluídos do cálculo apenas aqueles em prisão domiciliar, sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícia e Bombeiros Militares. Nesse contexto, a **população de detentas alcançava, segundo as informações oficiais, o número de 30.199** e não se identificou superpopulação no regime fechado feminino. Nos regime semiaberto e aberto, houve déficit de 188 e 152 vagas, respectivamente. Registrou-se, ainda, **73.105 mil pessoas em prisão domiciliar no Brasil (sendo 19.891 em prisão provisória).**

De acordo com os dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional, referentes ao aprisionamento feminino no período específico entre **janeiro e junho de 2021**, em todo o território brasileiro, identificou-se o número de **86 detentas lactantes e 189 gestantes ou parturientes**, além do total de **1.043 filhos que estavam em estabelecimentos penais** (65,1% das crianças com mais de 3 anos). Nesses dados, novamente, excluem-se as presas sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares.

Atualmente, indica-se a existência de filhos menores de 12 anos para requerer a prisão domiciliar na **fase do cumprimento da pena nos regime fechado e semiaberto**. Inicialmente, estamos discutindo a situação da mulher. O

passo seguinte, inegavelmente, será abranger os homens que estiverem na situação de únicos responsáveis por essas crianças. Por isso, é preciso muito cuidado para analisar a questão, principalmente quando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua 2018 pontuou que existia no Brasil, naquele ano, cerca de **35,5 milhões de pessoas de até 12 anos de idade**, o que correspondia a 17,1% da população registrada no mesmo ano, de cerca de 207 milhões de pessoas (disponível em <<https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ie-ibge-educ/jovens/materias-especiais/20786-perfil-das-criancas-brasileiras.html>>; consulta em 10/1/2020).

Voltando à análise sobre a diferença entre uma prisão domiciliar implantada durante o processo e a que se postula na fase da execução penal, releva destacar que, apesar de existir norma constitucional **programática de proteção integral** (art. 227 da CF) à infância, a qual estabelece **metas a serem alcançadas** em relação aos direitos fundamentais das crianças, há de se **também considerar**, quando se trata de mãe (ou até pai) já com condenação criminal definitiva, **o dever do Estado e o direito de todos em ver preservada a segurança pública**.

De fato, na fase da execução da pena, não se analisa mais a necessidade e a suficiência de cautelares que interessam aos meios e aos fins do processo. Não existe situação de rompimento **provisório** de vínculos, em relação a sujeitos não declarados culpados. A ré é submetida a sanções **necessárias, proporcionais e suficientes** à reprovação e prevenção da conduta por ela praticada e se cumpre pena em forma de privação da liberdade provavelmente é porque a conduta a que respondeu criminalmente foi muito grave.

Se a mulher ofendeu bem jurídico tutelado pela norma penal, há interesse da vítima, do Estado e da coletividade na sua punição. A privação da liberdade, nesse contexto, não constitui desrespeito à honra nem atenta contra a dignidade da pessoa humana, desde que, por óbvio, a execução penal se dê em ambiente de preservação dos direitos não atingidos pela condenação e com respeito à dignidade da pessoa encarcerada. É castigo antigo, criticável e, na maioria das vezes, falho, mas que deriva da existência do Estado e, inclusive,

limita seu arbítrio.

Toda pessoa tem direito à liberdade, mas pode ser submetida a encarceramento por causas e nas condições previamente fixadas em leis (princípio da legalidade). Já dizia Locke, “a liberdade dos homens sob um governo consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido: liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto escapa à prescrição da regra e de não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem” (LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 402-403, destaquei).

O crime é fenômeno social. Desde os primórdios, pune-se o descumprimento de regras de um grupo, com a expulsão, castigos físicos, morte, privação da liberdade etc. Apesar de a teoria filosófica do abolicionismo pregar, em linhas gerais, o fim do sistema penal, por considerá-lo inútil e vinculado à opressão de classes sociais desfavorecidas, não existe, atualmente, outra alternativa - salvo iniciativas esparsas, consensuais ou extrainstitucionais, como a Justiça Restaurativa - para evitar a delinquência e permitir a vida em sociedade sem a interferência coercitiva do Estado.

A prisão não executa totalmente suas funções utópicas nem nos países de primeiro mundo. No Brasil, a julgar pela população carcerária, é predominantemente restrita aos despossuídos, o que, todavia, não retira a legitimidade estatal de punir autores das mais graves condutas contrárias ao Direito.

Com a devida vênia dos que pensam o contrário - mas reconhecendo a sensibilidade da questão -, ser mãe de filhos menores 12 anos não pode eximir, de **forma automática e impositiva**, parcela significativa da população de cumprir a sanção criminal **nos moldes legais (em estabelecimentos próprios)**.

Consoante mapeamento do Ministério da Justiça e Segurança Pública, realizado em período diverso daquele citado no início desse voto, com o fim

específico de coletar dados de mulheres presas para enfrentamento do novo coronavírus, datado de **29/4/2020**, nas 27 unidades federativas, apurou-se o total de **3.136 presas mães de crianças com até 12 anos** (disponível em http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf). Foram mapeadas todas as detentas e, na **INFORMAÇÃO** nº 63/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN, não há diferenciação entre condenadas e presas provisórias.

O Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes do Conselho Nacional de Justiça também faz o monitoramento no sistema prisional e, em **janeiro deste ano de 2022**, acusava o total de **131 grávidas e 103 lactantes em todo o Brasil**. (disponível em https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f63a2001-ec5f-4d71-b81c-49e46f95e6f3&sheet=6fff7a89-4517-47d8-91b2-9f905c57b58f&lang=pt-BR&opt=cursel&select=NUM_ANO_MES_REF,43983; consulta em 23/2/2022).

A partir desses números, que oscilam bastante, **haja vista a dinâmica de entrada e saída do cárcere**, num país que tem centenas de milhares de presos definitivos (mais de 670 mil), não parece existir uma política criminal de arbitrário desrespeito à maternidade.

São plenamente compreensíveis os discursos emotivos, as considerações éticas e o processo lógico-dedutivo, a fim de, **a partir de um ideal** de proteção integral da criança, justificar a prisão domiciliar. É até mesmo difícil e, por vezes, constrangedor, argumentar de forma contrária ao desencarceramento das mães, pois, de fato, o papel outorgado às mulheres em nossa sociedade é o de, mesmo quando assim não desejam, serem as primeiras e principais guardiãs da prole, a qual merece total proteção.

Todavia, a partir da mesma meta assentada no art. 227 da CF, quando analisamos a situação real, a partir das experiências sensíveis do cotidiano, e invertemos a lógica da dedução **para a indução**, encontramos problemas com o

discurso justificante.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, os seus direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse é um **horizonte a ser buscado, meta que existe no mundo do dever-ser.**

Todavia, a presença da condenada em confinamento domiciliar não assegura, por si só e sempre, os melhores interesses da prole. Basta ver o estado de abandono moral e material a que muitas crianças são submetidas neste país, por diversos motivos, alguns compreensíveis, outros não, entre os quais a deliberada falta de amor e de cuidado de seus pais. Em situações não raras, o papel materno é melhor desempenhado por uma avó, uma tia, uma irmã mais velha ou algum outro parente, mais capacitado e mais amoroso no trato daqueles pequenos desassistidos.

Se o sistema de proteção integral for o único fundamento para justificar a prisão em domicílio durante os regimes fechado e semiaberto, não seria possível, por exemplo, submeter ao cárcere as responsáveis pelos mais graves crimes previstos no Código Penal, de latrocínio, homicídio etc., mesmo diante de reiteração delitiva. Haveria uma espécie de salvo-conduto para os pais, pois sempre que alguém fosse responsável por uma criança, não poderia ser submetido ao encarceramento em unidades do Estado, porque teria comprometida a **convivência familiar.**

A realidade nos mostra que é preciso temperamentos para abordar essa delicada questão, mormente porque **estabelecer o melhor interesse da criança é tarefa de difícil concretização.** Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, de complexidade singular, que permite um grande alargamento dos poderes avaliativos do julgador.

Deve-se também anotar que o cumprimento da pena em domicílio **não** equivale àquele que é resgatado em estabelecimentos prisionais adequados ao

regime da execução. A condenada pode receber visitas, correspondência, se comunicar livremente e, inclusive, **quando não assimila a função pedagógica e transformadora da pena, praticar crimes na sua residência**, na presença da prole. Em muitos casos, a monitoração eletrônica não impede, tal qual o encarceramento, a reiteração delitiva.

A prisão domiciliar, por sua vez, não garante o sustento familiar nem o pleno desenvolvimento e a formação dos filhos, pois a mulher, restrita aos limites de sua residência, encontrará obstáculo para trabalhar durante o regime fechado, levar os filhos a atividades escolares e recreativas ou a eventos sociais. Ainda, temos a situação de condenadas que em momento algum de suas vidas se adequaram aos padrões de convivência social e outras que nunca foram, desde o nascimento, as principais cuidadoras de sua prole. Nunca foram *mãe*, no sentido mais puro e humano da palavra.

Sem me alongar mais sobre essa sensível problemática, penso, então, que **a prisão domiciliar durante a execução definitiva é excepcional, assim como a aplicação do art. 117 da LEP aos apenados dos regimes fechado e semiaberto**. A privação de liberdade, em regra, tem de ser cumprida em estabelecimento adequado, consoante a previsão do Código Penal. É um remédio amargo que, não se pode negar, pode trazer consequências para a convivência familiar.

Somente quando, em contato com a realidade concreta, o Juiz das Execuções verificar que a mulher é **imprescindível** ao esperado desenvolvimento educacional, ético e de saúde da criança e **não ostentar perfil de acentuada periculosidade** - por exemplo, não ter cometido crime com resultado morte, com violência ou grave ameaça contra pessoa, ser primária e não integrar organização criminosa - se terá como possível e desejável priorizar o melhor interesse da prole e deferir a medida humanitária.

O mesmo raciocínio se aplica ao homem, em idêntica situação, conforme autorizado no julgamento do **HC n. 711.346/BA**, oportunidade na qual, em decisão por mim proferida, reconheci ao condenado do regime fechado, imprescindível e o

único responsável pelos filhos menores, a prorrogação da prisão domiciliar humanitária.

A análise da situação concreta e de suas peculiaridades deve ser pontual. ***Permissa venia, não se pode adotar, para interpretação extensiva e lógico-sistemática do art. 117 da LEP, o mesmo raciocínio que lastreou a concessão do HC n. 143.641/SP.***

O Juiz das Execuções, no conflito entre a necessária proteção integral às crianças e o não menos importante direito à segurança pública de todos, deverá observar o princípio da **proporcionalidade**, subdividido pela doutrina alemã em **adequação** (verificação se a medida empregada representa o meio certo para produzir o resultado visado), **necessidade** (inexistência de meio menos gravoso para a consecução do fim almejado) e **proporcionalidade em sentido estrito**. Quando a esse último subprincípio, a lição do Ministro Luís Roberto Barroso nos ensina que a "razoabilidade deve embutir [...] a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na **ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima**" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260).

O recolhimento em casa assegura a convivência familiar e, em regra, é adequado aos melhores interesses das crianças, em especial as de tenra idade, que estão na primeiríssima infância (até os três anos de idade), isso em contexto no qual a mãe é a cuidadora primária e ostenta condições de prestar a devida assistência à prole.

Presume-se que a mãe é a pessoa mais indicada para cuidar dos filhos porque a maternidade, há tempos, ocasionou, historicamente, a interferência do Estado e da sociedade no corpo da mulher e na sua vida, mercê de uma cultura patriarcal que marcou e marca a existência humana. A experiência de reprodução, mediada por relações de poder, nem sempre é voluntária e amparada.

É possível identificar, na atualidade, mudança nesse contexto social, mas

ainda é sobre a mulher, muitas vezes sem suporte algum, que recaem as maiores responsabilidades com a prole, o que limita suas potencialidades. Somam-se a isto os aspectos deficitários do encarceramento, que dificultam o exercício da maternidade e o cuidado com os filhos em ambientes adaptados para tanto. **A realidade, tanto dos direitos reprodutivos quanto do encarceramento, é desigual para homens e mulheres.**

Nesse contexto, e agora analisando o subprincípio da necessidade, tem-se que o **art. 112, § 3º, da LEP**, incluído pela **Lei nº 13.769/2018**, buscou dar efetividade aos direitos da maternidade e da infância, garantidos pela Constituição Federal. A norma em apreço prevê, **independente da prática de crime comum ou hediondo, requisitos mais brandos para a progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.** Confira-se:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - **ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;**

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

A mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência tem direito à **progressão especial**, após ter cumprido **1/8 da pena**. Para obter, em acréscimo, o *plus* da prisão domiciliar, penso que seria **preciso demonstrar circunstância excepcional, que demande indiscutível intervenção humanitária.** A concessão do benefício vai, então, depender do tirocínio do aplicador do direito.

O art. 117 da LEP contempla essa modalidade de segregação aos que se encontram em regime **aberto**, mas "a melhor exegese, extraída da evolução e do aperfeiçoamento das instituições na proteção aos direitos e às garantias fundamentais, permite inferir a viabilidade da medida em qualquer momento do cumprimento da pena, desde que a **realidade concreta** assim o recomende" (HC 612.311/PR, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6º T., DJe 19/10/2020).

Além disso, nos termos da **Súmula Vinculante n. 56**, será de rigor a concessão do benefício quando não houver estabelecimento prisional **próprio**, com estrutura apropriada à maternidade.

Assim, a proposta no julgamento deste habeas corpus é a de que a prisão domiciliar durante a execução seja adotada de maneira excepcional, quando o julgador verificar a necessidade da intervenção humanitária, em situação na qual a mãe é imprescindível aos cuidados dos filhos de até 12 anos e não seja irrazoável, em juízo de proporcionalidade, o sacrifício do direito à segurança pública.

Logo, há de se ter como incabível a automática concessão do benefício, nos mesmos moldes do HC n. 143.641/SP, sem percuente análise de periculosidade (natureza e circunstâncias do crime, primariedade etc.) da sentenciada e de suas condições pessoais, para atender os melhores interesses da prole.

No caso concreto, atento às peculiaridades dos autos, conluo ser acertada a ratificação da liminar.

É certo que a recorrente foi condenada por tráfico de drogas e associação para tal fim, a **9 anos de reclusão**, mais multa, no regime inicial **fechado**. Apurou-se que ela "possuía **posição de proeminência na associação criminosa**, sendo uma peça fundamental, porque, além de intermediar a venda de drogas, efetuava pessoalmente a entrega do entorpecente aos usuários" e substituía o comandante do bando, na ausência deste (fl. 67).

A postulante "realizava a venda de droga pessoalmente e **por telefone**"; "vendeu, forneceu e entregou a consumo drogas, para fins de mercancia", nos meses de abril de 2016 a outubro de 2017 (fl. 88).

O título penal transitou em julgado.

A insurgente, por outro ângulo, é **primária** e mãe de crianças nascidas em 24/12/2015 e 14/2/2020. De acordo com a defesa, **a presença materna é indispensável aos cuidados das crianças**, pois a paciente é a cuidadora primária da prole e amamenta o filho menor.

Ainda, há indicação de **falta de estabelecimento adequado para cumprimento da pena próximo às crianças, a fim de viabilizar visitas e a convivência com a mãe**. A condenada reside no Município de Divisa Alegre – MG e o presídio com capacidade para presas do sexo feminino mais próximo fica localizado a 230 km de distância.

Nesse contexto, é de rigor a concessão da ordem, considerados:

- a) o **perfil da paciente, que é primária e não praticou crimes com violência ou grave ameaça contra pessoas;**
- b) **a tenra idade das crianças, que estão na primeira infância;**
- c) **a ineficiência do Estado em disponibilizar vaga para cumprimento da pena em local próximo aos seus filhos.**

Não há prejuízo de que o Juiz da VEC diligencie para averiguar as condições da mulher e das crianças e, ainda, a situação de falta de vagas na Comarca para adequado cumprimento da pena.

À vista do exposto, **com base em fundamentos não inteiramente coincidentes**, nos termos acima delineados, **acompanho o em. relator, para conceder o habeas corpus.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2021/0113321-3

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 145.931 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0034937032017 00926648120218130000 04871734937 10000210092664001
2019 0173096 9 926648120218130000

EM MESA

JULGADO: 09/03/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSEANE SANTOS DAMASCENA
ADVOGADO : GUILHERME MOREIRA BARBOSA - MG157507
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CORRÉU : MARCOS BARBOSA DA SILVA
CORRÉU : GESSICA GONÇALVES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, com acréscimo de fundamentos, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR) (declarou-se apto a votar), Laurita Vaz e João Otávio de Noronha no mesmo sentido, a Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, confirmando-se a liminar, para permitir que a recorrente possa cumprir pena em regime domiciliar, com monitoração eletrônica, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo, a serem implementadas pelo Juízo da Execução penal competente, referente à condenação nos Autos n. 0034937-03.2017.8.13.0487 da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da comarca de Pedra Azul/MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), Laurita Vaz e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.