

## RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 249.789 SÃO PAULO

**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**RECTE.(S)** : DEISE LETICIA CANCIO SUDOESTE CHAGAS  
**ADV.(A/S)** : RODRIGO BARBOSA URBANSKI  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
**RECDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO:** Trata-se de recurso ordinário em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no HC 935.338/SP, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IMPUGNAÇÃO DEFENSIVA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE DOIS FILHOS MENORES DE 12 ANOS, SENDO UM DELES DIAGNOSTICADO COM AUTISMO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO PRATICADO NA COMPANHIA DOS FILHOS. CRIANÇAS JÁ ESTÃO AOS CUIDADOS DOS TIOS. RECURSO IMPROVIDO. 1- [...] Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde também residem seus filhos, além de ter sido vista indo ao laboratório de produção das drogas na companhia de uma criança, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. (HC 551.105/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe 28/2/2020). 2- No caso, é fato incontroverso nos autos que a ora recorrente, juntamente com o marido, comercializava entorpecentes em quantidades que eram entregues a usuários em domicílio com o veículo da família, inclusive na companhia dos filhos. Não importa que o diagnóstico da doença de um filhos tenha se dado após o crime, por não ser uma garantia de

que a executada não continuará praticando a traficância. Além disso, conforme fundamentou o Juiz executório, as crianças já estão inseridas em família extensa e aos cuidados dos tios, não sendo a presença da mãe, nesse caso, indispensável aos seus cuidados. 3- Agravo Regimental não provido.”.(eDOC 69, p. 1)

A recorrente narra (eDOC ) haver sido condenada pela prática dos crimes dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei 11.343/2006, e pagamento de 1.349 dias-multa, em regime fechado.

Colho das razões recursais:

“A paciente é genitora de NYCOLLAS ALEXANDRE DA SILVA CANCIO, nascido em 29.09.2019, com 05 anos e 01 meses de idade, com diagnostico de Transtorno do Espectro Autista (TEA), CID 10 F84.0/ CID 11 6A02-2 e EMILLY VITÓRIA CANCIO WOGNSKI, nascida em 29.07.2012, com 12 anos de idade (documentos anexos).

Além do aspecto etário, NYCOLLAS necessita de dedicação exclusiva da paciente, pois seu genitor MARCOS ALEXANDRE DA SILVA está preso (documento anexo) e possui o diagnostico de Transtorno do Espectro Autista (TEA), exigindo dedicação exclusiva da paciente na vida do seu filho com vários comprometimentos, conforme diagnostico atestado em 15.03.2024 no LAUDO NEUROLÓGICO ora acostado (anexo):

[...]

Antes da paciente ser presa, ela estava se dedicando exclusivamente no tratamento do seu filho Nycollas, levando-o em atendimentos em sala de recurso multifuncional (2 vezes na semana), atendimento em psicopedagogia (1 vez na semana), atendimento em psicologia (1 vez na semana) e atendimento em fonoaudióloga (1 vez por mês), conforme ofício escolar nº

21/2024 datado em 07.05.2024, onde registraram ainda a paciente era participativa e MUITO IMPORTANTE para o TRATAMENTO DE NYCOLLAS:

[...]

O Centro de Atendimento Educacional Especializado de Itararé, atestou que após a prisão da genitora de Nycollas – a paciente – este ficou mais agitado, rebelde e triste. Salientou ainda que ‘Deise se mostra uma excelente mãe e cuidadosa como filho’. Destaca que a Tia Fabiana tem levado ele para algumas terapias, porém ‘é nítida a falta que a mãe tem a ele, fazendo com que o quadro diagnóstico do menor tenha se agravado’.

[...]

Portanto, não existe qualquer prova concreta que a paciente realizava entrega de drogas na presença dos filhos, não passando de meros indícios não confirmados sob o crivo do contraditório no processo, inexistindo qualquer menção ou valoração na sentença ou acórdão, conforme fundamentados no tópico anterior”.

Pleiteia a reforma do acórdão com a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja concedida a prisão domiciliar.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo **provimento** do recurso ordinário, consoante a seguinte ementa:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO, POR CRIME HEDIONDO. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. FILHO MENOR DE 12 ANOS, DIAGNOSTICADO COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. ANÁLISE REALIZADA PELO JUÍZO DAS

EXECUÇÕES, ANTES DA PRISÃO DEFINITIVA. INDISPENSABILIDADE DOS CUIDADOS MATERNOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CRIANÇA AMPARADA PELA FAMÍLIA (TIOS). DOCUMENTOS POSTERIORES DO CONSELHO TUTELAR E DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO. INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA CRIANÇA APÓS A PRISÃO DA GENITORA. NECESSIDADE DE NOVA APRECIÇÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EXCEPCIONAL DO BENEFÍCIO. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO”. (eDOC 151, p. 1)

É o relatório.

**Decido.**

Transcrevo a fundamentação do acórdão recorrido:

“Em que pese os fundamentos da defesa, a decisão agravada deve ser mantida.

Isso porque, é fato incontroverso nos autos que a ora recorrente, juntamente com o marido, comercializava entorpecentes em quantidades que eram entregues a usuários em domicílio com o veículo da família, inclusive na companhia dos filhos.

Nesse sentido, de forma correlata, os seguintes precedentes, nos quais foi indeferido o benefício, tendo em vista a comercialização das drogas na companhia dos filhos:

[...]

No caso, embora o crime não tenha sido cometido na residência, o comércio das drogas ocorria dentro do automóvel em que estavam presentes os filhos.

Não importa que o diagnóstico da doença de um filhoso tenha se dado após o crime, por não ser uma garantia de que a executada não continuará praticando a traficância.

Além disso, conforme fundamentou o Juiz executório, as crianças já estão inseridas em família extensa e aos cuidados dos tios, não sendo a presença da mãe, nesse caso, indispensável aos seus cuidados". (eDOC 69)

A paciente e seu marido (corréu preso) foram condenados pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico após terem sido flagrados na posse de entorpecentes.

Em 1º.2.2023, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu a liberdade provisória para a paciente pelos seguintes fundamentos:

"A ordem deve ser concedida, nos termos da decisão que deferiu o pedido de liminar.

**"No caso em exame, a paciente preenche os requisitos e fundamentos do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, do Colendo Supremo Tribunal Federal, notadamente pela primariedade, ausência de antecedentes criminais, e sua condição de mãe de dois filhos menores, com 3 (três) e 10 (dez) anos de idade (fls. 13/14), para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.**

Contudo, no caso, tenho que as circunstâncias da prisão, ressaltando-se que nada foi apreendido na posse da paciente, diante da sua primariedade, ausência de antecedentes e endereço fixo não permitem concluir pelo periculum libertatis. Suficientes, pois, a aplicação de medidas cautelares diversas.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para revogar

a prisão preventiva e conceder a liberdade provisória, mediante a aplicação das cautelares pessoais previstas nos incisos IV e V, do artigo 319, do Código de Processo Penal.” (fl. 118).

Diante do exposto, concede-se a ordem, confirmada a liminar”. (eDOC 6)

Após a condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado, o Juízo de origem negou a prisão domiciliar à paciente ao fundamento de que *“embora o crime não tenha sido cometido na residência, o comércio das drogas ocorria dentro do automóvel em que estavam presentes os filhos”*.

Neste ponto, com a devida ponderação do caso concreto, medida necessária é a substituição pela prisão domiciliar.

Ressalto que o acórdão da 2ª Turma proferido nos autos do HC 143.641/SP, de caráter coletivo, que concedeu a ordem para determinar a substituição por prisão domiciliar às mulheres encarceradas que estejam gestantes ou sejam mães de filhos menores de 12 anos, ressaltou a possibilidade de seu afastamento pelas peculiaridades de cada situação concreta.

Imperioso mencionar que a substituição do decreto prisional pela domiciliar, nos termos apontados no HC coletivo 143.641/SP, vai muito além de uma benesse à mulher alvo da segregação cautelar; **a ideia é, por meio de tal flexibilização, salvaguardar os direitos das crianças que podem vir a serem impactadas pela segregação de sua mãe**. É sempre relevante também lembrar que tal situação não se consubstancia salvo conduto delitivo às mães.

O relator do HC coletivo pontificou:

*“Os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade*

ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes.

(...)

Aqui, não é demais relembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças” (HC 143.641, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 09-10-2018)

A prisão domiciliar, consistente no recolhimento do acusado em sua residência (CPP, art. 317), apresenta-se como uma forma mais favorável de restrição da liberdade, vinculada a determinadas características pessoais que desaconselham o encarceramento (CPP, art. 318).

Porém, o raciocínio limitado aos contornos legais do instituto acaba por olvidar as razões e os fins que levaram a 2ª Turma do STF a conceder, no HC 143.641, a ordem de *habeas corpus* para que todas as mães de filhos menores de 12 anos tivessem a prisão substituída por domiciliar: **a necessidade de proteção integral e atendimento ao melhor interesse das crianças cujas mães sofrem a medida cautelar, desejada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016) e assumida pelo Estado Brasileiro nas Regras de Bangkok (dispositivo 64).**

No caso concreto, consta dos autos a comprovação de que a paciente é mãe de duas crianças, sendo o menor nascido em 29.9.2019 diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista (TEA), com

comprometimento da fala, conforme documentos acostados aos autos (eDOC 4).

Conforme relatório fornecido pela Secretaria Municipal de Educação de Itararé, o filho da paciente *“laudado com Transtorno do Espectro Autista CID F840, é atendido neste centro na seguintes terapia Sala de Recurso Multifuncional duas vezes semanal, Psicopedagogia uma vez na semana, Fonoaudióloga uma vez mensal e Psicologia uma vez semanal. O aluno é frequente, sua mãe é participativa e a presença da mãe é muito importante para o avanço no tratamento do mesmo”*. (eDOC 4, p. 7)

É evidente, portanto, a imprescindibilidade da presença materna para a continuidade do tratamento da criança.

Assim, reconheço a existência de constrangimento ilegal no caso concreto.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus* (art. 192 do RISTF) para conceder a prisão domiciliar à paciente. O juízo da ação penal determinará a forma de cumprimento e fiscalização da prisão domiciliar.

**Comunique-se, com urgência.**

Publique-se.

Brasília, 13 de dezembro de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

*Documento assinado digitalmente*