

São Paulo, 14 de março de 2019.

Ao Excelentíssimo Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Corregedor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ref. Cumprimento da decisão do STF no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP

1. Contextualização do direito à prisão albergue domiciliar

O brutal aumento da taxa de aprisionamento feminino no Brasil - que cresceu 503% nos últimos 15 anos - reforça os questionamentos acerca do cárcere como resposta a conflitos sociais, especialmente ao se observar a seletividade do sistema: as mulheres encarceradas são, em sua maioria, mães, jovens, solteiras, negras, com baixa escolaridade, em marcante situação de vulnerabilidade.

Esse contexto levou o Brasil a tornar-se signatário das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratora, mais conhecidas como “Regras de Bangkok”, aprovadas em 2010. Em 2016, foi promulgado o Marco Legal de Atenção à Primeira Infância (Lei nº 13.257/16) que, dentre outras deliberações, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Processo Penal, ampliando as possibilidades de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, que passou a incluir as mulheres gestantes em qualquer mês de gravidez, mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos e homens quando forem os únicos responsáveis pelos cuidados de filho de até 12 anos incompletos.

Contudo, a inovação normativa não foi acompanhada de imediata execução. Ao contrário, observou-se grande resistência, por parte do judiciário, para aplicar a nova legislação. Por isso, o Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) impetrou no Supremo Tribunal Federal (STF), em 2017, um *habeas corpus* coletivo (nº 143.641) em nome de todas as mulheres presas provisoriamente que se encaixam nos critérios de aplicação da prisão albergue domiciliar instituídos pelo Marco Legal.

Em fevereiro de 2018, o relator do caso, Min. Ricardo Lewandowski, em voto acompanhado por seus colegas, concedeu parcialmente os pedidos do habeas corpus, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para todas as mulheres presas e às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas gestantes, mães de filhos menores de 12 anos ou de pessoas com deficiência. Além disso, destaca-se que a decisão indica que, no momento de apurar se a mulher se encontra ou não nessas condições, deve ser dada credibilidade à sua palavra. Note-se que o voto do Min. Lewandowski termina com uma indicação expressa para que o judiciário assumira uma postura ativa a fim de dar pleno cumprimento a tal ordem judicial.

Em vista disso, esta E. Corregedoria, em 7 de março de 2018, expediu comunicado objetivando colaborar com a estruturação e viabilização do cumprimento da referida decisão do STF.

Apesar da fixação de tais diretrizes, a decisão seguiu sendo descumprida. Assim, em outubro de 2018, o próprio Min. Lewandowski proferiu nova decisão na qual, baseando-se em levantamento feito pelo DEPEN, afirma que **somente 426 mulheres, das 10.693 potenciais elegíveis**, tiveram a prisão domiciliar concedida entre fevereiro e outubro de 2018. Esse número representa apenas 1% do total de mulheres encarceradas no Brasil e cerca de 2,2% do total de presas provisórias.

A decisão também contém alguns relatos sobre não aplicação da medida em casos relacionados ao tráfico de drogas. Frisou-se, por exemplo, que o fato da mulher ter sido presa em flagrante levando substâncias entorpecentes para dentro de estabelecimento prisional não é situação que impeça a aplicação da domiciliar, pois não configura a “situação excepcionalíssima” por ele indicada. Também o fato de a mulher ter sido flagrada na posse de drogas em seu domicílio não pode ser considerado como impeditivo para a aplicação da domiciliar. Ainda, indica que eventual passagem pela Vara da Infância ou a falta de comprovação de trabalho formal tampouco constituem argumentos que obstam a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Ao final, o Min. requereu às entidades habilitadas como *amicus curiae* no *habeas corpus*, bem como a diversas instituições do judiciário, que se manifestassem trazendo mais informações sobre as questões acima, a fim de auxiliá-lo a consolidar um entendimento final.

Por fim, em dezembro de 2018, foi sancionada a Lei 13.769/18, que incluiu no Código de Processo Penal alguns pontos que surgiram a partir da decisão no *habeas corpus*, buscando estabelecer critérios mais objetivos para a substituição da prisão provisória pela prisão domiciliar.

Foram incluídos os dispositivos 318-A e 318-B, que positivam o já disposto pela decisão do Min. Lewandowski, determinando a obrigatoriedade da substituição desde que preenchidos os requisitos objetivos, ou seja, a necessidade de haver imediata substituição da prisão domiciliar se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, bem como não ter sido o crime cometido contra filho ou dependente - casos que devem ser analisados pelo judiciário.

Já para mulheres em cumprimento de pena, as alterações incluíram, no artigo 72 da LEP, atribuir ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) a responsabilidade de acompanhar a execução da pena das mulheres que se encaixam nos parâmetros fixados pelo Marco Legal. Ainda, modificaram-se os requisitos de progressão de regime para o caso dessas mesmas mulheres, que agora incluem já ter cumprido $\frac{1}{8}$ da pena, além de não ter cometido o crime com violência ou grave ameaça, não estar sendo acusada por crime contra seu filho ou dependente, serem primárias e terem bom comportamento carcerário (comprovado pelo diretor do estabelecimento), bem como não integrarem organização criminosa.

Apesar, no entanto, da alteração legislativa, os juízes não têm observado tal critério, mantendo a decisão judicial sobre pedido de prisão domiciliar como uma faculdade do juiz, bem como mantendo-se os patamares do requisito objetivo da progressão em $\frac{1}{6}$ e $\frac{2}{5}$ da pena, em que pese a mulher presa preencha os demais requisitos que diminuem tal lapso para $\frac{1}{8}$.

Em relação ao primeiro ponto, veja-se, por exemplo recente decisão do Eg. Superior Tribunal de Justiça que dá efetividade ao novo dispositivo, trazendo a obrigatoriedade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando não haja grave ameaça ou violência ou não tenha sido o crime praticado contra descendente:

“Na hipótese, mesmo sendo incontestado que a paciente tem filho menor de 12 anos de idade, o benefício da prisão domiciliar não foi concedido exclusivamente com base na gravidade da conduta e no fato de ela integrar facção criminosa. **Uma vez que o crime não implicou violência ou grave ameaça a terceiros, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são suficientes para afastar a aplicação dos arts. 318, V, 318-A e 318-B do CPP.** Impõe-se, assim, a garantia do direito da criança e, portanto, a

prisão domiciliar da paciente” (STJ - HC 488.389/SP - Ministro Relator Antonio Saldanha Palheiro - DJ 09/01/2019).

Apesar do notório problema acerca da inexistência de informações precisas sobre a realidade prisional brasileira, a partir dos dados disponíveis a esse respeito, o Departamento Penitenciário Nacional, em resposta à última decisão do Min. Lewandowski, indica que **9.245 mulheres** em todo o território brasileiro atenderiam aos critérios do *habeas corpus*. Destas, aproximadamente **3.103 estão custodiadas no Estado de São Paulo**. Os números deixam clara a dimensão do universo de mulheres que ainda não foram atingidas pelas novas regulamentações sobre a matéria.

Ainda, interessante notar que, de acordo com dados recentes, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo prestou 4.327 informações ao judiciário sobre a existência de mulheres mãe e grávidas custodiadas. **Dentre os 3.343 casos que foram julgados, apenas 42,21% dos pedidos foram deferidos, enquanto 57,79% foram negados.**

A alta taxa de negativas é alarmante, ainda mais se considerarmos a existência de jurisprudências de tribunais superiores e, agora, determinações legais que apontam na direção contrária. Cumpre destacar que pesquisas levadas a cabo pelas entidades signatárias indicam números de negativa de concessão da domiciliar ainda maiores nos universos pesquisados.

2. Fundamentos empregados como negativa do direito

É nesse sentido que externamos nossa preocupação e colacionamos, a seguir, trechos de decisões exemplificativas dos principais argumentos utilizados como negativa, pelos juízes deste Eg. Tribunal de Justiça, à concessão de prisão albergue domiciliar a mulheres:

2.1. Entrada em unidade prisional

O fato de a mulher ser apreendida durante o procedimento de visitas em unidades prisionais não pode ser considerado óbice à concessão da prisão domiciliar, uma vez que não configura hipótese excepcional a justificar a manutenção da prisão cautelar. No entanto, conforme excerto da decisão transcrita abaixo, tal situação tem sido sistematicamente utilizada para impedir o acesso de mulheres presas em flagrante ao direito:

“Portanto, atendendo à decisão do Supremo Tribunal Federal e, assim, analisando as circunstâncias do caso concreto em situações excepcionalíssimas como a destes autos (**crime de tráfico de drogas dentro de estabelecimento prisional** e ré respondendo por anterior tráfico de drogas e receptação), indefiro a concessão do benefício da prisão domiciliar” (processo 0001867-39.2018.8.26.0635, decisão de 20/03/2018) (grifos nossos).

2.2. Argumentos relacionados à natureza do crime

O julgamento moral, especialmente no que se refere aos crimes relacionados a drogas, é recorrente em diversas decisões, conforme se observa no trecho destacado abaixo:

“De se sublinhar, outrossim, que, de acordo com a denúncia acostada às fls. 18/20, a ora paciente encontrava-se, quando da sua prisão em flagrante, NA COMPANHIA DE SEUS FILHOS MENORES DE IDADE, SUBMETENDO-OS, ASSIM, AO AMBIENTE DE TRÁFICO, O QUE, SEM SOMBRA DE DÚVIDA, NÃO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO GERAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE” (processo 2154378-50.2018.8.26.0000, decisão de 29/09/2018).

Tal argumentação não encontra respaldo no Marco Legal da Primeira Infância, no Código de Processo Penal ou na própria Lei de Drogas. Com efeito, não há qualquer disposição, em tais normas legais, que dê margem para a interpretação de que o tráfico de drogas seria um crime incompatível com a concessão de prisão domiciliar.

2.3. Reincidência

Outro elemento constantemente empregado como fundamento à negativa de concessão da prisão domiciliar é a alegada “reincidência”; conceito que, inclusive, nem sempre é aplicado com precisão técnica, conforme se observa a seguir:

“(…) deixo de substituir a prisão preventiva pela domiciliar porque é reincidente em tráfico. É incompatível com o cuidado dos filhos a traficância” (processo 00215957520188260050, decisão de 15/03/2018)

2.4. Exercício do cuidado materno

Um dos argumentos mais recorrentes para negar a prisão domiciliar é o de que não há provas de que a mulher seja imprescindível aos cuidados da criança. A simples existência de filhos é suficiente para a proteção do direito da mulher ao pleno exercício da maternidade e do direito da

criança de estar próxima de sua mãe para seu desenvolvimento integral. Não há exigência legal de prova nesse sentido e seria muito difícil produzi-la, já que está relacionada a critérios não apenas “objetivos”, da dependência material da criança para com sua genitora, mas também “subjetivos”, do ponto de vista dos aspectos emocionais e de cuidados.

“E no caso sub examine NÃO HÁ SUFICIENTE PROVA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO CUIDADO MATERNO, e o desamparo afetivo que o encarceramento da mãe proporciona a prole não justifica, isoladamente, a prisão domiciliar cautelar. Isso porque a exigência de que o presa seja imprescindível aos cuidados de criança é mais que o natural prejuízo decorrente do afastar pessoas que se querem bem. Note-se que os filhos da paciente residem na casa dos avós, não sendo ela imprescindível ao cuidado das crianças. AO CONTRÁRIO, SEU COMPORTAMENTO, DE PRATICAR TRÁFICO NÃO ESPORADICAMENTE, COLOCA EM RISCO A PRÓPRIA CRIAÇÃO DOS FILHOS, SE AO LADO DELES FOR MANTIDA” (HC nº 2229109-17.2018.8.26.0000 – decisão de 13/11/2018).

Tem-se verificado, ainda, que em casos nos quais a mulher alega ter outros filhos mais velhos, ou conviver com a genitora ou avó dos filhos, os magistrados e magistradas tem entendido que terceiros podem cuidar da criança, desvirtuando o sentido do bem protegido pela legislação.

"Quanto a atuada H., pontua (...) que não estava com a guarda dos seus filhos (cometia crime no período da noite, friso), já que disse que desde sexta-feira passada eles estavam com a avó (a evidenciar que a atuada não se dedica de forma ininterrupta à criação das crianças e que estas não estão desamparadas). A questão relativa a possível gravidez poderá ensejar reanálise desde ponto, desde que mediante prova cabal do fato" (Processo nº 00608677620188260050 - decisão de 10/07/2018).

3. Critérios para cumprimento da prisão albergue domiciliar

Cabe ainda ressalva à necessidade de que sejam estabelecidos, na decisão concedente da prisão albergue domiciliar, critérios para o cumprimento desta. Em nossa legislação, nem os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, que prevêem a possibilidade da prisão domiciliar, nem a Lei de Execuções Penais detalham os critérios para o cumprimento do regime; recaindo, diante da falta de previsão legal, aos magistrados e às magistradas a responsabilidade pela determinação dos referidos critérios.

Isso significa que o cumprimento da prisão domiciliar não segue qualquer parâmetro uniformizado, e em geral são bastante restritivos; não contemplando, portanto, a realidade e as necessidades básicas das mulheres - em sua maioria pobres, que cuidam dos filhos sem apoio do

genitor ou de terceiros - e de seus dependentes, impedindo que a mulher leve sua vida e exerça a maternidade em condições dignas.

Assim, atividades essenciais da vida cotidiana - como trabalhar para o sustento da prole, levá-los à escola, ir ao médico e demais atividades necessárias ao sustento da casa e ao bem estar familiar - exigem movimentações mínimas, fazendo com que as restrições inflexíveis à circulação da mulher configurem situação violadora de sua dignidade.

Nesse sentido, deve ser garantido, no momento de determinação da prisão albergue domiciliar, ou durante o seu cumprimento, que a mulher tenha condições de exercer movimentações sem as quais a própria razão de ser do direito protegido tornar-se-ia inviável.

4. Pedidos

Diante do exposto, serve o presente para apresentar a preocupação das organizações signatárias com o risco de descumprimento da decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal e do Comunicado desta respeitável Corregedoria, na certeza de que a construção conjunta possibilita a estruturação de um sistema de justiça mais justo e democrático. Nesse sentido, requer-se:

- O fornecimento de informações relativas à fiscalização do comunicado desta E. Corregedoria em relação à quantidade de mulheres potenciais beneficiárias da prisão domiciliar cujos processos encontram-se em trâmite nas Varas deste E. Tribunal de Justiça, verificando-se o número de negativas à concessão, quais os fundamentos apresentados pelos juízes, bem como suas respectivas regiões de atuação;
- A edição de nova orientação que, **(i)** além de reforçar o cumprimento do quanto apresentado pela orientação anterior, **(ii)** inclua informação acerca dos parâmetros estabelecidos pela nova decisão em sede do *habeas corpus* coletivo nº 143.641 do STF, proferida em outubro de 2018, bem como que **(iii)** sejam os magistrados informados da edição da Lei nº 13.769/18, que normatiza o quanto decidido no referido HC coletivo e, por fim, também **(iv)** indique a necessária premissa de que a concessão da prisão domiciliar deva ser o menos restritiva possível, viabilizando à mulher beneficiária o exercício pleno da maternidade, sendo a ela permitido o exercício de

atividades como levar o(a)(s) filho(a)(s) à escola, ao médico, exercer atividade profissional para seu sustento etc.;

- A construção de um mutirão de concessão de prisões domiciliares, bem como a elaboração de processo de formação e capacitação das magistradas e dos magistrados acerca da nova legislação sobre o tema (para o quê as presentes entidades se disponibilizam inteiramente desde já).

Por fim, colocamo-nos à disposição para dialogar e colaborar na garantia do cumprimento das supraindicadas requisições.

ASSINAM

Núcleo Especializado de Situação Carcerária do Estado de São Paulo - NESC/DPE-SP

Instituto Terra Trabalho e Cidadania - ITTC

Associação de Amigos e Familiares de Presos/as - AMPARAR

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

Coletivo de Advogados de Direitos Humanos – CADHu

Gabinete do Vereador Eduardo Suplicy