

HABEAS CORPUS Nº 530.999 - SP (2019/0262170-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ROBSON CAVALIERI**
ADVOGADO : **ROBSON CAVALIERI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) -**
SP146941
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JOYCE ELIANE DOS SANTOS**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOYCE ELIANE DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000283-55.2018.8.26.0337.

Consta dos autos que a paciente foi condenada pelo Juízo de Primeiro grau, às penas de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 194 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, II, ambos da Lei n. 11.343/2006 (fls. 212/215).

A defesa apelou e a Corte estadual negou provimento ao recurso (fls. 232/246), por acórdão assim ementado:

Tráfico de Entorpecentes art. 33 Lei 11.343/06. Substituição por penas restritivas de direito. Inviável - não foram satisfeitos os requisitos do benefício. Regime inicial fechado. Único regime que se mostra compatível com a reprovabilidade do crime - Regime mantido. Concessão da prisão domiciliar, considerando a condição da ré de ter filhos menores de 12 anos de idade Impossibilidade - Liberação da ré oferece risco aos menores. Recurso improvido.

Na presente oportunidade, o impetrante aponta constrangimento ilegal pela manutenção do regime inicial fechado, em desacordo com o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, bem como pela impossibilidade de aplicação do regime inicial fechado aos delitos de tráfico privilegiado, seguindo os termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Aponta, ademais, constrangimento ilegal na execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, devendo ser aplicado à paciente o regime inicial aberto, com substituição da prisão preventiva pela domiciliar, porquanto é mãe de crianças menores de 12 anos (fl. 99/103).

Requer, liminarmente, a expedição de salvo conduto ou de alvará de soltura, com a concessão da prisão domiciliar e, no mérito, a aplicação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 469/484), apenas para conceder à paciente a prisão domiciliar.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 495/499, opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. INCOMPATIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE POSSIBILITAM A ADEQUAÇÃO AO REGIME INTERMEDIÁRIO. PRIMARIEDADE DA RÉ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006 APLICADA EM SEU PATAMAR MÁXIMO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. Parecer pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexistiu a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

Ademais, consoante o enunciado da Súmula n. 440/STJ, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*

Nesse mesmo sentido, seguem as Súmulas n. 718 e 719/STF, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, embora a pena da paciente tenha sido fixada em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado com base na seguinte motivação (e-STJ fl. 215):

[...] A pena privativa de liberdade será cumprida em regime inicialmente fechado, consoante art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, na redação dada pela Lei n.º 11.464/2007. Trata-se de crime de extrema gravidade, que coloca em constante desassossego as pessoas de bem dessa cidade, destrói famílias inteiras, corrompe a juventude, atraindo crianças e adolescentes para o tráfico e consequente uso de entorpecentes. Assim, entendo que não há outra reprimenda adequada que não o regime fechado . [...]

E assim justificou a Corte local a sua manutenção (e-STJ fls. 239/242):

[...]

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado.

O próprio artigo 33 em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o quantum de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Eis que, no caso em tela a apelante não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, pois demonstra elevada periculosidade, sendo detida em poder de vultosa

quantidade e diversidade de drogas, parte cuja nocividade é extrema, as quais seriam introduzidas em estabelecimento prisional, indicando maior afetação ao bem juridicamente tutelado, e um maior risco à saúde pública, colocando em risco a saúde dos detentos sob a guarda do Estado. Sendo certo que a triste realidade atual é que milhões de brasileiros se encontram em situação de dificuldade financeira, não podendo a ré apresentar esta justificativa, para optar pela vida de crime, pois não há como desconsiderar que muitas pessoas enfrentam diariamente os mesmos problemas ora suscitados, mas buscam outros meios para prover a sua subsistência e a de sua família, sem necessariamente recorrer a condutas ilícitas.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.

Nesse sentido:

[...]

Sendo que tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos, o que faz com que a conduta da ré mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

[...]

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir

a prática de novas ações delituosas.

[...]

Assim, extrai-se que, não obstante tenha sido citada a hediondez do delito, o estabelecimento do regime prisional mais gravoso possui lastro em fundamentação concreta, qual seja, nas circunstâncias do delito e na quantidade da droga.

Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias comporta, revela-se desproporcional.

Afinal, a paciente é primária, sendo que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – 116g de cocaína e 173g de maconha – somente justificam a fixação do regime intermediário, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Quanto ao mais, conforme se verifica às fls. 206/207, o juízo singular, ao receber a denúncia, nos termos da manifestação do representante do *Parquet*, substituiu a prisão preventiva anteriormente decretada em desfavor da paciente pela prisão domiciliar, porquanto comprovada a maternidade de crianças menores de 12 anos, a ausência de crime praticado mediante grave ameaça ou violência, ou contra descendentes.

Acerca do tema, 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.

Com efeito, há precedentes desta Corte autorizando a concessão de prisão domiciliar mesmo em execução provisória da pena, não se podendo descurar, ademais, 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 definitiva da pena, para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

A propósito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DOMICILIAR. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IRRELEVÂNCIA. 2. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. CRIME NÃO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CRIME NÃO COMETIDO CONTRA DESCENDENTE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE IMPEÇA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. CRIME DE TRÁFICO DE 0,9G DE CRACK. 3. INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DE MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. PREÂMBULO E ART. 3º DA CF. 4. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO EM HABEAS CORPUS.

1. O título que embasa a custódia cautelar da recorrente ainda é a sentença condenatória, cuja fundamentação foi mantida pelo Tribunal de origem, no julgamento do habeas corpus impugnado no presente recurso. Assim, não houve substituição do título nem da fundamentação, motivo pelo qual ainda persiste o interesse da defesa na análise da possibilidade de conversão da prisão preventiva em domiciliar. Ainda que assim não fosse, há precedentes desta Corte autorizando a concessão de prisão domiciliar mesmo em execução provisória da pena, não se podendo descurar, ademais, 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 definitiva da pena, para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

2. O precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP, se aplica integralmente à presente hipótese, haja vista a recorrente possuir uma filha de 2 anos de idade e o crime a ela imputado, tráfico de drogas, não envolver violência ou grave ameaça, nem ter sido praticado contra descendente. Relevante assentar,

por fim, que não se verifica excepcionalidade apta a afastar o benefício. As peculiaridades apresentadas no presente processo não revelam, em verdade, nenhuma nota de excepcionalidade que autorize a manutenção da prisão preventiva, em detrimento do benefício da prisão domiciliar.

3. A fim de proteger a integridade física e emocional da filha menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente, ainda que se tratasse de execução provisória da pena, pela prisão domiciliar, com fundamento nos arts. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais e no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, com alicerce, ainda, no Preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal. Resgate do princípio constitucional da fraternidade.

4. Agravo regimental a que se dá provimento, para conhecer do recurso em habeas corpus, dando-lhe provimento para conceder prisão domiciliar a ANA BEATRIZ RODRIGUES CAMPOS, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo, inclusive monitoramento eletrônico (AgRg no RHC 98.878/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. MÃE LACTANTE, COM FILHO DE 12 MESES. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRIMARIEDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A questão jurídica limita-se a verificar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar na execução provisória da pena, tendo em vista o exaurimento jurisdição das instâncias ordinárias. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de

Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

3. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo).

4. Fazendo-se uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, e à luz do constitucionalismo fraternal (CF/88, preâmbulo e art. 3º), infere-se que as inovações trazidas pelo novo regramento podem ser aplicadas à fase de execução da pena.

5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

6. Na hipótese dos autos, a paciente é lactante, mãe de um filho menor de 12 (doze) anos (com 12 meses), primária, e o crime imputado não envolveu violência ou grave ameaça (tráfico de drogas, envolvendo a apreensão de 5,1 gramas de cocaína). Reputa-se legítimo, em respeito, inclusive, ao que decidiu o

Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus coletivo n. 143.641/SP, substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do filho menor. Precedentes do STF e do STJ. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para substituir a segregação da paciente pela prisão domiciliar, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo (HC 459.270/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PECULATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PRISÃO DOMICILIAR. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

I - Está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento de segunda instância, uma vez que o col. Pretório Excelso, por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246, submetido à sistemática da repercussão geral, reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/2016).

II - "A melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC n. 366.517/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 27/10/2016).

III - In casu, o exame do cabimento do benefício compete ao juízo das execuções, já que não se trata de efeito automático em razão da alegada patologia, não podendo, portanto, ser deferido diretamente por este Tribunal. Precedente: HC 394.532/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/06/2017. Agravo regimental não provido

(AgRg no REsp 1371009/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018).

O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos do agente, com destaque para as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016, decorre, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade.

Nesse contexto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 20/2/2018, concedeu *habeas corpus* coletivo (HC n. 143.641/SP), para determinar a *substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP)* (Notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, acesso no dia 22/3/2018, às 17h21min, disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>).

Por oportuno, transcrevo a ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS

ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à

maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alynne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional,

observadas as restrições acima. (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018)

Ao conceder o *habeas corpus*, a Suprema Corte lembrou que o disposto no art. 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) visa adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. Assim, o Código de Processo Penal foi alterado pelo Estatuto da Primeira Infância, nos termos da Lei n. 13.257/2016.

Ressalte-se que o deferimento da prisão domiciliar não significa libertar a ré, que continua com o seu direito de ir e vir limitado, como se infere da regra inserta no art. 317 do Código de Processo Penal: *a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.*

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.

Na hipótese dos autos, como já ressaltado, a paciente comprovou ter filhos menores de 12 anos (fls. 206/207), tanto que já lhe fora concedida, pelo juízo singular, a prisão domiciliar. Ademais, é **primária, conforme consta da sentença condenatória e do acórdão impugnado** (fls. 212/215 e 232/246), apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi aplicada no mínimo legal e não se dedica a atividades criminosas, porquanto o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi aplicado na fração máxima.

Nesse contexto, o precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP, se aplica integralmente à presente hipótese, uma vez que o crime a ela imputado, tráfico de drogas, não envolve violência ou grave ameaça, nem foi praticado contra descendente.

Assim, a hipótese dos autos não se encaixa nas situações já consideradas excepcionais por esta Corte, uma vez que as peculiaridades do processo não revelam nenhuma nota de excepcionalidade capaz de autorizar a manutenção da execução provisória da pena em regime fechado, em detrimento do benefício da prisão domiciliar.

Prevalecem, pois, neste momento, as razões humanitárias.

A propósito:

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. MULHER GRÁVIDA E MÃE DE UMA CRIANÇA DE POUCO MAIS DE 2 ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF) HABEAS CORPUS NÃO

CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente. 2. No particular, a decisão que decretou a prisão preventiva da paciente faz referência às circunstâncias do caso concreto, sobretudo à razoável quantidade de droga apreendida, não podendo ser considerada nula por fundamentação inidônea. 3. A questão jurídica limita-se então a verificar a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesse contexto, o inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 4. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art.3º). 5. O artigo 318 do Código de Processo Penal (que permite a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos) foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. "Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeite o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar" (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro Celso de Melo). 6. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02.2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de

crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. 7. Na hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a viabilidade do pedido de aplicação da prisão domiciliar, a paciente comprova estar grávida e ser mãe de uma menina de pouco mais de 2 anos de idade, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional do infante. Precedentes do STF e do STJ. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares, a critério do Juízo a quo (HC 426.489/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRISÃO DOMICILIAR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal

*medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente a quantidade, diversidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (quatro tijolos e um saquinho plástico - "bucha" (verbis) - contendo **maconha, com peso líquido de 2.659.2g, e 27 invólucros plásticos contendo cocaína, na forma de crack, pesando 3,7g**), a indicar um maior desvalor da conduta em tese perpetrada e tornando necessária a imposição da medida extrema (precedentes). IV - Quanto a alegação de que "se vier a ser condenado pelo delito em testilha afirmação que se faz tão-somente para argumentar e muito provável que lhe seja fixado o regime diverso do fechado para o cumprimento da reprimenda eventualmente infligida", deve-se ressaltar, que não se presta a via do habeas corpus para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados. V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. VI - Na hipótese, depreende-se que as condutas em tese perpetradas não foram cometidas mediante grave ameaça ou violência, tampouco contra seus descendentes, sendo que a paciente possui filhos menor de 12 anos de idade, preenchendo portanto os requisitos elencados no habeas corpus coletivo, n. 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. VII - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para substituir a prisão preventiva da paciente GISELE DE JESUS RIBEIRO, por prisão*

domiciliar, salvo se por outro motivo estiver presa, e sem prejuízo da análise da necessidade de imposição de outras medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, bem como das demais diretrizes contidas no referido HC 143.641/SP, devendo, ainda, o d. juízo de primeiro grau orientar a paciente quanto às condições da prisão domiciliar, de forma a evitar seu descumprimento ou a reiteração criminosa, haja vista que tais circunstâncias poderão ocasionar a revogação do benefício (HC 403.030/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional. 2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. 3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal. 4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas (HC 362.922/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DOMICILIAR. RÉ MÃE DE UMA CRIANÇA DE 1 ANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 3. No caso dos autos, com a recorrente foram apreendidas 47 porções de cocaína, com peso total de 37,7 gramas, e 79 porções de maconha, com peso total de 144,9 gramas, o que justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. 4. Com o advento da Lei n. 13.257/2016, o artigo 318 do CPP passou a permitir ao juiz a substituição da prisão cautelar pela domiciliar quando o agente for "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos". 5. Em 20/02/2018, nos autos do HC 143.641/SP (Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de publicação), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo 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: a) crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, b) crimes praticados contra seus descendentes ou c) situações excepcionálíssimas, devidamente fundamentadas. 6. Na espécie, é adequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, dada a necessidade de observância à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, isso porque a paciente foi denunciada por delito praticado sem violência ou grave ameaça e é mãe de uma bebê de 1 ano. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para substituir a segregação cautelar da

paciente por prisão domiciliar (HC 416.132/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

Oportuno destacar que *essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (...) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como 'fraterna'* (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

Observe-se que há precedentes desta Corte autorizando a concessão de prisão domiciliar mesmo em execução provisória da pena, não se podendo descurar, ademais, 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 definitiva da pena, para condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental.

Dessa forma, a fim de proteger a integridade física e emocional dos filhos menores, mister autorizar a substituição da prisão da recorrente, ainda que se trate de execução provisória da pena, pela prisão domiciliar, com fundamento nos arts. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais e no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, com alicerce, ainda, no Preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal.

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício para fixar o regime inicial semiaberto à paciente, bem como para, confirmando a liminar

Superior Tribunal de Justiça

anteriormente deferida, a prisão domiciliar.

Intime-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator