

## HABEAS CORPUS 212.708 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN  
PACTE.(S) : ██████████  
IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)  
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### Decisão:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao RHC 152280/SP em decisão assim ementada (eDOC 05, p. 211):

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. EXCEPCIONALIDADE À LEI N. 13.469/2018. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Situações excepcionalíssimas podem impedir a prisão domiciliar para mães de menores de 12 anos mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.769/2018, que alterou o Código de Processo Penal. 2. Conforme decidido pela Sexta Turma em impetrações anteriores (HC n. 542.874/SP e RHC n. 122.898/SP), não é suficiente nem adequado ao caso concreto o deferimento da prisão domiciliar, em razão da inusual periculosidade da sentenciada, contextualizada como a principal operadora financeira de organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas, de notável poderio econômico. 3. Não há fato novo que altere a compreensão anteriormente externada por esta Corte, pois o rompimento do vínculo materno e suas consequências perduream desde a prisão em flagrante. A criança cresce sob novo arranjo familiar e terceiros são responsáveis pelo seu cuidado e bem-estar, além de possuírem a guarda legal da menor. A infante possui desenvolvimento adequado à idade e faz acompanhamento psicológico, sem registro de situação de negligência, exploração ou violência. Depois da condenação da postulante a 20 anos e 10 meses de reclusão, não se verifica a imprescindibilidade da mãe para garantir os melhores interesses da criança ou a necessidade de interferir novamente na rotina da infante, de modo a afetar os vínculos

**HC 212708 / SP**

*que criou com os atuais tutores. 4. Recurso em habeas corpus não provido.”*

Busca-se, em suma, a substituição da prisão preventiva por domiciliar, haja vista que a ora paciente é mãe de criança menor de 12 (doze) anos e, segundo aduz, preencheria os requisitos legais para a concessão do benefício.

O pedido liminar foi indeferido em decisão monocrática proferida em 16 de maio de 2022 (eDOC.13).

A PGR manifestou-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado: *“HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PLEITO DE CONVERSÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. AGENTE DE INTENSA PERICULOSIDADE. EXCEPCIONALIDADE À LEI N. 13.469/2018. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. - Parecer pela denegação da ordem.”*

Na sequência, o impetrante, em nova petição, informa que a paciente logrou a progressão provisória ao regime semiaberto, agregando aos argumentos inicialmente vertidos, a tese de incompatibilidade entre a manutenção da custódia cautelar e o cumprimento, de pena, ainda que provisória, em regime semiaberto (eDOC.21).

É o relatório. **Decido.**

**1. No caso dos autos, verifico hipótese de constrangimento ilegal a autorizar a concessão do habeas corpus.**

Na sessão de julgamento de 20.02.2018, a Segunda Turma do STF,

## HC 212708 / SP

conheceu do *habeas corpus* coletivo (HC 143.641/SP), impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Nos termos da certidão de julgamento, a Turma concedeu a ordem 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 sob sua guarda, 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 nesse 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. Estendeu a ordem, de ofício, às 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 previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação de guardião dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe, podendo o juiz, na dúvida, requisitar a elaboração de laudo social, devendo, no entanto, cumprir desde logo a presente*

**HC 212708 / SP**

*determinação. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim de se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo de 60 dias a contar de sua publicação, implementem de modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente de outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição de gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ para que, no âmbito de atuação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento de intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo de outras medidas de reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo de entrada no ambiente prisional seja precedido de exame apto a verificar a situação de gestante da mulher. Tal diretriz está de acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas de liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências de custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, de ofício. Embora a provocação por meio de advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347" (grifei).*

## HC 212708 / SP

Feitas tais considerações, enfatizo que não é dado ao Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com panorama processual que atinja ilicitamente a liberdade da paciente em razão de fundamentação deficiente e com a finalidade inconfessável de justificar o meio pelo fim, mergulhar no conjunto probatório do caso concreto com o nítido intuito de amealhar razões que desbordem da decisão atacada, visto que, ainda que se verifiquem fundamentos aptos a amparar a custódia *ante tempus*, a fundamentação inidônea constitui, isoladamente, constrangimento ilegal sanável via *habeas corpus*.

No caso específico, a Magistrada de origem ao proferir a sentença condenatória negou o pedido de prisão domiciliar formulado pela ora paciente, com base nos seguintes fundamentos (eDOC 17):

*“Mantenho a prisão preventiva decretada, posto que, a ré é integrante de organização criminosa com grande participação no Paraguai e na Bolívia o que viabiliza eventual fuga para os países vizinhos, bem como, pela fixação da pena de prisão em regime fechado. O MPF requer a transferência de [REDACTED] para estabelecimento penal de segurança máxima e aplicação do regime disciplinar diferenciado aduzindo, em síntese que resta fartamente comprovado nos autos a liderança de [REDACTED] na organização criminosa. Disto, determina a legislação que as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Acontece que a ré está presa há mais de um ano em presídio comum em São Paulo não havendo informações de que tenha continuado as práticas de delitos dentro da prisão ou dando ordens para que outras pessoas o façam. Nesse sentido, não vislumbro nenhum fato novo que autorize a inclusão da ré em sistema federal” (eDOC.02, p. 60).*

A negativa foi também mantida pelo TRF3, com base na seguinte

**HC 212708 / SP**  
fundamentação:

*“Não se desconhece a decisão exarada nos autos do Coletivo n. Habeas Corpus 143.641, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski ou o Col Habeas Corpus etivo nº 165.704, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se concedeu a mulheres grávidas e provedoras dos cuidados aos filhos menores de 12 anos, o direito de serem presas em regime domiciliar, resguardando-se os direitos dos próprios menores.*

*No entanto, observo que os impetrantes não lograram comprovar que a paciente, a despeito de possuir filha menor, com idade de 5 (cinco) anos, seja a única responsável pela guarda da criança.*

*Note-se, pelos elementos dos autos, que ambos os genitores da menor estavam envolvidos na base operacional de grupo criminoso. Não bastasse isso, diante da posição de destaque da paciente (responsável financeira, atuante como advogada e interlocutora do grupo com as autoridades paraguaias), a sua colocação em prisão domiciliar auxiliaria na manutenção das atividades criminosas.*

*Por fim, tendo em vista a gravidade do crime e as condições pessoais da paciente, não é o caso de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal” (eDOC.02, p. 236/237).*

Por fim, também o STJ considerou incabível a substituição pleiteada nos seguintes termos:

*“O habeas corpus não é instrumento apropriado para dirimir a controvérsia sobre esses fatos e para afastar as premissas da sentença. A defesa reitera o argumento de que a ré é imprescindível aos cuidados de sua filha e que laudo psicológico (fls. 732-734), atesta diagnóstico de transtorno de ansiedade de separação. Essa informação não é inédita; já*

## HC 212708 / SP

constava em parecer autenticado no dia 4/12/2019, sopesado no julgamento das impetrações anteriores.

O sentimento da criança, que infelizmente sofreu as consequências dos supostos fatos delitivos, não é dado novo. Não se visualiza, ainda, piora preocupante do seu quadro emocional. O evento ocorreu em 2019 e não pode ser pagado da memória, independente da retomada do vínculo parental. Consoante relato da psicóloga, que reproduz o diálogo da atual tutora, a infante apresenta "comportamento de frustração, agitação, nervosismo e ansiedade" (fl. 733, destaquei), após as chamadas de vídeo da mãe. Não há registro de intervenção de psiquiatra, de necessidade de medicamentos ou de afetação nas características do seu desenvolvimento.

As decisões que decretaram e mantiveram a prisão preventiva, e as que negaram a colocação da ré em prisão domiciliar, prolatadas no mesmo contexto de aspectos negativos decorrentes do abrupto rompimento do vínculo materno, foram consideradas legais por esta Corte e, ainda, não foram reformadas pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

A criança tem domicílio na cidade de [REDACTED] e seus cuidados primários são providenciados pelo tio e pela madrinha, que detêm sua guarda por decisão da justiça paraguaia (fl. 476). A menina nasceu em 10/4/2018, possui acompanhamento psicológico durante o crescimento e conviveu pouco mais de um ano com a sentenciada. Na maior parte de sua vida, criou vínculo com os atuais tutores, pois, desde 5/8/2019, vivencia outro arranjo familiar. Terceiros suprem o papel do pai e da mãe, oferecendo proteção e apoio à menor. Nesse contexto, não parece ser preponderante ao melhor interesse da criança o rompimento da atual rotina e dos vínculos que criou com os cuidadores.

## HC 212708 / SP

A teor das últimas informações prestadas a esta Corte, a paciente se encontrava na Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu (SP) e foi prolatada sentença condenatória em seu desfavor (fl. 50).

Conforme já ressaltado no julgamento do RHC n. 122.898/SP, o caso denota excepcionalidade à Lei n. 13.469/2018, pois se está diante de líder de organização criminosa armada voltada ao tráfico internacional de drogas na fronteira entre o Brasil e o Paraguai, que realizava o controle de transações sobre drogas, possibilitava meios para a corrupção de agentes públicos paraguaios, controlava escalas de pilotos de aeronaves usadas para transporte de entorpecentes, contabilizava as despesas com os membros da organização criminosa e mantinha contato com outros traficantes.

O "nível de ousadia e periculosidade", o "elevado padrão financeiro e rede extensa de colaboradores" (fl. 457, grifei), o "forte poderio econômico" de organização suspeita de ter movimentado, entre 28/12/2018 e 25/1/2019, cerca de "quase 3 milhões de dólares em débitos e mais de 2 milhões de dólares em créditos" (fl. 459), são fatores concretos dos autos, que denotam a imprescindibilidade do encarceramento cautelar para evitar a reiteração de crimes. No caso concreto, não é razoável o sacrifício do direito à segurança pública.

A situação da menor desperta a sensibilidade do julgador, mas o trauma de separação ocorreu em 2019. Apesar de existir norma constitucional programática de proteção, é impossível blindar a criança dos sentimentos negativos decorrentes desse evento.

A infante não está em situação de vulnerabilidade e "vem sendo psicologicamente tratada de forma assídua" (fl. 729). O novo laudo psicológico, sem data precisa e sem especificação das periodicidade das sessões, não relata quadro de piora emocional.

## HC 212708 / SP

A menor apresenta "orientação espacial e temporal adequada para a sua idade" (fl. 733). Não há situação de comprometimento de seu desenvolvimento, dificuldade financeira, negligência, exploração ou violência. Depois da condenação da ré, a 20 anos e 10 meses de reclusão, não se verifica sua imprescindibilidade aos cuidados da filha, nem o interesse da menor, em mudar novamente sua rotina e romper os vínculos que estabeleceu com os tutores, desde um ano de idade, por período maior do que aquele que passou com a mãe.

É preciso equilíbrio na ponderação de interesses contrapostos, igualmente importantes e em colisão, pois há uma necessidade lógica, em toda análise de valores divergentes, de pautar as decisões judiciais pelo princípio da proporcionalidade. Não se pode esquecer que, em situações de inusual periculosidade da acusada, ainda que mãe com filhos menores, o Estado deve dar resposta para as necessidades de todos os direitos.

Os brasileiros e os estrangeiros que transitam em solo pátrio têm direito à segurança e vinculam-se, por sua vez, às responsabilidades que dela decorrem. A opção pela criminalidade tem consequências nefastas para os familiares, as quais, lamentavelmente, atingiram a filha da postulante e outros parentes. A garantia da ordem pública nem sempre pode ser sacrificada em face do melhor interesse da criança, conceito de abrangente subjetividade, principalmente no caso sob exame, pois desde bebê, a menor está sob a guarda legal de terceiros.

A requerente cumpria pena em local que "dispõe de estrutura para receber crianças" (fl. 747). De fato, em face da pandemia, a retomada das visitas presenciais foi permitida aos maiores de 18 anos, para gradativo atendimento das normas de segurança, mas a direção prisional, a fim de manter minimamente o convívio familiar com a menor, se dispôs a

## HC 212708 / SP

providenciar "o agendamento de uma visita virtual [...] nos mesmos moldes que outrora era realizada". Uma vez por mês será assegurado o procedimento "até restabelecimento da visita presencial" (fl. 477).

O advogado, na tribuna, noticia a transferência da postulante para outra unidade prisional. O novo fato não foi sopesado pelo Tribunal de origem e eventual insurgência relacionada ao direito de visita deve ser deduzida, primeriamente, perante o Juiz da VEC. Analisa-se, neste julgamento, somente a legalidade do acórdão recorrido.

Data venia, o sofrimento da criança persiste desde 5/8/2019. Não vejo motivos, pelas razões já expostas nos habeas corpus anteriores, para alterar, após a sentença condenatória, a compreensão já externada pelas Cortes Superiores, mormente quando, em sentença, ainda que não transitada em julgada, foi reafirmada a participação da postulante em organização criminosa e sua posição de liderança." (eDOC.05, p. 211)

Nada obstante, as decisões emanadas pelas instâncias antecedentes estão em descompasso com a consolidada jurisprudência deste STF.

De início, importa ressaltar que o art. 318-A do CPP determina a substituição da prisão preventiva pela custódia cautelar à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, excepcionando os casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou contra filho ou dependente. Diz o art. 318-A, *in verbis*:

"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:

**HC 212708 / SP**

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

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”

Na espécie, trata-se da associação criminosa e corrupção ativa para uma mãe de criança de três anos, o que afasta, de pronto, os óbices contidos no referido artigo.

Como se nota, a fundamentação exarada pelas instâncias ordinárias, ao negarem a prisão domiciliar, desborda das balizas traçadas por esta Corte, bem como da previsão contida no art. 318-A do CPP, na medida em que se centra no fato de que, *in casu*, não haveria a comprovação da imprescindibilidade da paciente nos cuidados com a filha.

Ocorre, todavia, que o argumento invocado pela instância de origem não se presta a afastar a concessão da prisão domiciliar.

Com efeito, diversamente do que constou dos atos decisórios ora vergastados, com a alteração produzida pelas Leis 13.257/2016 e 13.769/2018, a invocada demonstração de imprescindibilidade dos cuidados pela mãe de criança não é necessária.

A lei, em verdade, presume a necessidade e a importância do acompanhamento materno ao menor de 12 (doze) anos, tanto que propositadamente o legislador deixou de exigir, no inciso V, que a mãe seja “*imprescindível aos cuidados*” do menor, requisito que se faz necessário no inciso III ou no caso no inciso VI, em que o pai deve comprovar ser o único responsável pelos cuidados com o filho.

Dito isso, tenho que a avaliação empreendida pelo Juízo singular e mantida pelas instâncias subsequentes não satisfaz a necessidade de

**HC 212708 / SP**

motivação das decisões judiciais, nem demonstra a presença de situação excepcional a justificar o óbice à concessão de prisão domiciliar à paciente.

Dessa forma, impõe-se o imediato reparo da ilegalidade constatada, sendo o caso de se conceder a ordem, de ofício.

4. Isso posto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício, para determinar a substituição da prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar, autorizadas as saídas para cuidar de sua saúde, a serem regulamentadas pela Magistrada de origem, facultada a fixação cumulativa de outras medidas cautelares diversas da prisão, inclusive, a imposição de monitoramento eletrônico.**

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito, ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.

Comunique-se, outrossim, ao TRF3 e ao STJ sobre os termos desta decisão, encaminhando-se-lhes cópia integral.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 10 de outubro de 2022.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

*Documento assinado digitalmente*