

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 731.648 - SC (2022/0085529-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AGRAVANTE : LUCIANA FORTES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. MÃE COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS INCOMPLETOS. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO COMETIMENTO CONTRA OS PRÓPRIOS FILHOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS MATERNOS PRESUMIDA. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. REGIME SEMIABERTO. HC COLETIVO N. 143.641/SP DO STF. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por razões humanitárias e para proteção integral da criança, é cabível a concessão de prisão domiciliar a genitoras de menores de até 12 anos incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, desde que (a) não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, (b) não tenha sido praticado contra os próprios filhos e (c) não esteja presente situação excepcional a contraindicar a medida.

2. Conforme art. 318, V, do CPP, a concessão de prisão domiciliar às genitoras de menores de até 12 anos incompletos não está condicionada à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos, que é legalmente presumida.

3. É possível a extensão do benefício de prisão-albergue domiciliar às sentenciadas gestantes e mães de menores de até 12 anos, ainda que em regime semiaberto ou fechado, nos termos dos arts. 318, V, do CPP e 117, III, da LEP, desde que presentes os requisitos legais.

4. Agravo regimental provido para conceder a ordem de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas. Votou vencido o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 07 de junho de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0085529-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
HC 731.648 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00049031320188240064 00064809020188240075 00114879620188240064
114879620188240064 49031320188240064 50075756220228240000
64809020188240075

EM MESA

JULGADO: 07/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUCIANA FORTES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal e de Medidas Alternativas - Pena Privativa de Liberdade

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUCIANA FORTES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão."

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas.

Votou vencido o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 731648 - SC (2022/0085529-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : LUCIANA FORTES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. FILHOS MENORES DE 12 ANOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE PARA O CUIDADO DAS CRIANÇAS. DESCONSTITUIÇÃO DA CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte estabeleceu que, para a concessão excepcional de prisão domiciliar, no caso de apenada que seja mãe, exige-se 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"* (RHC 145.931/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 16/3/2022).

Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam pela negativa do pedido de prisão domiciliar, ao fundamento, sobretudo, de que não fora comprovado que a presença da apenada é imprescindível aos cuidados dos seus filhos menores de 12 anos.

Segundo a sentença condenatória pelo delito de tráfico de drogas, a agravante *"armazenava os entorpecentes [cocaína e crack] dentro da casa em que morava com suas 4 filhas menores de idade, inclusive no mesmo quarto em que dormia com elas"*.

2. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias, é cogente o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

3. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por LUCIANA FORTES DOS SANTOS contra a decisão que não conheceu do *habeas corpus*, no qual se busca a concessão de prisão domiciliar.

A agravante reitera a tese de que faz jus à prisão domiciliar, por ser mãe de crianças menores de 12 anos de idade. Ressalta que não seria necessária a demonstração de imprescindibilidade da genitora para o cuidado dos filhos. Aduz que a

análise da matéria não exige o revolvimento fático-probatório.

Diante disso, busca a reconsideração do *decisum* ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pesem os argumentos apresentados pela agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

No caso, a agravante cumpre pena privativa de liberdade de 10 anos, 3 meses e 8 dias de reclusão pela prática de delitos de tráfico de drogas e furto qualificado, tendo alcançado a progressão ao regime semiaberto em 25/6/2021. Posteriormente, a defesa requereu a concessão de prisão domiciliar, em razão da ora agravante possuir filhos menores de 12 anos de idade. O pedido foi em 11/1/2022, sob os seguintes fundamentos:

"[...]

No caso em apreço, o pedido em questão não comporta deferimento, na medida em que tal benefício somente é concedido aos condenados que cumprem pena em regime aberto, o que não é o caso da requerente, a qual cumpre pena no regime semiaberto.

Por outro lado, mesmo reconhecendo a importância da figura materna aos filhos, não há nos autos comprovação de que a presença da apenada é imprescindível ao cuidado das infantes, não podendo o simples fato da reeducanda possuir filho menor, autorizar, de plano, o deferimento da benesse, sendo essa reservada as que demonstrarem concretamente a necessidade de tal medida.

Ainda, no caso de deferimento de prisão domiciliar à reeducanda unicamente por possuir filho menor de idade, pode-se criar precedente para as demais reclusas que também possuam filhos requererem o benefício, criando uma espécie de salvo-conduto às reeducandas em situação análoga." (fls. 942/943)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o indeferimento do benefício pleiteado, nos seguintes termos:

"[...]

Muito embora "o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade" (STJ, HC n. 404.006/RS, rel. Min.

Ribeiro Dantas, j. 14/11/2017), cediço que a pretensão da concessão do benefício deve vir acompanhada de prova pré-constituída acerca da imprescindibilidade da paciente aos cuidados dos filhos, ou provas de que estejam eles desamparados.

[...]

No caso em apreço, a paciente encontra-se cumprindo pena no regime semiaberto, inexistindo situações excepcionais que permitam o cumprimento do regime prisional em domicílio - vez que tão somente apresentou "Relatório de Gestantes ou Mães" emitido pelo Departamento de Administração Prisional, no qual constam as datas de nascimento dos filhos menores (Evento 1, doc. 3) - , de forma que a mera existência de prole não gera automaticamente o direito ao referido benefício." (fls. 1.116/1.117)

Embora o art. 117 da LEP estabeleça como requisito para o deferimento da prisão domiciliar o cumprimento da pena no modo aberto, a jurisprudência do STJ entende que é possível a extensão de tal benefício aos sentenciados recolhidos no regime fechado ou semiaberto quando a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade (HC 375.774/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2016).

Sobre o tema, a Terceira Seção desta Corte estabeleceu que, para a concessão excepcional, no caso de apenada que seja mãe, exige-se 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"* (RHC 145.931/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 16/3/2022).

Na hipótese, as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam pela negativa do pedido de prisão domiciliar, ao fundamento, sobretudo, de que não fora comprovado que a presença da apenada é imprescindível aos cuidados dos seus filhos menores de 12 anos. Para se afastar essa conclusão, é cogente o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*.

Importante ressaltar que as circunstâncias do delito de tráfico foram consideradas negativas, ensejando o aumento da pena-base, sob o fundamento de que a agravante *"armazenava os entorpecentes [cocaína e crack] dentro da casa em que morava com suas 4 filhas menores de idade, inclusive no mesmo quarto em que dormia com elas"*, conforme consta na sentença de fls. 41/53.

Quanto ao tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME

SEMIABERTO. PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. HC COLETIVO N. 143.641/SP (STF). IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MENOR NÃO DEMONSTRADA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INCABÍVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *"É pacífico o entendimento desta Corte Superior que o procedimento do habeas corpus não permite a dilação probatória, pois exige prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração."* (HC 466.896/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018).

2. Segundo se depreende dos autos, o Juízo da Execução indeferiu o pedido de prisão domiciliar formulado pela defesa. Contudo, o impetrante não juntou aos autos cópia da referida decisão, o que impede a exata compreensão da controvérsia, porquanto o Tribunal de origem, ao manter o decisor, faz referência aos fundamentos nele contidos.

3. Noutro giro, a agravante está em fase de execução provisória de sua pena em regime fechado - concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o semiaberto -, o que afasta a aplicação do entendimento firmado pelo STF no HC n. 143.641/SP, no qual a ordem foi deferida coletivamente para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às mães com filhos menores de 12 anos, e não prisão pena, hipótese dos autos.

4. ***In casu, a defesa não se desincumbiu de demonstrar a situação de vulnerabilidade da menor, não havendo nenhuma informação acerca de onde ela se encontra, se sob os cuidados da avó materna, ou em instituição apropriada para acolhê-la. Dessa forma, não obstante a existência de flexibilização pelo STJ, na interpretação da Lei de Execuções Penais, bem como a ausência de violência empregada na execução do crime, a falta de comprovação de que a agravante seria imprescindível aos cuidados da criança, impede o deferimento da medida excepcional - colocação da condenada em prisão domiciliar.***

5. ***Ademais, não é possível acolher a pretensão sem incursionar na matéria fático-probatória, medida incompatível com a via estreita eleita.***

6. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no HC 519.263/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/9/2019).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 731648 - SC (2022/0085529-1)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AGRAVANTE : LUCIANA FORTES DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, V, DO CPP. MÃE COM FILHOS DE ATÉ 12 ANOS INCOMPLETOS. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO COMETIMENTO CONTRA OS PRÓPRIOS FILHOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS MATERNS PRESUMIDA. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. REGIME SEMIABERTO. HC COLETIVO N. 143.641/SP DO STF. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por razões humanitárias e para proteção integral da criança, é cabível a concessão de prisão domiciliar a genitoras de menores de até 12 anos incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, desde que (a) não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, (b) não tenha sido praticado contra os próprios filhos e (c) não esteja presente situação excepcional a contraindicar a medida.

2. Conforme art. 318, V, do CPP, a concessão de prisão domiciliar às genitoras de menores de até 12 anos incompletos não está condicionada à comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos, que é legalmente presumida.

3. É possível a extensão do benefício de prisão-albergue domiciliar às sentenciadas gestantes e mães de menores de até 12 anos, ainda que em regime semiaberto ou fechado, nos termos dos arts. 318, V, do CPP e 117, III, da LEP, desde que presentes os requisitos legais.

4. Agravo regimental provido para conceder a ordem de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de agravo regimental interposto por LUCIANA FORTES DOS SANTOS contra decisão do Ministro Joel Ilan Paciornik que não conheceu do *habeas corpus*.

Nas razões recursais, a agravante insiste na substituição da execução por prisão-albergue domiciliar, pois é mãe de 3 filhos menores de 12 anos incompletos.

Reforça ser desnecessária a demonstração de imprescindibilidade da genitora ao cuidado dos

filhos.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do agravo regimental.

Com a devida vênia ao eminente relator, após detida análise dos autos, entendo que assiste razão à agravante.

Registro, inicialmente, que, apesar de inadmissível *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, o STJ reconhece a possibilidade de conhecimento da impetração quando verificada flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado apta a ensejar a concessão da ordem de ofício, como no caso.

Colhe-se dos autos que **a paciente é mãe de 3 crianças com 7, 9 e 11 anos de idade** e que, atualmente, está cumprindo pena em **regime semiaberto**, pela prática de furto qualificado e tráfico de drogas.

No curso da execução da pena, o Juízo de origem indeferiu o pleito de prisão domiciliar, decisão mantida pelo Tribunal *a quo* pelos fundamentos seguintes (fls. 1.116-1.117):

Muito embora "o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade" (STJ, HC n. 404.006/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14/11/2017), cediço que a pretensão da concessão do benefício deve vir acompanhada de prova pré-constituída acerca da imprescindibilidade da paciente aos cuidados dos filhos, ou provas de que estejam eles desamparados.

[...]

No caso em apreço, a paciente encontra-se cumprindo pena no regime semiaberto, inexistindo situações excepcionais que permitam o cumprimento do regime prisional em domicílio - vez que tão somente apresentou "Relatório de Gestantes ou Mães" emitido pelo Departamento de Administração Prisional, no qual constam as datas de nascimento dos filhos menores (Evento 1, doc. 3) - , de forma que a mera existência de prole não gera automaticamente o direito ao referido benefício.

Vê-se que as instâncias antecedentes indeferiram a prisão domiciliar visto que não fora demonstrada a imprescindibilidade da sentenciada aos cuidados dos filhos menores de 12 anos.

Por razões humanitárias e para proteção integral da criança, é cabível a concessão de prisão domiciliar a genitoras de menores de até 12 anos incompletos, nos termos do art. 318, V, do CPP, desde que (a) não se trate de crime cometido com violência ou grave ameaça, (b) que não tenha sido praticado contra os próprios filhos e (c) não esteja presente situação excepcional que contraindique a medida (AgRg no PExt no RHC n. 113.084/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/6/2020).

Na espécie, em harmonia com o parecer do Subprocurador-Geral da República (fls. 1.149-1.154), parece-me que o entendimento acolhido pelas instâncias antecedentes diverge da orientação firmada no julgamento da Rcl n. 40.676/SP (relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/12/2020), em que a Terceira Seção do STJ, dando interpretação extensiva à decisão do STF no HC coletivo n. 143.641/SP, concluiu ser possível a extensão do benefício de prisão-albergue domiciliar,

prevista no art. 117, III, da LEP, às sentenciadas gestantes e mães de crianças de até 12 anos, ainda que em regime semiaberto ou fechado, desde que preenchidos os requisitos legais.

Na mesma direção, os seguintes julgados do STJ:

[...] 1. **A despeito da falta de previsão legal, "o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade"** (HC 404.006/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017). Todavia, "embora o benefício encontre espaço para aplicação sob a norma contida no art. 117, inciso III, da Lei de Execução Penal, a análise do cabimento compete ao juízo das execuções, já que não se trata de efeito automático da existência de filhos menores" (HC 394.532/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)[...]. (AgRg no HC n. 538.837/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 17/12/2019, destaquei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. LEGITIMIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE FILHO MENOR DE DOZE ANOS DE IDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIOS DA FRATERNIDADE (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PREÂMBULO E ART. 3º) E DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. HC COLETIVO N. 143.641/SP (STF). FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. 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). 2. Cumpre destacar que o tema foi analisado com acuidade pelo Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, em 4/4/2016, ao decidir o HC n. 134.734/SP. Ao conceder o *habeas corpus*, foi lembrado que o art. 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. Essa alteração no Código de Processo Penal foi dada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016). 3. Efetivamente, as disposições legislativas insculpidas nos art. 318, V, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, e no inciso III do art. 117 da LEP não condiciona a prisão domiciliar da mãe com filho menor de 12 anos à comprovação de outros requisitos, como quis o legislador no caso do pai (inciso VI do art. 319 do CPP). 4. Ressalte-se que o deferimento da prisão domiciliar não significa libertar a ré, que continua presa, com o seu direito de ir e vir limitado, como se infere da regra inserta no art. 317 do CPP: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. 5. No caso, a paciente possui um filho menor de 12 anos e o crime a ela imputado (receptação) não envolve violência ou grave ameaça. **Com efeito, no caso, além de se presumir a necessidade dos cuidados maternos em relação à referida criança, não se deve ignorar que não há indicativo de que esteja associada com organizações criminosas, circunstâncias essas que, em conjunto, ensejam, por ora, a atenuação da situação prisional da acusada.** 6. Impende registrar, ainda, que, segundo entendimento jurisprudencial consolidado nesta Superior Corte de Justiça, a reincidência não impossibilita, por si só, a concessão da prisão domiciliar. Precedentes. 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 definitiva da 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. Precedentes. 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 macrop princípio 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. Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; VIEIRA,

Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017. 9. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 679.489/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 4/10/2021, destaquei.)

Aliás, a imprescindibilidade da genitora ao cuidado dos filhos menores de 12 anos é presumida, "tanto que propositalmente o legislador retirou da redação do art. 318, V do CPP, a comprovação de que seria ela imprescindível aos cuidados do menor" (STF, HC n. 169.406/MG, relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021).

Assim, considerando que a paciente é (a) mãe de 3 crianças menores de 12 anos, (b) cumpre pena por crime praticado sem violência ou grave ameaça, (c) não praticou o crime contra os próprios filhos, bem como que (d) é presumida a imprescindibilidade dos cuidados maternos, é cabível a substituição da execução definitiva por prisão-albergue domiciliar, nos termos dos arts. 318, V, do CPP e 117, III, da LEP.

Ante o exposto, **com a devida vênia ao eminente relator, dou provimento ao agravo regimental para conceder a ordem de ofício e substituir a execução da pena imposta à paciente por prisão-albergue domiciliar, na forma do art. 318 do CPP.**

É o voto.