



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 786293 - SP (2022/0372987-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : LUCAS MARQUES GONCALVES LOPES E OUTROS
ADVOGADOS : RUBENS SIEBNER MENDES DE ALMEIDA - SP425474
GUILHERME FORTES BASSI - SP433258
LUCAS MARQUES GONÇALVES LOPES - SP433917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : [REDACTED]
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA E PRISÃO-PENA. SUBSTITUIÇÃO DA CUSTÓDIA POR PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE CRIANÇAS MENORES DE DOZE ANOS DE IDADE EM ESTADO DE VULNERABILIDADE. CABIMENTO. RETIFICAÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de [REDACTED] [REDACTED] contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no Agravo de Execução Penal n. 0013756-84.2022.8.26.0041.

Consta dos autos que a Paciente está no cumprimento de pena definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão pela prática do delito de tráfico de drogas (Processo n.º 0010741-70.2011); e em prisão provisória pela condenação ainda não transitada em julgado pelo cometimento do mesmo delito, sendo-lhe, também, imposta a pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado (Processo n.º 1524460-74.2020.8.26.0228) – fl. 369.

Formulado pedido de prisão domiciliar, o Juízo da Execução Penal indeferiu o pleito, e no mesmo ato determinou a retificação do cálculo de penas para fazer aplicar a fração de 3/5 (três quintos) para a progressão de regime em relação ao segundo delito e de 2/5 (dois quintos) para o delito anterior (fls. 162 e 168).

Irresignada, a Reeducanda interpôs agravo de execução perante o Tribunal de origem. O recurso, todavia, foi desprovido nos termos do acórdão acostado às fls. 27-35.

Dá o presente *writ*, em que a Parte Impetrante aduz que é equivocada a afirmação do

Juízo de primeiro grau de que a Paciente cumpre pena definitiva em regime fechado, de modo a não fazer jus às hipóteses do art. 318 do Código de Processo Penal, porquanto o processo-crime ainda se encontra em grau de recurso. Argumenta que a condição de saúde da genitora da Apenada é precária, circunstância que prejudica o desenvolvimento de seus dois filhos menores de 12 (doze) anos de idade, sendo imprescindível que a pena provisória seja cumprida em regime domiciliar. Aduz, também, que a retificação do cálculo de penas de ofício pelo Magistrado singular, pela qual foi afastada a fração de 1/8 (um oitavo) prevista no art. 112, § 3., da Lei de Execução Penal, viola a coisa julgada e a segurança jurídica.

Requer, liminarmente e no mérito, a) a conversão da prisão preventiva da Paciente em prisão humanitária domiciliar, enquanto perdurar o período de recuperação de sua genitora ou até suas crianças completarem 12 (doze) anos de idade, sempre sob monitoramento eletrônico e com revisão periódica; e b) o restabelecimento da fração de 1/8 (um oitavo) referente à condenação na Ação Penal n. 0010741-70.2011.4.03.6119, como previsto no art. 112, § 3., da Lei de Execução Penal.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 364-366).

Após as informações, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial do habeas corpus, a fim de deferir à Paciente o cumprimento de sua pena em regime domiciliar (fls. 378-381).

Às fls. 383-398, a Defesa formulou pedido de prioridade na apreciação do feito.

É o relatório. Decido.

De início, reproduzo os fundamentos utilizados pelo Juízo da Execução Penal para indeferir o pedido de prisão domiciliar e retificar o cálculo de penas, *in verbis* (fl. 162):

"A sentenciada não se enquadra nas hipóteses do artigo 318 do CPP, pois cumpre pena definitiva.

Cumprida pena em regime fechado, o que afasta a aplicação do artigo 117 da LEP.

No mais, não possui comorbidade que não possa ser tratada no estabelecimento prisional, o que inviabiliza a excepcional concessão do pedido para a sentenciada em regime fechado.

Ante o exposto, indefiro o pedido de regime aberto domiciliar em desfavor de [REDACTED] RG: 61961273, RGC: 61961273, RJ: 170416792-96, RJ: 17034652760, Penitenciária Feminina de Santana.

Sem prejuízo, retifique-se o cálculo de fls. 527/530, pois a sentenciada é reincidente e não faz jus ao lapso especial de um oitavo. Deve ser aplicada o lapso de três quintos, pois a sentenciada é reincidente em crime equiparado a hediondo."

O Tribunal estadual, por sua vez, manteve o decisum à base da seguinte motivação (fls. 29-35):

"2. Atualmente recolhida em regime prisional fechado, a cumprir a pena total de onze anos e oito meses de reclusão, pela prática de dois crimes de tráfico de entorpecentes, datando o primeiro de 12/10/2011 (condenação definitiva processo de execução n° 7005766-42.2012.8.26.0050, que pode ser consultado no sistema eSAJ) e o segundo de 20/11/2020 (processo em andamento ação penal n° 1524460-74.2020.8.26.0228, que pode ser consultado no sistema eSAJ), a ora agravante

requereu a concessão da prisão domiciliar, sob o argumento de ter dois filhos menores de doze anos que dependem de sua assistência, bem como que eles são cuidados por sua genitora, pessoa idosa que está extremamente debilitada por padecer de diversas doenças.

[...]

No exame do inconformismo quanto ao pedido substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, destaca-se que, ao tratar do desconto da pena em regime de prisão domiciliar, o artigo 117 da Lei nº 7.210/84 autoriza sua concessão apenas para os condenados que já estejam no regime aberto, o que não se enquadra na hipótese dos autos, pois a sentenciada está a descontar a pena privativa de liberdade em regime fechado de prisão.

Realmente, depois de ser a agravante promovida ao regime intermediário de prisão e, havendo necessidade de ser atualizado o cálculo das penas, decidiu o ínclito juiz em 18 de abril de 2022 que [REDACTED] RG: 61961273, RGC: 61961273, RJI: 170416792-96, RJI:17034652760, Penitenciária São Bernardo Campinas/Penitenciária Feminina Campinas, cumpre a pena no regime semiaberto, contudo, houve a majoração de uma das penas impostas para 5 anos e 10 meses, a ser cumprida no regime fechado. Necessária a unificação das penas, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal. E, somadas as penas remanescentes e a reincidência, torno sem efeito a decisão de 14 de fevereiro de 2022 (p. 475), sendo mantido o regime fechado. Remova-se [REDACTED] para um dos estabelecimentos da rede SAP, em regime fechado.” (fl. 515 do processo de execução nº 7000305-74.2021.8.26.0050).

A par disso, não houve comprovação da existência de situação peculiar e urgente que pudesse justificar o excepcional deferimento do pleito, em prol do interesse de seus filhos e de sua genitora, que vem cuidando de seus filhos desde 20/11/2020, data em que foi novamente presa, por reincidir na prática do delito de tráfico de entorpecentes, notadamente. Sendo assim, porque não demonstrada nos autos situação de vulnerabilidade e imprescindibilidade da recorrente aos cuidados deles, ela não fazia mesmo jus à pretendida prisão domiciliar.

[...]

Demais disso, como assinalado pela douta Promotora de Justiça nas contrarrazões, “ainda que se admita a concessão da benesse em regimes prisionais mais gravosos, em hipóteses extremas, tem-se que a agravante não comprovou fazer jus a medida de tamanha excepcionalidade. Em que pese a agravante possuir filhos ainda criança, a concessão do restrito benefício se subordina à comprovação da necessidade de excepcional cuidado dos menores de idade pela genitora que se encontra presa. A alegação de que a avó das crianças não possui problemas de saúde não altera este quadro. É dizer, a imprescindibilidade deve ser efetivamente comprovada, não se esgotando nos cuidados rotineiros que todo pai/mãe deve ter para com os filhos. Salienta-se que entendimento diverso acarretaria a indiscriminada concessão da benesse repisa-se, excepcional e sem previsão legal - para significativa parcela da população carcerária, que possui em sua maioria filhos menores, efetivamente tornando imunes à justiça criminal quaisquer indivíduos que ostentassem a condição de genitores” (fl. 100).

Sendo assim, não comporta alteração a sentença atacada e que indeferiu o pleito de prisão domiciliar.

***No tocante ao pedido de retificação do cálculo das penas,** cumpre observar que a sentenciada cumpria pena pela prática de crime de tráfico internacional de drogas, desde que foi presa em flagrante em 12/10/2011, tendo se evadido em 13/10/2014, bem como que foi novamente detida em 20/11/2020 pela prática de novo delito de tráfico de tóxicos (fls. 87/90).*

Ao se pronunciar sobre o cálculo das penas, o eminente juiz de primeiro grau determinou em 09 de dezembro de 2021: “Elabore-se cálculo de 1/8 (um oitavo) - artigo 112, § 3º da Lep - das penas dos crimes equiparados aos hediondos a contar da recaptura em 20/11/2020, após abandono do cumprimento da pena em saída temporária do Dia das Crianças/2014, falta motivadora de sua regressão ao

regime fechado (delito da 2ª GR). TCP em 25/06/2028.” (fl. 446 do processo de execução nº 7000305-74.2021.8.26.0050).

Em 14 de fevereiro de 2022 a agravante foi promovida ao regime intermediário de prisão em decisão assim fundamentada: “A sentença cumpriu o requisito objetivo previsto no art. 112, § 3º, da LEP, bem como cumpriu os demais requisitos exigidos para a progressão especial. Também reúne mérito, conforme atestam o boletim informativo e atestado de conduta carcerária, preenchendo os requisitos legais. Ante o exposto, defiro a progressão ao regime semiaberto em favor de [REDACTED] (...)” (fl. 83).

Ao examinar em 18 de abril de 2022 o pedido da defesa para atualização do cálculo de penas, por ter a pena de cinco anos de reclusão aplicada na sentença pela prática do segundo delito sido majorada em grau de apelação e, depois, fixada em cinco anos e dez meses de reclusão pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 485/508 dos autos de execução), o inclito magistrado decidiu que a sentenciada “cumpra a pena no regime semiaberto, contudo, houve a majoração de uma das penas impostas para 5 anos e 10 meses, a ser cumprida no regime fechado. Necessária a unificação das penas, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal. E, somadas as penas remanescentes e a reincidência, torno sem efeito a decisão de 14 de fevereiro de 2022 (p. 475), sendo mantido o regime fechado. Remova-se [REDACTED] para um dos estabelecimentos da rede SAP, em regime fechado.” (fl. 515 dos autos de execução).

Posteriormente, foi homologado o cálculo de penas que considerou para fins de progressão de regime a fração de três quintos para o segundo delito e de um oitavo para o primeiro delito (fls. 527/530 e 540 dos autos de execução).

Ao indeferir o pedido para concessão de prisão domiciliar à ora agravante o eminente magistrado determinou também que fosse retificado o cálculo de fls. 527/530 “pois a sentenciada é reincidente e não faz jus ao lapso especial de um oitavo. Deve ser aplica[do] o lapso de três quintos, pois a sentenciada é reincidente em crime equiparado a hediondo.” (fl. 76).

No exame dos embargos de declaração opostos pela defesa, assim se decidiu: “Conheço dos embargos de declaração para determinar a aplicação de 3/5 para o segundo delito e 2/5 para o delito anterior. A sentenciada não é primária atualmente e portanto não faz jus ao lapso de 1/8, consoante melhor interpretação da LEP.” (fl. 80).

A decisão que determinou a retificação do cálculo de penas para que conste “a aplicação de 3/5 para o segundo delito e 2/5 para o delito anterior” está em harmonia com a legislação que regula a matéria, bem diversamente do que anteriormente se decidiu, pois o crime de tráfico de tóxicos se equipara aos hediondos, e a agravante era primária ao praticar o primeiro delito e reincidente ao cometer o segundo crime - sendo reincidente específica -, de modo que tem inteira aplicação o disposto no artigo 112, V e VII, da lei de Execução Penal.

Realmente, não deve incidir o artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal pois, apesar de não serem os crimes daqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e ser a agravante mãe de duas crianças (fls. 34/35), **é reincidente quanto ao segundo delito, evadiu-se durante o cumprimento da primeira pena (falta grave) e cometeu, enquanto foragida, novo crime doloso (tráfico ilícito de drogas), aplicando-se ao caso o disposto no artigo 112, § 4º, da Lei de Execução Penal.**

Cumpra assinalar que não há qualquer ofensa aos princípios da individualização da pena e da coisa julgada e nem ocorrência de “reformatio in pejus”, por ter o Ministério Público anteriormente concordado com a decisão que determinou a elaboração do cálculo levando-se em conta a fração de um oitavo prevista no artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal, porque os títulos condenatórios fixados em sentença são passíveis de alterações no processo de execução, que é dinâmico e comporta mudanças, cabendo ao magistrado promover, sempre que necessária sua readequação à situação fática, como estabelece o artigo 66 da Lei de Execução Penal.

Portanto, estando correta a decisão atacada ao indeferir o pleito de concessão de prisão domiciliar e aprovar o cálculo das penas, o desprovemento do agravo interposto se impõe, como melhor medida."

Inicialmente, sobre a prisão preventiva, registro que a Lei n. 13.769, de 19/12/2018, que acrescentou o art. 318-A ao Código de Processo Penal, determinou que "[a] prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência **será** substituída por prisão domiciliar, desde que: não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;" ou "não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente".

Independentemente das razões que fundaram a prisão preventiva, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo (HC n. 143.641/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, 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.

Na hipótese dos autos, a despeito da conjuntura narrada, é devida a concessão de prisão domiciliar, pois a Paciente é genitora de duas crianças menores de 12 (doze) anos de idade, o crime não foi cometido com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e a vítima do delito não é sua descendente, preenchendo, portanto, os requisitos legais para a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318-A do Código de Processo Penal e do mencionado precedente do Supremo Tribunal Federal.

Convém ainda registrar que a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, ao interpretar a hipótese de prisão domiciliar prevista no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, firmou-se no sentido de que a indispensabilidade dos cuidados maternos para o filho menor de 12 (doze) anos é legalmente presumida.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. PACIENTE MÃE DE CRIANÇAS MENORES DE DOZE ANOS. ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA PRISÃO DOMICILIAR. PROVIMENTO DETERMINADO EM HABEAS CORPUS COLETIVO JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus coletivo (HC n.º 143.641/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) às mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças menores de doze anos de idade ou portadoras de necessidades especiais, 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 não reconhecerem o direito à prisão domiciliar. A hipótese enquadra-se na situação excepcional, pois está caracterizada flagrante ilegalidade em não se conceder prisão domiciliar.

2. Em 19/12/2018 foi editada a Lei n.º 13.769, que incluiu o art. 318-A ao

Código de Processo Penal, o qual dispõe que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e II) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Portanto, independentemente da orientação firmada pelo STF em processo subjetivo, as referidas regras são de incidência obrigatória (com a ressalva de que a possibilidade de excepcionar a prisão domiciliar é insita ao juízo de cautelaridade, que deve sempre guardar correspondência com a situação fática sub judice).

3. Conforme precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade dos cuidados maternos à criança menor de doze anos é legalmente presumida.

4. Ordem de habeas corpus concedida para ratificar a decisão em que foi deferido o provimento liminar subsidiário para substituir a custódia preventiva da Paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal." (HC 515.633/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 27/02/2020; sem grifos no original.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. FRAGILIDADE DAS PROVAS PARA A IMPUTAÇÃO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE.

[...]

4. Descabida a discussão acerca da necessidade dos cuidados maternos à criança, pois a condição é legalmente presumida, de acordo com precedentes desta Sexta Turma (HC n. 422.235/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 19/12/2017).

5. Writ parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem concedida apenas para reconhecer o direito da paciente à prisão domiciliar." (HC 449.360/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018; sem grifos no original.)

Lado outro, em relação à prisão pena, "*embora o art. 117 da Lei de Execuções Penais estabeleça como requisito para a concessão da prisão domiciliar o cumprimento da pena no regime aberto, é possível a extensão de tal benefício aos sentenciados recolhidos no regime fechado ou semiaberto quando a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade (cf: AgRg no HC n. 429.878/MS, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe 20/3/2018)" (AgRg no HC n. 764.603/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022).*

Na espécie, demonstrou-se por documentos que a Paciente é mãe de duas crianças menores de 12 anos, nascidas em 21/07/2014 e 21/07/2017.

Durante a execução penal, a prisão domiciliar humanitária é excepcional; não prepondera mais o princípio da presunção de inocência e o da excepcionalidade da prisão preventiva. Por isso, como nenhum direito é absoluto, a análise do conflito entre interesses contrapostos, agora sob o viés da segurança pública, deverá ser realizada conforme as circunstâncias concretas, não sendo bastante para requerer a aplicação do art. 117 da

LEP a alegação da maternidade. Nesse sentido:

"[...]

1. Ainda que se admita, excepcionalmente, por questões humanitárias, a concessão de prisão domiciliar a presos mantidos em outros regimes, o deferimento da pretensão estará sempre condicionado à presença das hipóteses previstas pelo artigo 117 da Lei 7.210/1984 (LEP).

2. O fato de a paciente possuir filhos com idade inferior a 12 anos não lhe garante, como condenada, o direito excepcional à prisão domiciliar. Para tanto, seria necessário demonstrar, concretamente, que a criança necessita de cuidados que somente a genitora poderia proporcionar, o que não ocorreu no presente caso, conforme consignado pelas instâncias de origem.

3. "A concessão de prisão domiciliar não possui efeito automático decorrente da existência de filhos menores de idade, visto que é necessária uma análise do caso concreto, a fim de definir se a situação da apenada autoriza a concessão da referida benesse." (AgRg no HC 675.667/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021.)

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC n. 732.137/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 11ª Região), Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.)

Assim, a existência de prole abaixo de 12 (doze) anos não permite, automaticamente, a concessão de prisão domiciliar humanitária quando há título judicial transitado em julgado. De toda sorte, é preciso analisar as peculiaridade do caso concreto, observada também a perspectiva de gênero, base fundamental para a concessão do habeas corpus coletivo pelo Supremo Tribunal Federal e também para a alteração legislativa que passou a dispor sobre o tema no campo das prisões cautelares.

No caso, em relação à execução da sentença definitiva proferida no Processo n.º 0010741-70.2011, além de se tratar de crime cometido sem violência, as instâncias ordinárias não identificaram situação de efetiva traficância na presença dos infantes. Os dois filhos menores da Paciente estão sob os cuidados da avó, que comprovadamente encontra-se em estado de saúde frágil, situação atestada pelos documentos de fls. 73-105. Somado a isso, há informação nos autos que a Paciente, que é Angolana (fl. 73), não possui outros familiares no Brasil (fl. 22), apenas a sua genitora, atualmente com 66 (sessenta e seis) anos de idade, e bastante adoentada.

Dadas essas circunstâncias, reputo proporcional adotar, excepcionalmente, medida prática relativa à incidência do art. 117 da LEP, a fim de reduzir o impacto desproporcional do encarceramento para a vida dessas crianças.

Em hipóteses análogas e excepcionais, tem decidido esta Corte de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PRISÃO DOMICILIAR. EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. ART. 117 DA LEP. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EM REGIME FECHADO E SEMIABERTO. IMPRESCINDIBILIDADE DE CUIDADOS DOS FILHOS MENORES DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte tem posicionamento de que, embora o art. 117 da LEP estabeleça como requisito para o deferimento da prisão domiciliar o cumprimento da pena no modo aberto, 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, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

2. Na hipótese, a reeducanda é genitora de duas crianças de 4 (quatro) e 8 (oito) anos, tendo sido condenada à pena definitiva de 5 anos de prisão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes previstos nos arts. 311, c. c. o art. 65, III, "d", e 333, caput, c. c. 65, III, "d", do CP, tendo sido demonstrada a imprescindibilidade da concessão do benefício porquanto o pai dos infantes se encontra impossibilitado de arcar com as atividades e despesas financeiras, uma vez que se encontra afastado de seu trabalho por motivo de doença.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 761.148/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. FILHOS MENORES. EXCEPCIONALIDADE IDENTIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prisão domiciliar na fase da execução penal durante os regimes fechado e semiaberto é excepcional, não efeito automático da existência de filhos menores. A providência é casuística, a demandar avaliação da sua necessidade e proporcionalidade. Deve-se sopesar o princípio da segurança pública, o melhor interesse da criança e as singularidades da condenação, além de levar em consideração se a presença materna, de fato, seria essencial para a proteção e a assistência à prole.

2. No caso, é de rigor manter a concessão da ordem, apesar da insurgência do Ministério Público. A postulante é genitora de dois menores de 12 anos. Trata-se de condenada por tráfico de drogas e associação de duas pessoas para tal fim, mas não se verifica narrativa de situação perigosa ou de inserção da prole em contexto de risco. Um dos filhos, de tenra idade, ainda está na primeira infância e a mãe ocupa a centralidade nos seus cuidados, pois comprovou doença da progenitora. Em situação concreta de apreensão de 19,7g de entorpecente, é proporcional adotar, excepcionalmente, medida prática relativa à incidência do art. 117 da LEP, a fim de reduzir o impacto do encarceramento para a vida dessas crianças.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no RHC n. 173.655/RO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.)

A respeito da questão, transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da manifestação do Parquet federal (fls. 380-381):

"No caso, a paciente ostenta duas condenações por tráfico, uma delas definitiva e a outra ainda em grau de recurso.

O primeiro fato foi praticado em 12 de outubro de 2011 (e-STJ Fl. 38) e o segundo, mais recente, em 20 de novembro de 2020 (e-STJ Fl. 39), com relação ao qual inexistiu ainda decisão definitiva.

Todavia, a ela foi concedida progressão de regime em fevereiro do presente ano, indicando bom comportamento prisional.

Outrossim, comprova a paciente ser mãe de duas crianças, uma de 8 anos (e-STJ Fl. 107) e outra de cinco (e-STJ Fl. 108), de modo que satisfeitos os requisitos do artigo 318-A do CPP:

"Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;*
- II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente."*

É certo que atualmente as crianças estão sob os cuidados da avó, mas comprova o impetrante que se trata de pessoas idosa (66 anos, e-STJ Fl. 73), com diversas comorbidades em sua saúde, tais como deficiências cardíacas, hipertensão arterial, trombose e diabetes (nos termos da documentação às e-STJ Fls. 74 e ss.), sendo razoável presumir o fardo a ela trazido pela necessidade de cuidar de duas crianças.

O caso, portanto, tendo em vista o precípua interesse dos menores (e também da idosa, vulnerável igualmente protegido em nosso ordenamento jurídico), atrai a substituição da prisão por prisão domiciliar."

Por fim, em relação à retificação do cálculo de penas, não constato o aduzido constrangimento ilegal, porquanto a execução penal realmente é dinâmica, devendo o Juízo de primeiro grau "*promover, sempre que necessária, sua readequação à situação fática*".

De fato, "[n]os termos da jurisprudência dominante nesta Corte Superior, não há falar em violação da coisa julgada, quando em decorrência da retificação de erro material na folha de antecedentes, **o Juiz das Execuções anula, ex officio, a própria decisão na qual havia deferido a progressão de regime**" (AgRg no HC n. 504.256/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe de 4/5/2020).

Considerada essa conjuntura, não há falar em violação da coisa julgada ou preclusão *pro judicato*. Por certo, "*não há como se desconsiderar que os cálculos, na execução criminal, por força do princípio da individualização da pena, estão sujeitos à cláusula rebus sic stantibus. Com efeito, a conclusão de que a decisão que homologa cálculo de penas não faz coisa julgada decorre do fato de que, ao longo da execução, podem sobrevir inúmeros fatos e fatores que influenciam tanto no quantitativo da pena (tais como, remição, unificação de penas, perda de dias remidos, indulto, comutação de pena etc.) quanto na concessão de benefícios (ex.: uma benesse indeferida em razão de má conduta carcerária pode ser revista no caso de haver absolvição da falta praticada, ocorrendo o mesmo em situação inversa). **Outrossim, a constatação de erro material no cálculo da pena pode ensejar sua retificação de ofício, sem que isso importe em ofensa à coisa julgada ou em preclusão pro judicato**" (AgRg nos EDcl no HC 668.301/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021).*

Ante o exposto, acolhendo o parecer do Ministério Público Federal, CONCEDO, em parte, a ordem de *habeas corpus* para substituir a constrição imposta à Paciente por prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal quanto à Ação Penal n.º 1524460-74.2020.8.26.0228, se por outro motivo não estiver segregada. Aplico, ainda, as medidas cautelares diversas da prisão descritas nos incisos III (não manter contato com qualquer pessoa vinculada aos fatos sob apuração); e IV (proibição de ausentar-se da Comarca sem prévia autorização judicial) do art. 319 do Código de Processo Penal, devendo o Juiz de primeiro grau, *incontinenti*, especificar detalhadamente as respectivas condições e fiscalizá-las, podendo, ainda, estabelecer quaisquer outras medidas que reputar convenientes; e para substituir a prisão-pena resultante do Processo n.º 0010741-70.2011 pela prisão domiciliar com monitoramento

eletrônico.

Advirta-se à Paciente que a prisão processual (Ação Penal n.º 1524460-74.2020.8.26.0228) poderá novamente ser decretada em caso de descumprimento das referidas medidas (art. 282, § 4.º, c.c. o art. 316 do Código de Processo Penal) ou de superveniência de fatos novos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de setembro de 2023.

Ministra LAURITA VAZ

Relatora